УНИВЕРСИТЕТ ЗА НАЦИОНАЛНО И СВЕТОВНО СТОПАНСТВО
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ
АЛУМНИ КЛУБ НА ЗАВЪРШИЛИТЕ ЮФ ПРИ УНСС

АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА ПРАВНОТО РЕГУЛИРАНЕ НА БИЗНЕСА

НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЯ

Организирана по повод 80-годишнината от рождението
на проф. д-р Любен Караниколов и проф. д-р Емил Златарев
и 70-годишнината от рождението на проф. д-р Златка Сукарева

30 ноември 2017

Под патронажа на проф. д.ик.н. Стати Статев, ректор на УНСС

ИЗДАТЕЛСКИ КОМПЛЕКС – УНСС
София, 2019

Публикацията съдържа резултати от научен форум, финансиран със средства от фонд НИД на УНСС по договор № НИД НП 17/2017.

Организационен комитет

Председател:

проф. д-р Валери Димитров

Членове:

гл.ас. д-р Нина Чилова
гл.ас. д-р Илонка Горанова
докторант Стефан Радев
докторант Стойчо Дулевски

Всички права са запазени! Не се разрешават копиране, възпроизвеждане и разпространение на книги или на части от тях по какъвто и да е начин без писменото разрешение на Издателски комплекс – УНСС.

Авторите носят пълна отговорност за оригиналността на произведението, както и за грешки, допуснати по тяхна вина.

© Колектив

© ИЗДАТЕЛСКИ КОМПЛЕКС – УНСС

Изп. директор: Веселин Ангелов, тел. 81-95-251
Зам. изп. директор: Стефан Власев, тел. 81-95-551
Гл. редактор: Лилия Даскалова, тел. 81-95-564

УНИВЕРСИТЕТ ЗА НАЦИОНАЛНО И СВЕТОВНО СТОПАНСТВО
София, Студентски град "Христо Ботев"

СЪДЪРЖАНИЕ

НЕРАВНОПРАВНИТЕ КЛАУЗИ В ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ 9
проф. д-р Златка Сукарева, заслужил професор на УНСС,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
КОЛЕКТИВНИТЕ ОРГАНИ ВЪВ ВИСШЕТО УЧИЛИЩЕ – ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ 21
проф. д-р Дарина Зиновиева, ЮФ на ПУ "Паисий Хилендарски", ИДП, БАН
КОНТРОЛ ВЪРХУ КОНКУРСА ЗА ДЪРЖАВНА СЛУЖБА..... 28
проф. д-р Димитър Костов, катедра "Административноправни науки",
СУ "Св. Климент Охридски"
АДМИНИСТРАТИВЕН (ЙЕРАРХИЧЕСКИ) КОНТРОЛ
В АДМИНИСТРАЦИЯТА СПОРЕД АПК 33
проф. д-р Христина Балабанова,
катедра "Международно право и право на ЕС", ЮФ на УНСС
DE LEGE FERENDA ЗА НОВА РЕДАКЦИЯ НА ЧЛ. 6 ОТ ЗАКОНА
ЗА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ НАРУШЕНИЯ И НАКАЗАНИЯ 39
проф. д.ю.н. Георги Бойчев,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРАВЕН РЕЖИМ И ПРОБЛЕМИ НА ПУБЛИЧНИТЕ ПРЕДПРИЯТИЯ 45
доц. д-р Константин Пехливанов,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на ПУ "Паисий Хилендарски"
ПРОИЗВОДСТВО ПО ИЗДАВАНЕ НА РЕВИЗИОНЕН АКТ 54
доц. д-р Красимир Мутафов, Бургаски свободен университет
ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ ПО ПРИЛАГАНЕТО
НА ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ 64
доц. д-р Събин Събев,
катедра "Национална и регионална сигурност", НВУ "Васил Левски", В. Търново
АДМИНИСТРАТИВНОНАКАЗАТЕЛНА ОТГОВОРНОСТ
НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПРИ НАРУШАВАНЕ НА РЕДА
ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ 70
доц. д-р Андрияна Андреева, д-р Диана Димитрова,
катедра "Правни науки", Икономически университет – Варна
ОПЕРАТИВНАТА САМОСТОЯТЕЛНОСТ КАТО ЕЛЕМЕНТ
НА АДМИНИСТРАТИВНИЯ КОНТРОЛ, УПРАЖНЯВАН
В ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО 77
гл.ас. д-р Антония Илиева,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на ПУ "Паисий Хилендарски"
ОБЩИ УСТРОЙСТВЕНИ ПЛАНОВЕ 83
гл.ас. д-р Боян Георгиев,
(ЦЮН) ЮФ на БСУ

ОГРАНИЧЕНИЯ В ТЪРГОВСКИЯ СТАТУТ НА ЛЕЧЕБНИТЕ ЗАВЕДЕНИЯ 91
гл.ас. д-р Мария Радева,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на РУ "Ангел Кънчев"
ФИНАНСОВИЯТ КОНТРОЛ И ОДИТ – ТРАДИЦИИ И ПЕРСПЕКТИВИ 98
гл.ас. д-р Савина Михайлова-Големинова,
катедра "Административноправни науки", ЮФ на СУ "Св. Климент Охридски"
ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ В МЕЖДУНАРОДНОТО ЧАСТНО ПРАВО 103
доц. д-р Диана Маринова,
катедра "Международно право и право на ЕС", ЮФ на УНСС
СЪДЕБНО УСТАНОВЯВАНЕ НА ТРУДОВ СТАЖ И НА ТРУДОВ СТАЖ
ПРИ ПЕНСИОНИРАНЕ, ПОЛОЖЕН ДО 31 ДЕКЕМВРИ 1999 Г. 115
доц. д-р Ивайло Стайков,
департамент "Право" на НБУ
НЯКОИ ОСОБЕНОСТИ НА ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ
ЗА ДИСТАНЦИОННА ПРОДАЖБА, СКЛЮЧВАНИ ОНЛАЙН..... 121
доц. д-р Таня Йосифова,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
НЕРАВНОПРАВНИТЕ КЛАУЗИ В ПОТРЕБИТЕЛСКИ ДОГОВОРИ
В ПРАКТИКАТА НА ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД
ПО КОЛЕКТИВНИ ИСКОВЕ 124
доц. д-р Таня Градинарова,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА ФРАНЧАЙЗИНГА В БЪЛГАРИЯ 133
доц. д-р Захари Торманов, Кристина Стефанова, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
ЕДНОСТЕПЕННА СИСТЕМА НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ НАДНАЦИОНАЛНИ
ОБРАЗУВАНИЯ ЗА СТОПАНСКО СДРУЖАВАНЕ 139
гл.ас. д-р Асен Воденичаров,
катедра "Гражданскоправни науки", Правно-исторически факултет,
ЮЗУ "Неофит Рилски"
ОТНОСНО ПРЕДСРОЧНАТА ИЗИСКУЕМОСТ ПО ЗЗД 149
гл.ас. д-р Катя Владимирова,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
ЗА КРЪГА НА ЛИЦАТА, ЛЕГИТИМИРАНИ ДА ПОЛУЧАТ ОБЕЗЩЕТЕНИЕ
ЗА НЕИМУЩЕСТВЕНИ ВРЕДИ ПРИ ПРИЧИНЕНА СМЪРТ НА ТЕХЕН БЛИЗЪК
ПОРАДИ НЕПОЗВОЛЕНО УВРЕЖДАНЕ..... 156
гл.ас. д-р Павел Смолички,
катедра "Наказателноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА ДРУЖЕСТВЕН ДЯЛ В ДРУЖЕСТВО – ДЛЪЖНИК
И НЕПРИЛОЖИМОСТ НА ЧЛ. 255А ОТ НК 162
гл.ас. д-р Анна Николова, ас. Нина Тагарова,
ЮФ на РУ "Ангел Кънчев"
ПРАВНО РЕГУЛИРАНЕ НА ДЕЙНОСТТА НА БАНКИТЕ 167
гл.ас. д-р Аглика Кънева,
катедра "Финанси", УНСС

ВЪЗЛАГАНЕ НА УПРАВЛЕНИЕТО НА ТЪРГОВСКИ ДРУЖЕСТВА
С ОБЩИНСКО УЧАСТИЕ В КАПИТАЛА 174
гл.ас. д-р Анастас Георгиев,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на РУ "Ангел Кънчев"
СЪТРУДНИЧЕСТВО МЕЖДУ ДАНЪЧНИТЕ АДМИНИСТРАЦИИ
НА ДЪРЖАВИТЕ – ЧЛЕНКИ НА ЕС, ВЪВ ВРЪЗКА С ДАНЪЧНИЯ КОНТРОЛ 182
гл.ас. д-р Елина Маринова,
катедра "Публичноправни науки", РУ "Ангел Кънчев"
СТОПАНСКИ И ПРАВЕН ПОРЯДЪК: ИКОНОМИЧЕСКА КОНСТИТУЦИЯ 194
доц. д-р Ивайло Беев,
катедра "Икономикс", УНСС
ЗА ПРАВОМОЩИЯТА НА КОМИСИЯТА ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА
В ПРОИЗВОДСТВОТО ПО ОБЖАЛВАНЕ ПО РЕДА НА ЗАКОНА
ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ 200
гл.ас. д-р Илонка Горанова,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРАВЕН РЕЖИМ НА НАЦИОНАЛНИТЕ ПАРКОВЕ В РУСИЯ 212
гл.ас. д-р Надежда Христова,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРАВНА ХАРАКТЕРИСТИКА НА КОНТРОЛА, ОСЪЩЕСТВЯВАН ОТ ОРГАНИТЕ
НА НАЦИОНАЛНАТА ЗДРАВНООСИГУРИТЕЛНА КАСА,
СЪГЛАСНО ЗАКОНА ЗА ЗДРАВНОТО ОСИГУРЯВАНЕ 217
гл.ас. д-р Нина Чилова,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
АДМИНИСТРАТИВНИЯТ КОНТРОЛ И АДМИНИСТРАТИВНИТЕ ЮРИСДИКЦИИ
В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО НА БУРЖОАЗНАТА БЪЛГАРСКА ДЪРЖАВА 224
ас. Нели Радева,
катедра "Наказателноправни науки", ЮФ на УНСС
ДОБРОСЪВЕСТНОСТТА ВЪВ ВЕЩНОТО ПРАВО –
СРАВНИТЕЛНОПРАВНИ БЕЛЕЖКИ..... 235
ас. д-р Делян Недев,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
СБЛЪСЪКЪТ ТЪРГОВСКА МАРКА – ТЪРГОВСКО ИМЕ..... 245
ас. д-р Христина Атанасова,
катедра "Международно право и право на ЕС", ЮФ на УНСС
ПРАВОТО НА СПРАВЕДЛИВ ПРОЦЕС, СИЛАТА НА ПРЕСЪДЕНО НЕЩО
И ПРИНЦИПЪТ "ВЪЗМОЖНОСТ ЗА НЕУЧАСТИЕ" В ПРОИЗВОДСТВО
ПО КОЛЕКТИВЕН ИСК ЗА ВРЕДИ 251
ас. Ивайло Йосифов,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на РУ "Ангел Кънчев"
РОЛЯТА И ЗНАЧЕНИЕТО НА СТИМУЛИРАЩИТЕ НОРМИ
В ГЛАВА СЕДМА ОТ ОСОБЕНАТА ЧАСТ НА НАКАЗАТЕЛНИЯ КОДЕКС 264
ас. Мария Михайлова,
Институт за държавата и правото при Българската академия на науките

ОТХВЪРЛЯНЕ НА МОЛБАТА ЗА ОТКРИВАНЕ
НА ПРОИЗВОДСТВО ПО НЕСЪСТОЯТЕЛНОСТ 275
д-р Борислав Найденов,
Софийска адвокатска колегия
ЗАКОНОДАТЕЛНА РАМКА НА СОЦИАЛНИТЕ ПРЕДПРИЯТИЯ В БЪЛГАРИЯ 286
д-р Мария Чочова,
Адвокатска колегия – Кюстендил
НЕЯСНОТИ В НОРМАТИВНАТА УРЕДБА, СВЪРЗАНИ С УПРАВЛЕНИЕТО
НА ЖИЛИЩНИТЕ КОМПЛЕКСИ ОТ ЗАТВОРЕН ТИП. ТРУДНОСТИ
ЗА СТРОИТЕЛНИТЕ ПРЕДПРИЕМАЧИ
И ФАСИЛИТИ МЕНИДЖМЪНТ КОМПАНИИТЕ 293
Константин Бобчев, докторант,
катедра "Недвижима собственост", Бизнес факултет, УНСС
АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ В ПРАВНАТА РАМКА НА СЕМЕЙНАТА МЕДИАЦИЯ..... 301
докторант Юлия Раданова, адвокат и медиатор,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
ФАКТИЧЕСКИ СЪСТАВ НА ОТГОВОРНОСТТА
ПО ЧЛ. 19 ДОПК. АНАЛИЗ НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА 313
Ани Митева, докторант,
катедра "Административноправни науки", ЮФ на СУ "Св. Климент Охридски"
ОТГРАНИЧЕНИЕ НА ПРОЦЕСУАЛНОТО ОТ МАТЕРИАЛНОТО ПРАВО
ЧРЕЗ АНАЛИЗ НА ПРЕДНАЗНАЧЕНИЕТО ИМ В ПРОЦЕСА НА ПРАВНО
РЕГУЛИРАНЕ 322
Любомир Стоянов, докторант,
катедра "Теория и история на държавата и правото",
ЮФ на СУ, хон. ас. при Академията на МВР
ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПРИ ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ
НА АДМИНИСТРАТИВЕН КОНТРОЛ
ОТ РЕГИОНАЛНИТЕ ЗДРАВНИ ИНСПЕКЦИИ 333
Росица Рогова, докторант,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРАВОТО НА РЕГРЕСЕН ИСК ПРИ ВИНОВНО ПОВЕДЕНИЕ
НА ДЛЪЖНОСТНО ЛИЦЕ ЗА ИЗПЛАТЕНО ОБЕЗЩЕТЕНИЕ
ПО ЧЛ. 1 ОТ ЗОДОВ 340
Стефан Радев, докторант,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
ОБЛАГАНЕ НА ПЕЧАЛБАТА НА ЧУЖДЕСТРАННИ ЮРИДИЧЕСКИ ЛИЦА
ОТ МЯСТОТО ИМ НА СТОПАНСКА ДЕЙНОСТ В БЪЛГАРИЯ
СЪГЛАСНО ЗКПО 345
Стойчо Дулевски, докторант,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
АВТОМАТИЧЕН ОБМЕН НА ОТЧЕТИ ПО ДЪРЖАВИ: СЪЩНОСТ
И ПРАВНА УРЕДБА СПОРЕД БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО..... 356
Тодор Тодоров, докторант,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС,

ВЪНШЕН ПРЕДВАРИТЕЛЕН КОНТРОЛ ВЪРХУ ПРОЦЕДУРИ НА ДОГОВАРЯНЕ, ОСЪЩЕСТВЯВАН ОТ АГЕНЦИЯТА ПО ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ ПО ЧЛ. 233 ОТ ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ 364
Цветолюба Васева, докторант,
катедра "Публичноправни науки", ЮФ на УНСС
АНАЛИЗ НА ПОТРЕБНОСТИТЕ ОТ ОБУЧЕНИЕ И ПРОВЕЖДАНЕ НА СПЕЦИФИЧНИ ОБУЧЕНИЯ НА КАНДИДАТИ И БЕНЕФИЦИЕНТИ НА ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА "ИНОВАЦИИ И КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТ" 376
Надя Арнаутска, Адрилена Сотирова, студенти
ЮФ на УНСС
ПОНЯТИЕТО "ОСНОВАТЕЛЕН СТРАХ" ПО СМИСЪЛА НА ЧЛ. 30 ОТ ЗЗД, СРАВНЕНО С ПОНЯТИЕТО "METUS" – "СТРАХ" ПО СМИСЪЛА НА D.4.2.0. QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT 389
Емилия Ганева, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС,
хон. асистент към ЮФ на УНСС и ЦЮН на БСУ
ОСОБЕНОСТИ НА ВЪЗЛАГАНЕТО НА РАБОТА КАТО ПРЕДПОСТАВКА ЗА ОТГОВОРНОСТТА НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПО ЧЛ. 49 ОТ ЗЗД 403
Ивайло Тосков, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
НЯКОИ ВЪПРОСИ ОТНОСНО ПРАВОТО НА ОБЕЗЩЕТЕНИЕ ЗА ВРЕДИ ПРИ НЕДЕЙСТВИТЕЛНОСТ НА СДЕЛКИТЕ 412
Ивайло Кънев, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
СЪДЪРЖАНИЕ НА ДОГОВОРА ОТ РАЗСТОЯНИЕ СПОРЕД ЗАКОНА ЗА ЗАЩИТА НА ПОТРЕБИТЕЛИТЕ 423
Йоана Кънева, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на РУ "Ангел Кънчев"
ПОЗОВАВАНЕ НА ПОГАСИТЕЛНАТА ДАВНОСТ ЧРЕЗ ИСК 431
Неделина Симова, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС
ПРАВНА ЗАКРИЛА НА ВИДЕОИГРИТЕ 439
Христина Георгиева, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС, адвокат, член на САК
ОТНОСНО НЯКОИ СПОРНИ И ДИСКУСИОННИ МОМЕНТИ ОКОЛО ДЕЙСТВИЕТО И ВЕЩНОТРАНСЛАТИВНИЯ РЕЖИМ НА ДОГОВОРА В ПОЛЗА НА ТРЕТО ЛИЦЕ 450
Сюлейман Башов, студент,
ЮФ на УНСС

НЕРАВНОПРАВНИТЕ КЛАУЗИ В ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ

проф. д-р Златка Сукарева,
заслужил професор на УНСС,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС

1. Общи правила за неравноправните клаузи:

За неравноправни клаузи в потребителските договори у нас за пръв път в нормативен акт се създават правила в Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия, обнародван в ДВ бр.30 от 2 април 1999 г. и влязъл в сила 3 месеца след това. В него имаше раздел "Неравноправни клаузи в договорите" и в него бяха заложени основните принципи на режима на неравноправните клаузи. Посочиха се признаците на неравноправните клаузи, основни състави на неравноправни клаузи и се обяви тяхната нищожност ако те не са индивидуално уговорени, а са изготвени предварително от едната страна без възможност на другата да влияе върху текста им или ако те се съдържат в общи условия. При твърдение на търговец, че неравноправните клаузи са индивидуално договорени, той трябва да докаже това.

В следващия общ потребителски закон – Закон за защита на потребителите, приет през 2005 г. също бе включена такава глава, но бе посочено, че се касае за потребителски договори – "Неравноправни клаузи в потребителски договори". Освен това се създадоха и няколко допълнителни правила, едни от които изясняват как се преценява неравноправният характер на договорни клаузи, а други изключиха прилагането на някои състави на неравноправни клаузи в конкретни случаи, отнасящи се главно до договори за предоставяне на финансови услуги.

Освен в този закон, бяха създадени правила, отнасящи се до конкретни договори с потребителски характер, например в ЗПК.

2. Признаци, които характеризират неравноправните клаузи:

В глава шеста на ЗЗП се уреждат неравноправните клаузи в потребителските договори, които са въведени от Директива 93/13/ЕИО за неравноправните клаузи в потребителските договори и промяната и от Директива 2011/83/ЕС за правата на потребителите.

2.1. Общ състав на неравноправна клауза

Формулиран е в чл.143 ЗЗП и неговите елементи са следните:

- това е уговорка във вреда на потребителя.
- не отговаря на изискването за добросъвестност
- води до значително неравновесие между правата и задълженията на търговеца и потребителя

2.2. Примерни неравноправни клаузи по ЗЗП:

Те са изброени в 17 точки:

1. освобождава от отговорност или ограничава отговорността на производителя, търговеца или доставчика, произтичаща от закон, в случай на смърт или телесни повреди на потребителя, причинени в резултат на действие или бездействие от страна на търговеца или доставчика;

2. изключва или ограничава правата на потребителя, произтичащи от закон, по отношение на търговеца или доставчика или на друго лице при пълно или частично неизпълнение или неточно изпълнение на договорни задължения, включително изключва възможността за прихващане на задължение към търговеца или доставчика с друго насрещно вземане, което има спрямо него;

3. поставя изпълнението на задълженията на търговеца или доставчика в зависимост от условие, чието изпълнение зависи единствено от неговата воля;

4. позволява на търговеца или доставчика да задържи заплатените от потребителя суми, в случай че последният откаже да сключи или да изпълни договора, като същевременно не предвижда право на потребителя да получи обезщетение на същата стойност при несключване или неизпълнение на договора от страна на търговеца или доставчика;

5. задължава потребителя при неизпълнение на неговите задължения да заплати необосновано високо обезщетение или неустойка;

6. позволява на търговеца или доставчика да се освободи от задълженията си по договора по своя преценка, като същата възможност не е предоставена на потребителя, както и да задържи сума, получена за престация, която не е извършил, когато сам прекрати договора;

7. позволява на търговеца или доставчика да прекрати действието на безсрочен договор без предизвестие, освен когато има сериозни основания за това;

8. предвижда необосновано кратък срок за мълчаливо съгласие за продължаване на договора при непротивопоставяне на потребителя;

8а) предвижда автоматично продължаване на срочен договор, ако потребителят не заяви желание за прекратяването му, и срокът, в който трябва да се направи това, е прекалено отдалечен от датата, на която изтича срочният договор.

9. налага на потребителя приемането на клаузи, с които той не е имал възможност да се запознае преди сключването на договора;

10. позволява на търговеца или доставчика да променя едностранно условията на договора въз основа на непредвидено в него основание;

11. позволява на търговеца или доставчика да променя едностранно без основание характеристиките на стоката или услугата;

12. предвижда цената да се определя при получаването на стоката или предоставянето на услугата или дава право на търговеца или доставчика да увеличава цената, без потребителят да има право в тези случаи да се откаже от договора, ако окончателно определената цена е значително завишена в сравнение с цената, уговорена при сключването на договора;

13. дава право на търговеца или доставчика да определи дали стоката или услугата отговаря на посочените в договора условия или му предоставя изключително право да тълкува клаузите на договора;

14. налага на потребителя да изпълни своите задължения, дори и ако търговецът или доставчикът не изпълни своите;

15. дава възможност на търговеца или доставчика без съгласието на потребителя да прехвърли правата и задълженията си по договора, когато това може да доведе до намаляване на гаранциите за потребителя;

16. изключва или възпрепятства правото на предявяване на иск или използването на други средства от страна на потребителя за решаването на спора, включително задължава потребителя да се обръща изключително към определен арбитражен съд, който не е предвиден по закон; ограничава необосновано средствата за доказване, с които потребителят разполага, или му налага тежестта на доказване, която съгласно приложимото право би трябвало да бъде за сметка на другата страна по договора;

17. ограничава обвързаността на търговеца или доставчика от поети чрез негови представители задължения или поставя неговите задължения в зависимост от спазването на определено условие;

18. не позволява на потребителя да прецени икономическите последици от сключването на договора.

19. поставя други подобни условия.

Това изброяване не е ограничаващо и може да има и други такива клаузи, които съдържат елементите на общия състав на неравноправна клауза по чл.143.

3. Ограничаване на приложното поле на разпоредби за неравноправните клаузи по отношение на някои потребителски договори, имащи за предмет финансови услуги, чужда валута или ценни книжа или стоки, чиято цена зависи от колебанията на борсовия курс или лихвения процент на банковия пазар:

3.1.Законодателят допуска безсрочни договори да бъдат прекратявани от търговеца без предизвестие, когато се касае до доставка на финансови услуги и при условие, че доставчикът им се е задължил да извести незабавно другата страна за прекратяването.

3.2. Позволява се на търговеца или доставчика да променя едностранно условията на договора, когато чрез изрична клауза си е запазил правото при наличие на основателна причина да променя без предизвестие лихвен процент, дължим на потребителя или от потребителя. Също така той може и да променя едностранно стойността на други разходи, стига те или лихвеният процент да са свързани с финансови услуги, при условие, че доставчикът е поел задължение да уведоми за промяната другата страна по договора в 7-дневен срок и другата страна има правото незабавно да прекрати договора. Същата възможност съществува и за едностранна промяна на условията на безсрочен договор, при условие, че се е задължил в 3-дневен срок да информира потребителя за промените и потребителят има правото да прекрати договора.

3.3. Разпоредбите на уредените в чл.143 т. 7, т. 10 и т. 12 състави не се прилагат и по отношение на сделки с ценни книжа, с финансови инструменти и други стоки и услуги, чиято цена зависи от колебанията на борсовия курс или индекс или от

размера на лихвения процент на финансовия пазар и те са извън контрола на търговеца или доставчика на финансовата услуга. Те не се прилагат и по отношение на договорите за покупка или продажба на чужда валута, пътнически чекове или международни парични преводи в чужда валута.

Горепосочените разпоредби, които обявяват дадени клаузи за неравноправни, не се прилагат по отношение на клаузи за индексиране на цени при условие, че те са законосъобразни и методът за промяна на цените е описан подробно и ясно в договора.

4. Правни последици от включването на неравноправни клаузи в потребителските договори:

4.1. Преценката дали дадена клауза е неравноправна т.е. дали тя нарушава необходимия баланс в правата и задълженията на страните и е проява на недобросъвестност във взаимоотношенията на контрагентите, което е във вреда на единия от тях, се прави като се има предвид стоката или услугата, предмет на договора, сключването на договора и обстоятелствата, които са били налице към този момент. Изрично законът изисква да не се взема предвид основния предмет на договора и съответствието му с уговорената цена или възнаграждение, ако тези клаузи са ясни и разбираеми.

4.2. Нищожност

Такава е последицата – нищожност на неравноправната клауза, когато тя не е уговорена индивидуално, а е била изготвена предварително от търговеца и потребителят не е имал възможност да влияе върху съдържанието им, особено в случаите на договор при общи условия. Договорите при общи условия са типичния случай, при който клаузите, съдържащи се в тях не са индивидуално уговорени. Такива са и формулярните договори (стандартни), по които трябва да се индивидуализира само потребителя и предмета, а останалото съдържание е предварително подготвено от търговеца. Такива са и всички други договори, изготвени предварително от едната страна и предоставени на другата страна без възможност за обстойното проучване на съдържанието на текста и без обсъждане на всяка една клауза.

Нищожността на неравноправни клаузи в потребителските договори не води до нищожност на целия договор, ако договорът може да се прилага и без тези клаузи. Ще бъде налице частична недействителност.

4.3. Неравноправни клаузи и нищожни клаузи:

Макар че ЗЗП обявява неравноправните клаузи, които не са индивидуално уговорени за нищожни т.е. нямащи правно действие и съответно на това последваща частична недействителност на договора, между неравноправните клаузи и нищожните клаузи на основанията, посочени в чл. 26 ал. 1 и ал. 2 ЗЗД, има съществена разлика в съдържанието им. Първите са нищожни именно на основание, че са неравноправни и че не са индивидуално съгласувани. Основанието за нищожност на вторите е посочено в чл. 26 ал. 1 и ал. 2 ЗЗД – противоречие със закона или заобикаляне на закона, накърняване на добрите нрави, невъзможен предмет, липса на съгласие, форма, основание, привидност на договора.

И при двете групи основния е налице порок, при първата група- порокът е в противоречието с императивни законови правила или с морални норми или заобикаляне на първите, а при втората група основания липсва елемент от съдържанието им – предмет, основание или съгласие.[1] Тези основания за нищожност не са налице при неравноправните клаузи.Ако са налице- то тогава те са абсолютно нищожни на друго правно основание – чл. 26, ал. 1 и ал. 2 ЗЗД и порокът им не се конкурира с други основания.

Неравноправните клаузи не притежават пороците, посочени в чл. 26 ЗЗД,които разкриват най-голяма обществена опасност, но те са вредни за едната страна на договора, защото нарушават еквивалентността в правата и задълженията на страните и са израз на недобросъвестност в поведението на едната страна. И тъй като при потребителските договори по слабата страна е потребителят, затова и законът го защитава и не допуска икономически по-силната страна да злоупотребява с това свое положение. Неравноправният характер може да следва от различни конкретни причини – ограничава определени права на потребителя или ги изключва,търговецът притежава по-големи права от потребителя и това е във вреда на последния. По-големите му права могат да имат различно изражение.

Освен това нищожните клаузи в един договор на основание чл. 26 ал. 1 и ал. 2 ЗЗД са абсолютно нищожни, а неравноправните клаузи са нищожни първо ако са клаузи от договор с потребителски характер и второ,ако не са индивидуално уговорени.Ако търговецът успее да докаже, че те са индивидуално уговорени т.е. че потребителят е имал достатъчно време да се запознае с предложените му клаузи или, че те са обсъждани в хода на преговорите, то те ще имат действие, ще бъдат валидни, а не нищожни.[2]

5. Не е налице нищожност на неравноправните клаузи, ако те са индивидуално уговорени.

Тяхната нищожност може да се търси и аргументира само на основание общите правила за недействителност и само на тяхно основание могат да бъдат обявявани за такива, а не поради това, че са неравноправни.Или индивидуално уговорените клаузи, макар и неравноправни, са действителни.

Тежестта на доказване, че клаузите са индивидуално договорени е върху търговеца.

С новата Директива 2011/83/ЕС са направени промени в Директива 93/13/ЕИО за неравноправните клаузи. Добавен е нов член 8а), съгласно който държавите могат да запазят или да предвидят по-строги правила при включване в договора на неравноправни клаузи, но са длъжни да информират за това Европейската комисия, която да уведоми за това другите държави членки. По-строгите правила могат да касаят индивидуално уговорени неравноправни клаузи, евентуално и те да бъдат обявени от държавата за недействителни или по-строгите правила да бъдат в друга

[1] Вж М.Димитров, Основанията за нищожност, 2013 г., с. 49-50.

[2] А. Кунчев, Проблеми на потребителското право в светлината на съдебната практика в сайта www. Предизвикай правото, с. 13 счита, че с тази разпоредба ЗЗП установява една "своеобразна оборима презумпция".

някаква насока например да бъде предвидена санкция за търговци, които включват в сключвани от тях потребителски договори неравноправни клаузи и т.н.

Клаузите не са индивидуално уговорени в следните случаи:

- Когато клаузите са били подготвени предварително от търговеца и потребителят не е могъл да влияе върху съдържанието им.Той ще бъде лишен от тази възможност ако подготвеното съдържание на договора не му е дадено предварително, за да се запознае с него или не му е предоставено достатъчно време да може да обмисли всички клаузи от договора.

- Формулярните (стандартизирани) договори също не съдържат индивидуално уговорени клаузи, освен тези относно вида на предмета, клаузите индивидуализиращи страните и евентуално заложени срокове за изпълнение. Договорите за предоставяне на различни обществени услуги, за доставка на видове енергия, за кредит, с мобилни оператори и др. са от този вид.

- Когато клаузите са част от общи условия, макар и приети писмено от потребителя.

6. Конкуренция на основанията за нищожност при неравноправните клаузи:

Условия в съдържанието на потребителски договор могат да притежават пороци, които са посочени в чл. 26 ал. 1 и чл. 26 ал. 2 ЗЗД или в други специални норми и същевременно да разкриват признаците на неравноправните клаузи, т.е. да увреждат потребителя и да нарушават баланса във взаимоотношенията им откъм права и задължения. Ако тези клаузи не са индивидуално уговорени, това че са неравноправни също е още едно основание за нищожност. Както се сочи в правната теория, в такъв случай възниква въпросът за съотношението между различните основания.[1] Авторите са имали предвид конкуренцията на основанията за нищожност, посочени в ЗЗД и в специални разпоредби. Не са имали предвид това специфично основание за нищожност – неравноправност, предвидено в ЗЗП. Но такъв въпрос за конкуренцията възниква, когато условия от съдържанието на потребителския договор притежават порок, предвиден в чл. 26 ал. 1 или ал. 2 ЗЗД и същевременно са неравноправни и покриват признаци, посочени в чл. 143 ЗЗП. Считам, че не би имало спор, че основанията за нищожност, посочени в ЗЗД са първият критерий, по който трябва да оценяваме тяхната валидност. Те правят сделката абсолютно недействителна и критерият "неравноправност" отстъпва и е безсмислено да се преценява. Критерият "неравноправна клауза" в потребителския договор следва да се преценява само при липса на други основания, които правят сделката нищожна.

7. Правни последици от обявяване на неравноправни клаузи за нищожни в потребителските договори

В чл. 146 ал. 5 на ЗЗп е предвидено, че наличието на неравноправни клаузи в договор с потребител не води до неговата нищожност, ако договорът може да се прилага и без тези клаузи. Това е проявление на разпоредбата на чл. 26 ал. 4 ЗЗД съгласно която нищожността на отделни части не води до нищожност на договора,

[1] Вж. М. Димитров, цит. съч., с. 51 и О. Герджиков, Конкуренция на основанията за нищожност, сп. Правна мисъл, бр. 2 /1979 г., с. 86.

когато може да се предположи, че сделката би била сключена и без недействителните и части[1]. Следователно в такива случаи ще бъде налице частична недействителност на договора.В ЗЗП не е възпроизведена разпоредба, аналогична на първото условие за запазване на сделката, предвидено в ЗЗД, а именно недействителните части да бъдат "заместени по право от повелителни правила на закона". Считам, че причината е в това, че щом клаузата се е отклонила от диспозицията на императивната норма и е предвидила нещо различно, то тя е нищожна и по право се замества от предвиденото в повелителната норма.

В правната теория се приема, че в правилото на чл. 146 ал. 5 ЗЗП не е предвидена субективна предпоставка за запазване действието на договора в останалата му част, каквато се приема, че е посоченият текст от ал. 4 на чл. 26 ЗЗД – "когато **може да се предположи,** че сделката би била сключена и без недействителните и части." Преценката дали сделката би била сключена в този вид от страните не е от значение, защото законодателят е целял да санкционира търговеца, че тази нищожност има санкционен характер. Същият автор приема, че включването на неравноправни клаузи от страна на търговеца в потребителския договор, използвайки по-малката информираност на потребителя при сключването на договора в сравнение с професионалиста като особен случай на накърняване на добрите нрави. Бих добавила, че такъв търговец действа и в противоречие с правната норма, която има повелителен характер и постановява, че търговецът не следва да включва в съдържанието на договора неравноправни клаузи, освен ако те не са изрично съгласувани т.е. индивидуално договорени.[2] В контекста на сключен договор, включил в съдържанието си неравноправни клаузи, които не са индивидуално съгласувани, търговецът е допуснал преддоговорна вина и ако от това е претърпял вреди, той може да търси тяхното обезщетяване по реда на преддоговорната отговорност.

Поставен е въпросът за конверсията, ако останалата част от съдържанието на договора със съгласието на страните може да се трансформира в друг договор. [3]

8. Служебно прилагане на режима за неравноправните клаузи:

Правният режим на неравноправните клаузи има две страни. Едната страна е насочена към установяване на такива клаузи, използвани от търговеца в предлагани от него за сключване договори чрез използване на стандартизирани форми и общи условия. Тук е важна ролята на Комисията за защита на потребителите и на органи-

---

[1] С. Ставру, Частична недействителност при неравноправни клаузи в договор, сключен с потребител
(чл. 146 ал. 5 ЗЗД) счита,че се касае за особен случай на накърняване на добрите нрави, сп. Норма, бр. счита, че се касае за специален случай на частична недействителност по чл. 26 ал. 4 от ЗЗД и за особено правило, тъй като особеното правило по ЗЗП разкрива различия с правилото на чл. 26 ал. 4 ЗЗД. Като първа разлика посочва "обективната предпоставка за запазване действието на договора" сочейки като такава посоченото в закона – "ако договорът може да се прилага и без тези клаузи" и счита, че това ще е налице ако не се засяга същественото съдържание на договора и задълженията на страните.

[2] Също С. Ставру, цит. статия, с. 16.

[3] Пак там, с. 19.

зациите за защита на потребителите, а и на самите потребители, които чрез сигнали или собствени проверки да установяват наличието на такива клаузи и по административен или съдебен ред да действат за установяване и обявяване на тяхната нищожност.Това е една предварителна, превантивна дейност, насочена към предотвратяване на сключването на договори с такова съдържание. Другата страна на правния режим има за цел да се предотврати изпълнението на задължения от потребителите по сключени вече от тях договори, включващи в съдържанието си неравноправни клаузи, които не са изрично и индивидуално договорени и да се предотврати понасянето от тях на отговорности за това. Тази страна има предвид възникнали и предявени за разрешаване вече спорове пред компетентните за това органи. Въпросите, които възникват са свързани с това, при установяване на такива неравноправни клаузи от решаващия орган, без за това да е сезиран с такова искане от потребителя или да има позоваване на такива клаузи, дали компетентният орган следва да действа служебно или трябва да чака потребителят, страна по спора да се позове на такива клаузи в своя защита.Такива въпроси възникват или възникваха и в нашата практика, които считам, че вече са преодолени и се прие, че и при нищожност на това основание, макар и специално основание, следва да се спазва служебното начало.Аргументът е, че щом се касае за нищожност, макар и на това специално основание, решаващият орган има своите служебни правомощия да установи неравноправните клаузи в договора, с който е сезиран и ако търговецът не докаже, че тези клаузи са индивидуално договорени, да не ги приложи и обяви тяхната недействителност. Такъв въпрос е възниквал и в другите държави членки и на базата на преюдициални запитвания е създадена практика на Съда на ЕС в тази насока.

Служебната проверка при спор по потребителски договор, породен от неизпълнение на задължения на потребителя или от реализиране на отговорност спрямо него се налага по две съображения: първото, че ако съдържанието включва неравноправни клаузи и по повод на тях е възникнал спорът, то ако не се докаже индивидуалния характер на тези клаузи, те са нищожни,а за нищожността се следи и обявява служебно.Касае се за специално основание за нищожност, имащо относително действие, което се изразява в това, че се има предвид само съдържание на потребителски договор и че се касае за клаузи, които не са индивидуално уговорени. Както бе посочено по-горе, това може да се разглежда като специален случай на накърняване на добрите нрави, а считам, че и като противоречие с правила на ЗЗП, които установяват забрана за включване в потребителските договори на неравноправни клаузи, които увреждат потребителя, а създават преимущество за търговеца. Когато потребителят се е позовал на неравноправността на някои клаузи и иска те да бъдат обявени за нищожни, спор не възниква.Съдът е сезиран да извърши проверка дали са налице признаците, посочени в чл. 143 ЗЗП и да констатира неравноправния и характер, ако те са налице. Остава да се докаже, че клаузата е индивидуално уговорена и това тежи върху търговеца, за да се изключи възможността тази клауза да бъде нищожна.Ако това не се докаже, последицата е нищожност. Но ако потребителят не се е позовал на такива клаузи, правейки своето възражение по предявената срещу него претенция или не е направил изобщо възражения, то възниква този проблем, задължен ли е съдът да извърши проверка на условията на договора,

на които е основана претенцията и да приложи последиците в случай, че констатира наличие на неравноправни клаузи. Тъй като се касае до договорни условия, обременени с порок предвиден в разпоредби на закон, имащ действие за конкретни лица – търговец и потребител и това не е порок, който винаги прави уговорката недействително, а само при условие,че не е индивидуално уговорено, то трябва да се установи наличието на това законово изискване, че е налице неравноправна клауза, която не е индивидуално уговорена.Законодателят е възложил на търговеца да докаже противното, че се касае за индивидуално уговорена клауза, за да се изключи нищожността. Доказателствената тежест е върху търговеца, както разпорежда чл. 146 ал. 4 ЗЗП. Следователно задължение на съда е да информира страните и да проведе такова производство по установяване вида на неравноправната клауза, дали е индивидуално уговорена или не. В Решение № 77 от 22.04.2015 г. по гр. д. № 4452/2014 г. на ВКС, трето г.о. на база на решение на Съда на ЕС от 14 юни 2012 г. по дело С-618/10 е постановено, че "съдът не следва да допълва неравноправните клаузи с цел да отстрани порока. При съмнение обаче съдът има право да тълкува тези клаузи по благоприятен за потребителя начин."[1] В решение № 51 от 04.04.2016 г. на ВКС, ТК, второ отд. по т.д. № 504/15 г. съставът е действал според изискванията на закона, като на база представените доказателства е установил дали се касае за индивидуално уговорени клаузи. При наличие на доказателства в полза на последното е счетено, че възражението за нищожност на неравноправната клауза е неоснователно.

От съдебната практика на Съда на ЕС, обективирана в решенията по преюдициални запитвания № № С-154/15, С-307/15 и С-308/15, С-49/14, С-348/14, С-122/14 и С-472/11 могат да се направят следните изводи относно прилагането на режима на неравноправните клаузи в потребителски договори:

1. Съдът е длъжен служебно да прецени дали клаузите на договора, по повод на който е възникнал спорът, с който е сезиран, имат неравноправен характер и са във вреда на потребителя, без значение дали потребителят се е позовал на това в защитата си.

2. Проверката не се ограничава само до клаузи, на които се основава претенцията или по които са направени възражения, а се отнася до всички клаузи от договора. Счита се, че с тази намеса се компенсира по-слабата позиция на потребителя. Не следва да се счита, че се надхвърлят рамките на спора, с който е сезиран съдът.

3. При констатиране на неравноправни клаузи решаващият орган да уведоми страните и да им даде възможност в състезателно производство да се установи дали не се касае за индивидуално уговорени условия. В това производство доказателствената тежест е върху търговеца и ако не успее да направи това – процесната уговорка от съдържанието следва да бъде обявена за нищожна и не следва да бъде зачетена като условие или клауза пораждаща права или задължения. Следователно правилно се изтъква от К.Кунчев, че се касае за "своеобразна оборима презумпция", която може да бъде оборена именно чрез доказване на индивидуално уговорения

[1] Съдебна практика на ВКС в сайта на съда, публикувано също в ЗЗД, задължителна съдебна практика, съставител К.Кунчев, изд. Сиби, 2015 г., с. 78.

характер на съответните неравноправни клаузи.[1] Законодателят, водим от логически съображения, че потребителят не би уговорил нещо вредно за себе си, предполага, че неравноправните клаузи са едностранно изготвени от търговеца, като по-силна страна в правната връзка и нему възлага да обори това предположение.

4. Съдът не е длъжен да чака потребителят да направи изрично изявление за неприлагане на неравноправните клаузи, това е служебна задача на съда винаги, когато се касае за нищожни клаузи в един договор. Но възниква въпросът, ако потребителят изрично заяви, че не желае тези клаузи да отпаднат от договора, макар и неравноправни, то следва ли да се зачете тяхното действие? Или да приемем друга хипотеза- потребителят изрично заяви, че тези клаузи не са едностранно установени т.е. са индивидуално договорени. Отпада ли доказателствената тежест от търговеца, щом като е направено такова изявление и следва ли да се съобрази съдът и да приложи въпросните клаузи, макар и неравноправни? В Решение по дело на Съда на ЕС С-472/11 в т. 27 от мотивите съдът уточнява че "националният съд не е длъжен по силата на Директивата да откаже да приложи разглежданата клауза, ако след като е бил информиран за това от посочения съд, потребителят не възнамерява да се позове на нейния неравноправен и необвързващ характер". В същото решение в т. 35 от мотивите е посочено, че едно такова поведение на потребителя следва да се счита за одобрение на неравноправната клауза, че не иска премахването и одобрението е "доброволно и напълно информирано". От това може да се направи извод, че съдът следва да зачита едно подобно изявление като признание, че спорната клауза е индивидуално уговорена. Но ако тази клауза е част от общи условия, с които работи търговецът, следва ли позицията на съда да бъде същата? Следва ли такова изявление да се третира като признание на факт и съдът да постанови решение съобразно всички обстоятелства по делото т.е. съобразно чл. 175 ГПК В теорията е разискван този въпрос и заетото становище е, че "Съдът не се произнася по неравноправния характер на клаузата, ако потребителят, след като е бил уведомен, се противопостави на това."[2] А и от цит. решение № С-472/11 от т. 35 на мотивите се посочва, че съдът трябва да отчете желанието на страните. Считам, че е налице противоречие между нашата национална разпоредба и решението на Съда на ЕС по този въпрос. Такъв проблем се вижда, че възниква и в практиката на други държави членки. Приема се, че при порочни клаузи, които нарушават равновесието на страните в договора, макар и да не са налице други причини за нищожност, съдът е длъжен да укаже на страните това обстоятелство и страните да решат дали ще искат да бъде обявена тяхната недействителност или случаят да се реши по същество. Но се акцентира повече на служебното указване на недействителността и че решението е за засегнатата страна, тя да се позове на недействителността и да иска това обстоятелство да бъде обявено в решението и съобразно него да се реши казусът. Коментира се още, че това е вид недействителност, който стои между нищожността и унищожаемостта и има относително действие. Сочи се в конкретно решение на

[1] К. Кунчев, Проблеми на потребителското право в светлината на съдебната практика в сайта "Предизвикай правото", с. 13 – www.challengingthelaw.com/obligacionno-pravo/potrebitelsko-pravo-vks

[2] Вж също К.Кунчев в цит. статия, с. 2.

италиански съд по потребителски спор, че този проблем е възникнал с включване на такава разпоредба за недействителност в потребителския закон на Италия.Повече внимание се отделя на служебното указване на недействителността на страните, като се счита, че това не е ultra petita т.е. извън предявеното искане до съда.[1] Проблемът, който остава е дали решаваща е позицията на потребителя, който е засегнат от такава клауза и дали тя касае само неговите интереси. Авторът, който коментира посоченото решение на Касационния съд на Италия прави довод и за това, че такава клауза засяга всички лица и е против принципите на пазара в т.ч. и този за еквивалентност и равновесие и това оправдава служебното следене и указване на тези неравноправни и недействителни клаузи. По далече не се отива в позицията.

Въпросът за служебното начало при прилагане на режима на неравноправните клаузи като нищожни и изключване на действието им има своята проекция и в изпълнителното производство, конкретно в заповедното производство.Въпросите, които са поставяни са дали такава проверка за съдържащи се неравноправни клаузи в договора, въз основа на който се иска издаване на заповед за изпълнение, следва да се прави служебно от съда или само при направено възражение от длъжника и може ли на това основание да се откаже издаването на заповед за изпълнение.Този въпрос е занимавал както Съда на ЕС така и нашата теория и съдебна практика.В европейската съдебна практика в някои от цитираните по-горе решения се приема, че не се допуска национална правна уредба, която не дава възможност на сезирания за издаване на заповед за изпълнение съд да преценява служебно неравноправния характер на клаузи, съдържащи се в договора, тогава когато потребителят не е направил възражение срещу заповедта за плащане.[2] Цитираният от мен вече автор К. Кунчев, разглеждал този въпрос в посочената статия, се е позовал и на други решения на Съда на ЕС, в които е изразено ясно становище, че служебното начало при установяване на неравноправни клаузи при потребителските договори трябва да намира приложение и в заповедното производство. Изтъкнал е примери и от нашата съдебна практика, когато е правена такава преценка при заявление за издаване на заповед за незабавно изпълнение по реда на чл. 417 ГПК. Разгледал е въпроса за евентуално спиране на незабавното изпълнение. Но сам изказва съмнение дали винаги е възможно да се направи такава проверка поради посочени от него причини.[3] Тази служебна проверка намира основание и в закона, в чл. 411 ГПК в ал. 2, т. 2 в която се постановява, че съдът издава заповед за изпълнение, освен когато искането е в противоречие със закона или с добрите нрави. А такова противоречие е налице, когато се черпи основание за издаване на заповед за изпълнение от нищожна клауза поради неравноправния и характер. **Но не е налице възможност при тази проверка да се установи, дали не се касае за индивидуално съгласувани клаузи и**

---

[1] Вж Beachtung der Nichtigkeit von Amts wegen: "die nullita di protezione" in Verbrauchervertraegen"/ Entscheidung der italienischen Corte di Cassazione No 26242 vom 12 Dezember 2014 / mit Anmerkung von Salvatore Patti, Rom в сп. Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht, 4/ 2016, S. 950.

[2] Това е постановено изрично в мотивите и в диспозитива на решенията по цит. вече дела №№ С-49/14 и С-122/14 /eur-lex.europa.eu/

[3] Вж К.Кунчев в цит. статия, с. 5.

страните да вземат отношение по този въпрос. Това може да стане в хода на едно исково производство. Ако неравноправната клауза не разкрива директно противоречие със законова норма или добрите нрави, няма да се стигне до този резултат, да се откаже издаването на заповед за изпълнение.В съдебната практика вече е наложено, че при заявление за издаване на заповед за изпълнение на основание чл. 410 или 417 ГПК проверката трябва да се отнася и за наличие на неравноправни клаузи, когато вземането произтича от потребителски договор. Това е видно от определение № 974/ 7.12.2011 г. по дело № 797/2010 г. на ВКС, ТК, 2 отд., определение на Ловешкия окръжен съд по ч.гр.д. № 268/2017 г. определение на Ловешкия окръжен съд от 19.01.2017 г. по ч.гр.д. № 20/2017 г., определение на същия съд по ч. гр.д. № 490/ 2017 г., публикувани в сайтовете им.С тях се потвърждават определения, с които е отказано издаването на заповед за изпълнение поради установено противоречие със законови норми. Изрично в мотивите се сочи, че когато се касае за потребителски договор, трябва да се извърши проверка и за наличие на неравноправни клаузи, които също противоречат на закона.При цитираните определения се е касаело за противоречащи на правната норма клаузи, например уговорено по договор за потребителски кредит обезщетение за забава, надхвърлящо размера по ЗПК или претендирано обезщетение при предсрочна изискуемост на кредита, обхващащо и възнаградителната лихва по непадежиралите вноски т.е. такива, които могат да се установят по данните на попълнения формуляр на заявление за издаване на заповед за изпълнение или от представения договор с нотариална заверка, какъвто се изисква или от извлечението на банката. Но не всички неравноправни клаузи разкриват противоречие с конкретна законова норма и те трудно могат да се констатират като неравноправни на базата на лаконичното съдържание на заявлението за издаване на заповед за изпълнение. Това би могло да се отстрани като пречка с допълване на чл. 410 ГПК като се задължат заявителите когато вземането им произтича от потребителски договор да представят и самия договор, приложен към заявлението в неговия формулярен вид или препращането към чл. 127 ГПК да включва и към ал. 2 т.е. да не я изключва. Само това би позволило пълна проверка за неравноправни клаузи и при искане за издаване на заповед за изпълнение и на основание чл. 410 ГПК чрез представяне на потребителския договор. Но остава пречката, че в проверката по това производство не може да се установи дали клаузите са индивидуално уговорени,освен ако не се касае до общи условия. Това може да стане в едно състезателно производство.Изводът е,че проверката за неравноправни клаузи в заповедното производство е ограничена като възможност,тя се подчинява на общите правила на чл. 411 ал. 2 ГПК. Пълна проверка е възможна в едно исково състезателно производство. Когато се касае за издаване на заповед за незабавно изпълнение въз основа на документите по чл. 417 ГПК е задължително прилагането на договора, ако вземането произтича от такъв или извлечението от банковите книги, затова в този случай има по-голяма възможност да се осъществява такъв контрол. Но ако не се касае до общи условия или формулярни договори, трудно може да се установи дали не се касае за индивидуално уговорени клаузи. Най-големи възможности в тази насока по нашето процесуално право има при исковото състезателно производство.

КОЛЕКТИВНИТЕ ОРГАНИ ВЪВ ВИСШЕТО УЧИЛИЩЕ – ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

проф. д-р Дарина Зиновиева[1]

1. Законът за висшето образование (ЗВО) е действащ закон от почти двадесет години[2]. Въпреки достатъчно дългия период на прилагане и въпреки многобройните изменения и допълнения, все още са налице въпроси, които се нуждаят от анализ и законова оптимизация.

Това, според нас, е така, поради амбициозната цел[3] на законодателя да регулира в един законов акт устройствени обществени отношения на висшите училища (ВУ) и обществени отношения, свързани с функционирането им.

Устройственият тип обществени отношения обхващат регламентация както на държавните, така и на частните висши училища, правомощия както на държавни органи, свързани с управление на ВУ, така и на органи на управление на самите ВУ.

От друга страна, обществени отношения, регулирани от закона, имат изключително различни правни субекти – правните норми уреждат начина на приемане на студенти, техния статут, правата и задълженията им; уреждат правата и задълженията на преподавателския състав, особеностите на трудовоправния им статус, уреждат правоотношения, свързани с акредитацията, с финансово управление, издаване на административни актове, качество на научна, на образователна дейност, и др. Липсата на правилник за приложение на закона също е слабост на законодателството, поради разнородната правна материя, която се нуждае от по-подробна регламентация.

Всичко посочено по-горе усложнява прилагането на закона и води до различия в тълкуването, поради което считаме, че ЗВО се нуждае от оптимизация в цялостност.

В настоящата статия ще се спрем само на някои практически въпроси, свързани с правните изисквания за учредяване и функциониране на основните колективни органи на висшето училище.

2. Колективен орган на управление на цялото висше училище е Общото събрание и Академичният съвет[4]. Висшите училища имат и основни звена – факултети, департаменти, институти, които също имат свои органи на управление.[1]

---

[1] Преподавател в ПУ "П. Хилендарски", ЮФ, гост-преподавател в ИДП, БАН.

[2] Вж. Закон за висшето образование , Обн., ДВ, бр. 112 от 27 Декември 1995 г. с последно изменение в ДВ. бр. 68 от 2 Август 2013 г.

[3] Чл. 1. С този закон се уреждат устройството, функциите, управлението и финансирането на висшето образование в Република България.

[4] Чл. 24. (1) Органи за управление на висшето училище са Общото събрание, академичният съвет и ректорът.

Поради ограничения обем ще се спрем на конкретни органи за управление на основните звена, чиято правна уредба се нуждае от оптимизиране.

Една от целите на ЗВО е да осигури управление на ВУ чрез участието на представители на всички основни групи субекти, които са свързани с осъществяване на учебния процес- преподаватели, студенти, докторанти.[2] Както академичният, така и факултетният съвет се избират от съответните Общи събрания – на университета и на факултета. Те имат мандат от четири години, като мандатът им не се прекъсва при провеждане на частични избори.

Законът регламентира изрично учредяването и функционирането на колективните органи да се извършва на квотен принцип. (ОС на ВУ, ОС на факултетите, Академичен съвет (АС) и Факултетен съвет (ФС).

Структурата на общите събрания на ВУ и на основните звена (ОЗ) изрично е определена в ЗВО, като представителите на отделните групи следва да имат и определено от закона процентно съотношение. Целта на съотношението е да се даде възможност за участие в управлението на представители на всяка група. Следователно законът императивно изисква да се гарантира това право.

Видно е, че законодателят е търсил възможност за защита на интересите на всички групи, участващи в процеса на образование.

Проблем при прилагането на закона, според нас, обаче, е стабилността на броя представители на съответните квоти за периода на мандата на органа. Например, квотата на преподавателите има по-силна устойчивост, в сравнение с квотата на обучаваните – студенти и докторанти. Преподавателите сключват трудов договор с висшето училище и това дава относителната устойчивост, поради трудовоправните норми за прекратяване на договора. Аналогичен е случаят с административния персонал.

Студентите и докторантите са по-неустойчива квота, поради многообразните възможности за отпадане на правното основание за членство – напр. загуба на студентски права, напускане на висшето училище, завършване на образованието, вкл. възможност за ускорено завършване, в сравнение с регулярния период на обучение.

Изброените правни основания са уредени ясно в ЗВО – в нормите на член 42, ал. 9, т. 4–8 от ЗВО се изброяват част от тези възможности[3]. В правилниците на

---

[1] Чл. 25. (Изм., ДВ, бр. 48 от 2004 г.) (2) Основни звена (ОЗ) на висшето училище са факултетите, департаментите, институтите и колежите.

[2] Категорията студенти и докторанти се считат за "обучаеми" лица.

[3] 4. (предишна т. 3, изм., ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г.) предсрочно завършване на обучението при желание от страна на обучаваните;

5. (предишна т. 4, изм., ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г., изм., ДВ, бр. 53 от 2002 г.) придобиване на нова специалност при спазване на изискванията на ал. 7;

6. (предишна т. 5 – ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г.) частично обучение на български и чуждестранни студенти в избрано от тях висше училище, факултет или специалност;

7. (предишна т. 6 – ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г.) преместване на студенти в друго висше училище, факултет, специалност и форма на обучение;

висшите училища и други вътрешни актове на висшите училища също е налице допълнително детайлизиране на тези основания. Следователно по отношение на юридическата регламентация няма неяснота, а и практиката показва еднопосочност на тълкуването и прилагането на тези норми.

Проблемът с квотата на обучаваните лица се дискутира още при приемането на закона в Народно събрание.[1] Законодателят чрез въвеждане на съотношението между квотите е установил известна стабилност, възприемайки установяване квота от минимуми. В по-широк формат на изследването може да се коментира темата за абсолютност и относителност на определени минимуми за съответните органи, за синхронизиране на измерване на минимумите – процентни съотношения или съотношения с цифрови части, еднаквост и различия на тези минимуми при отделните колективни органи.

Проблемна хипотеза е например когато ФС предварително определи в структурата да има определен брой лица от квотата на обучаваните, обаче ОС на обучаваните лица не може да събере толкова броя представители на квотната група в самото заседание или не може да избере толкова броя представители на тази група в ОС и във ФС. Тогава не може да се реализира решението на ФС, за предварително определената структура. Още по-усложнена е хипотезата със структурата, когато деканът свика ОС, според едно от основанията на закона и устройствените правилници на ВУ, тъй като в тази хипотеза свикването не се предхожда от ФС.

3. Въпросът, който доведе до решение на Върховния административен съд е за така нар. "автоматизъм" при отпадане на правното основание за членство в ОС, АС и ФС. В практиката е възможно различно тълкуване на определени хипотези, свързани с прекратяване на членство в АС, респективно във ФС, както и свързани с възникване на членство в АС, респективно във ФС. Различието в тълкуването се отнася до това дали се прилага "автоматизъм", дали следва изрично волеизявление от това лице, дали колективният орган следва да прекрати със свое волеизявление правоотношението.

Принцип в правото е, че след като правен субект изгуби първоначалното си правно качество, което е основание за последващ правен статут, то *ex lege* отпада и последващия правен статут.

Този принцип се потвърди с решение на Върховния административен съд и по отношение на членството в органите на управление на ВУ. Например, след като обучаван студент или докторант изгубва правния статус на такъв, то автоматично отпада и правното основание, въз основа на което е член на органите, в които участва- например ОС, АС, ФС.

В този смисъл е и коментираното горе решение на ВАС.[2] Юриспруденцията използва две понятия при тълкуване разпоредбите на ЗВО по отношение кворума на

---

8. (предишна т. 7 – ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г.) прекъсване на обучението от страна на студентите, докторантите и специализантите, както и продължаването му след това;

[1] Вж. повече Стенограма от дискусията при приемане на ЗВО.

[2] Вж. РЕШЕНИЕ № 6776 ОТ 16.05.2011 г. ПО АДМ. Д. № 9023/2010 г., VII ОТД. НА ВАС.

колективния орган – редукция на списъчен състав и редукция на кворума от списъчния състав.

Редукцията на списъчния състав е именно редуцирането на първоначално гласувания брой членове на органа, при неговото конститутиране. Тази редукция се извършва при така нар. "автоматизъм" – отпадане на членството поради отпадане на самото правно основание за членство-изгубване на студентски права, отчисляване на докторант, прекратяване на трудов договор с член на академичния или на административния състав.

Второто понятие, което съдът използва, е редукция на кворума на колективния орган. В чл. 36, ал. 1 от ЗВО се предвижда заседанията на органите за управление да се провеждат при наличие на кворум от две трети от списъчния им състав. Много точно в решението на ВАС се казва, че "посоченото мнозинство се отнася именно до кворума, а не до целия състав на колективния орган".

Следователно редуцирането на списъчния състав при правен автоматизъм се потвърждава от съда. Логиката на това редуциране идва още и от взаимно изключващите се хипотези на изрично освобождаване на член на състава и отпадане на формалното основание за членство в състава.

При отпаднало формално основание за членство в този случай, последващо гласуване за освобождаване на лицето е ирелевантно. В практически аспект- ако не се постигне мнозинство на гласовете за решение за освобождаване, лицето не може да продължи да бъде член в органа, поради отпаднало вече материално-правно основание за това. По-горе дадохме три принципни примера – преподавател, който е прекратил трудовия си договор с ВУ, завършил студент, отчислен докторант. Ирелевантно ще е напр. взетото решение за освобождаване от членство, поради настъпилите доказани факти. Аргумент за това е, че отрицателното решение на органа не възстановява правното основание за членство на това лице.

Хипотезата е различна от изричното волеизявление на лице, което желае да напусне състава на органа, при неотпаднало правно основание за членство. Тук също има специфики, които няма да коментираме в обема на настоящата статия, а само ще маркираме въпроса за правната разлика между приемане на оставка и автоматизъм на оставката.

4. Основен принцип на закона е да не се допусне колективният орган за управление на факултета да взема решения с по-малък брой членове, от императивно определения минимум. В същото време законът регламентира и допълнителен елемент на оперативност – възможност за допълнително намаляване на кворума по време на функциониране на органа, при определени от закона критерии (така нар. по-горе редукция на кворума). Целта на закона извличаме от кумулацията на двете условия.

Едното условие е наличието на принципен минимален брой на колективните органи- ОС, АС, ФС като численост, изразена в списъчен състав[1]. А второто, допъл-

[1] Закон за висшето образование, Чл. 26 (7) (Изм., ДВ, бр. 48 от 2004 г.) Факултетният съвет се състои не по-малко от 25 членове и включва представители на академичния състав на основен трудов договор, студенти и докторанти. Не по-малко от три четвърти от членовете на факултетния съвет са хабилитирани лица.

нително условие, е законовото изискване за наличие на минимален числен състав (кворум) от списъчния, при всяко отделно заседание, на което колективният орган взема решение.

За да разграничим материалноправните законови условия в едната и в другата хипотеза, условно ще наречем двете хипотези – "учредителна" хипотеза и "оперативна" хипотеза.[1]

Материалноправните условия на закона в така нар. "оперативна хипотеза" следва да бъдат съобразени и взети пред вид още при учредяването на органа. Това означава, че ако при учредяване на органа са налице ясни прогностични условия, които могат да са отрицателна предпоставка за законов заседателен състав на ФС, то следва да се отчетат още при учредяването им.

Законът предвижда изключително малко хипотези като правни основания за редукция на кворума. Тези хипотези не отговарят на реалните обществени отношения, поради които законът се нуждае от оптимизиране.

Нещо повече, самият закон регламентира и числов праг на редукция на кворума, което не дава възможност за ползване на хипотезите за редукция от всички членове, имащи съответното основание.

В тази част, считаме, че Законът за висшето образование търпи критика. Целта на законодателя следва да се съобрази с факта вземане на решения при брой участници, които гарантират пълноценно функциониране на тези органи.

В същото време, балансът на основанията за редукция на кворума между отделните групи представители в структурата на органа не е постигнат от законодателя. Например едно от основанията за редукция "командировка" не би могло да се приложи от член на органа, от квотата на студент например. Понятието "командировка" и "отпуск при временна нетрудоспособност" са трудовоправни понятия (чл. 121 и чл. 162 от Кодекса на труда), които не са приложими за правоотношението на студента с висшето училище.

Именно затова би следвало да се коригира закона в тази част или да се приеме по-широко тълкуване на някои основания за редукция на кворума, съвместими със статута на представителите на съответната квотна група. В противен случай се създава реална възможност да се възпрепятства дейността и функционирането на този орган.

Още по-силно основание за този извод и за предложението за изменение на закона е и прилагането на Закона за академичното развитие на академичния състав в Република България, по който закон процесуалните срокове са допълнително осно-

---

[1] Чл. 36а. (Нов – ДВ, бр. 60 от 1999 г., в сила от 02.07.1999 г.) (1) (Изм., ДВ, бр. 48 от 2004 г.) Заседанията на колективните органи за управление на висшето училище, на неговите основни звена и/или филиали са редовни, ако присъстват две трети от списъчния състав на членовете им.

(2) При определяне на кворума по ал. 1 от списъчния състав се изключват лицата в отпуск при временна нетрудоспособност, поради бременност, раждане и осиновяване и за отглеждане на малко дете или в командировка извън страната. Общият брой на тези лица не може да бъде повече от една четвърт от броя на лицата в списъчния състав.

вание за реализиране на регулярност при провеждане на заседания и съответно вземане на решения, свързани с академичното развитие.

5. Друга практическа особеност е въпросът по отношение на задължението на лицата – членове на ОС, АС, ФС да присъстват на заседанията на този орган.

Проблемът е в конкуренцията на две служебни задължения – присъствие на заседание на колективен орган на ВУ и задължение за провеждане на учебни занятия. Едновременно колективните органи управляват процеса на обучение и в същото време членовете им следва да изпълняват задължението си като провеждат учебни занятия или присъстват на такива. Към проблема ще добавим и факта, че самото ВУ има планиран график за учебни часове, което също следва да се вземе пред вид. Част от въпросите могат да се решат с правилниците на ВУ или в оперативен порядък, но законът също може да се оптимизира, с оглед специалния му характер спрямо Кодекса на труда.[1]

De lege ferenda като най-наложително се очертава предложението матералноправните условия за редукция на кворума да бъдат конкретно съобразени със статута на квотните групи, влизащи в техния състав.

6. Съществуват още редица въпроси, свързани с проблеми при прилагане на ЗВО. Така например, ЗВО урежда два колективни органа – съответно ОС и АС, и един едноличен орган на управление – ректор. Аналогична е хипотезата и при управлението на факултета – при два колективни органа – ОС и ФС, едноличен орган на управление е деканът. В тази връзка в практиката проблем представлява синхронизирането на правомощията на председателите на ОС с тези на ректора/декана. Въпросите са свързани с организацията на ОС, въпроси по процедурата на организацията, които не са уредени в ЗВО. В тази връзка вътрешните актове на ВУ[2] могат да детайлизират правната регламентация, но при спазване на съответните правни изисквания за това. Именно затова изразяваме препоръка за първична правна регламентация в ЗВО и по тази група въпроси.

В настоящата статия поставихме по-общи проблеми, свързани с колективните органи на управление, но темата се нуждае от детайлно и комплексно изследване, както в материята на административното право[3], така и в материята на трудовото право.

Тук можем да добавим и правната уредба, свързана с академичния състав на медицинските висши училища, където освен Кодекса на труда, Закона за висшето образование и Закона за развитие на академичния състав в РБ се наслагват и специ-

---

[1] Вж. повече Мингов, Е. Особености на трудовите правоотношения при заемане на академични длъжности, сп. Норма, бр. 1/2013 г.

[2] Повече за правната природа на вътрешните актове като недържавни източници , вж. Русчев, Ив. Нормативните актове източник на частното право, С. 2008 г.

[3] Освен материалното и процесуално право, специалната част на административното право в системата си включва и правния режим на управление на образованието;за системата – вж. повече Дерменджиев Ив, Д. Костов, Д. Хрусанов, Административно право на Р България, С., обща част, с. 41 – 42.; Лазаров, К. Административно право, 2000, изд. Фенея, с. 21.

алните норми от Закона за лечебните заведения, уреждащи съчетание на трудови правоотношения за лечебна и преподавателска дейност.[1]

7. В обобщение, съчетанието на правно регулиране на учебния процес, на академичното развитие и на управлението на учебното заведение изискват синхрон и взаимовръзка на правните норми, така, че законосъобразното им реализиране да не нарушава нито един от тези процеси. За целта въпросът за законосъобразността на дейността на колективните органи е от първостепенно значение, поради факта, че именно с техните решения се регулират вторично въпросите от целия предметен обсег на дейност на висшето училище.

[1] Чл. 90, ал. 4 от ЗЛЗ.

КОНТРОЛ ВЪРХУ КОНКУРСА ЗА ДЪРЖАВНА СЛУЖБА

проф. д-р Димитър Костов,
катедра "Административноправни науки",
СУ "Св. Климент Охридски"

Резюме

В доклада се изяснява, че конкурсът е специално административно производство, включващо издаването на няколко индивидуални административни акта – по допускането до конкурса, по класирането и по назначаването на държавните служители.

Изяснява се в тази връзка, че контролът по отношение на първите два акта е ограничен. Същият е само административен, съдебният контрол се изключва, докато по отношение на акта за назначаване се допускат и двата способа за контрол – административен и съдебен.

Ключови думи: "контрол"; "конкурс"; "административно производство"; "индивидуален административен акт"; "административен контрол"; "съдебен контрол".

Resume

In the report it is shown that competition procedure is a special administrative procedure which includes the issuance of a few individual administrative acts – for admittance to the competition, for producing the ranking, and for the appointment of the civil servants.

It is shown also that the control with respect to the first two of the individual administrative acts is limited. This control is only administrative and the judicial control is excluded while with respect to the act for appointment both methods of control – ie administrative and judicial – are possible.

Важността на поставеният въпрос се предопределя от цялостното значение на държавната служба за организацията и функционирането на държавният апарат. Със своята подпомагаща роля, тя се явява пряко свързана с упражняването на държавновластническите правомощия на органите на държавната власт и преди всичко на органите на държавно управление и по този начин оказва своето влияние върху тяхната ефективност.

Повече от 100 години българската държава подлага на правна уредба държавната служба. Известно е, че първият български закон, посветен на държавната служба е приет през 1882 г. – тогава под наименованието "Закон за чиновниците". Трябва да се отдаде необходимото на нашите предшественици, че още в началните години на изграждането на младата българска държава са прозрели необходимостта от правна уредба на този важен институт на държавно-правната ни система.

Съвременната правна уредба на държавната служба у нас е свързана с новата Конституция от 1991 г., която въвежда изискването (чл. 116) за приемане на специален закон за държавния служител. През 1999 г. такъв беше приет (ДВ, бр. 67 от 27 юли), който и досега се явява основата на правния режим на държавната служба.

Изхождайки от важността на функцията, която изпълняват държавните служители – да подпомагат органите на държавна власт при осъществяване на техните

правомощия, законодателят подробно урежда правният им статут, като особено внимание отрежда на техния "подбор", ако можем така да се изразим. Въвежда се конкурсното начало за постъпване на държавна служба. Законът за държавния служител/ЗДСл) в чл. 10 изрично отрежда: "Постъпването на държавна служба в съответната администрация задължително се предхожда от конкурс."

Конкурсната система, така както е уредена представлява по своя характер административно производство по издаването на индивидуален административен акт. То започва служебно, т.е. по инициатива на съответния орган по назначаването, тъй като той взема решение и обявява конкурса и приключва с издаването на административен акт (традиционно заповед) за назначаване на държавния служител. През периода от обявяването на конкурса до издаването на заповедта се извършват редица производствени действия – назначава се комисия по провеждането на конкурса, решават се въпроси като допускането на кандидатите до конкурса, оценяване и класация и т.н., т.е. развива се същинско производство по издаването на един индивидуален административен акт. Вследствие на това възниква правото на лицето да заеме съответната длъжност или да придобие статута на държавен служител. Въпросната заповед несъмнено притежава всички белези на индивидуалният административен акт по смисъла на чл. 21 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК). Тя е изрично волеизявление на оправомощен за това административен орган – министър, изпълнителен директор, областен управител и пр., създаващо конкретно право за определено лице.

Във връзка с казаното стои още една важна специфика. Визираното производство е с по-сложен характер, в смисъл, представлява съвкупност от отделни фази, които също приключват с индивидуални административни актове, предхождащи "финалният", ако можем така да го наречем, индивидуален административен акт – заповедта за назначаване.

При наличието на тази уредба възниква естественият въпрос за приложимостта на АПК в случая, който както е известно урежда производството за издаването на индивидуалните административни актове по общовалиден начин. Отговорът произтича от действието на общоизвестното правило за приоритета на специалният закон пред общият. Така следва да се приеме, че за издаването на заповедта за назначаване на държавен служител ще се прилагат специалните разпоредби на ЗДСл, тъй като в случая той именно се явява специален по отношение на АПК. Аргумент за това съдържа разпоредбата на чл. 2, ал. 1 от самият АПК, според която: "Кодексът се прилага за административните производства пред всички органи на Република България, доколкото със закон не е установено друго."

Отбелязаното до тук има своето основание да бъде свързано с проблема за контрола. Наличието на специално и то сложно по своя характер производство за издаване на административен акт за назначаване на държавните служители, рефлектира и върху осъществяващият се контрол в това отношение. Той се реализира по реда на специалните разпоредби на ЗДСл, а не по пътя на общите правила за контрол върху индивидуалните административни актове, установени в АПК.

Известно е, че контролът на основание на АПК е както административен, така и съдебен. От тук и основната разлика със ЗДСл. Последният изключва съдебният

контрол. Наложеното ограничение несъмнено е свързано с естеството на конкурса за държавните служители като много специфична експертна дейност, която съдът няма обективната възможност да контролира. Не противоречи на правния ред подобно ограничение. Самата Конституция, установявайки общата клауза за съдебен контрол, допуска изключването му. Според чл. 120, ал. 2 "Гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон".

Конкурсната процедура позволява отграничаването на две относително самостоятелни фази. Те приключват с издаването на "свои", "междинни", ако можем така да се изразим, индивидуални административни актове, които предхождат заключителния – заповедта за назначаване на държавния служител. По-конкретно, първата фаза е свързана с допускането до конкурса, втората – със самото му провеждане.

Първата фаза, а с това и цялостната процедура по провеждането на конкурса започва с публичното му обявяване от органа по назначаването, с което се определят длъжността, за която се провежда конкурса, условията на които трябва да отговарят кандидатите, необходимите документи, срок за подаването им и пр. За провеждането на всеки конкурс се назначава нарочна комисия в състав от 3 до 7 членове като нейният числен и персонален състав се определят от органа по назначаване при задължителното участие на непосредствения ръководител на свободната длъжност, лице с юридическо образование и представител на звеното "Човешки ресурси". Допускат се и външни специалисти. Видна е идеята това да бъде експертен орган, действащ законосъобразно и обективно, което в голяма степен се гарантира и от участието на юристи и външни специалисти.

На комисията законът възлага държавновластнически, административни правомощия, тъй като тя допуска до участие в конкурса и извършва класацията на кандидатите, имаща обвързващо значение за органа по назначаването.Като правен субект отговаря напълно на понятието "административен орган" по смисъла на §1, т. 1 АПК: "Административен орган е органът, който принадлежи към системата на изпълнителната власт, както и всеки носител на административни правомощия, овластен въз основа на закон." Без да е орган на изпълнителната власт по смисъла на чл. 19 от Закона за администрацията (ЗА), комисията е оторизирана да осъществява административни правомощия. Компетентна е на първо място да решава въпроса, както посочихме вече, за допускането на кандидатите до участие в конкурса. Според чл. 10в ЗДСл: "До участие не се допускат лица, които не са представили необходимите документи и не отговарят на минималните и специфичните изисквания, предвидени в нормативните актове за заемане на съответната длъжност." Списъка с недопуснатите кандидати се оповестява публично, като се посочват и основанията за недопускане. Попадащите в този кръг лица се явяват пряко засегнати от решението на комисията – засяга се правото им до участие в конкурса. Въпросното решение, относимо към всяко едно такова лице, несъмнено ще има качествата на индивидуален административен акт.

От тук и въпросът за правната защита срещу него. Допустим е единствено административния контрол. Разпоредбата на чл. 10в, ал. 4 ЗДСл сочи категорично на този извод: "Недопускането до участие в конкурса подлежи на административен

контрол пред органа по назначаването..." и по-нататък "Решението на органа по назначаването не подлежи на съдебен контрол". Посочено е, както е видно, естеството на контрола – административен, който е и единствено допустим. Отделно, специфични са и правилата на протичането му. Отнася се за сроковете, които са сравнително кратки – тридневни както за жалбите, така и за произнасянето по тях, за техния ефект – не спират производството, т.е. нямат суспензивен ефект (чл. 10в, ал. 4) и пр.

Втората фаза, както бе отбелязано, е свързан със самото провеждане на конкурса. Конкурсната комисия го провежда с допуснатите до участие лица съгласно обявения от органа по назначаването начин. Последните се определят от Наредбата за провеждане на конкурсите за държавни служители (ДВ, бр. 6 от 23 януари 2004 г.), която разрешава да се приложат два от посочените начини, като задължително се провежда и интервю.

На тази база комисията "преценява професионалните и деловите качества на кандидатите и класира от първо до трето място най-успешно издържалите конкурса (чл. 10д, ал. 1). С други думи, възложена ѝ е изключителната компетентност да извърши класирането на кандидатите, което показва подчертано експертният характер на нейната дейност. Видна е "оперативната самостоятелност", при което положение тя взема решенията си. Това предрешава и въпроса за изключването на съдебен контрол: "Преценката на комисията и класирането на кандидатите не подлежат на съдебен контрол"- гласи чл. 10д, ал. 2 ЗДСл. Решението на комисията обвързва органа по назначаването. Той не може да го изменя. Нещо повече, според ал. 4 на чл. 10д – длъжен е да назначи кандидата, класиран на първо място, с което законът го поставя в положение на "обвързана компетентност".

От тази гледна точка решението на комисията като административен орган засяга интересите на всички участници в конкурса, освен естествено класирания на първо място. Безспорен е характерът му на индивидуален административен акт по смисъла на АПК. Механизмът за защита обаче отново е специфичен, в смисъл, че се допуска само административен контрол и то осъществяван по специалният ред на ЗДСл.

В 14-дневен срок от представянето на решението на участниците в конкурса и органа по назначаването последният е задължен да издаде акта за назначаване на класиралият се на първо място кандидат. В този период същевременно трябва да се реализира и административният контрол като единствено допустим. Според чл. 10д, ал. 3 ЗДСл: "Участниците в проведения конкурс кандидати, които не са класирани на първо място,могат да възразят пред органа по назначаването в 7-дневен срок от получаването на протокола на комисията.", от което се предопределя и краткият срок за произнасянето на решението. Същото се характеризира със своя контролно-отменителен характер. При основателност на възраженията органът по назначаването де факто отменя решението на комисията като "прекратява конкурсната процедура и насрочва нов конкурс." (чл. 10д, ал. 3). Според същата разпоредба решението не подлежи на съдебен контрол. Ако възраженията обаче не са основателни, се издава заповед за назначаване на класиралият се на първо място кандидат.

Показателно е, че правила за контрол върху този заключителен административен акт специалният закон (ЗДСл) не предвижда. А би следвало да се предположи, че е възможен и "отказ" да се назначи кандидата, при която хипотеза се засяга правото на спечелилия конкурса да заеме съответната длъжност (държавна служба). Остава пътят на общия контролен механизъм по АПК. При липсата на правила в специалният закон в това отношение, следва да се приложат общите способи за контрол, уредени в АПК – оспорване и по административен и по съдебен ред. Разбира се, в зависимост от положението на автора на акта, в случаят органът по назначаването. Оттам възможността за използване на административния или на съдебния контрол, или в последователност и двата способа.

Засегнатите въпроси в настоящото изложение нямат претенциите за изчерпателност. Имат за цел да осветлят в по-голяма степен проблемът за контрола върху конкурса за държавните служители.

АДМИНИСТРАТИВЕН (ЙЕРАРХИЧЕСКИ) КОНТРОЛ В АДМИНИСТРАЦИЯТА СПОРЕД АПК

проф. д-р Христина Балабанова,
катедра "Международно право и право на ЕС",
ЮФ на УНСС,
balabanova55@abv.bg

Резюме

Статията е посветена на административния (йерархически) контрол в дадена администрация.,Той се изследва на основата на теорията за контролната компетентност като властническа компетентност, позиционирана в компетентността по степен., както и на основата на теорията за административните вертикални правоотношения, структурирани по белега "организационна подчиненост. Посочени са субектите,упражняващи контрола, както и съдържанието на контролната компетентност при упражнен административен (йерархически/контрол според АПК.

Ключови думи: административен контрол, контролна компетентност, надзор, администрация,

Summary

The article is dedicated to the administrative/ hierarchic/ control in a specific administration. It is investigated in the basis of the theory of the control of competence as an authority, situated in the competence by degree, as well as in the basis of the theory of the administrative vertical relationships, structured by the scar organizational subordination. The subjects in control are mentioned as well as the content of the control of competence in exercised administrative/hierarchic/ control according to APC.

Key words: Administrative control, control of competence, supervision, administration

1. Съществуват различни способи, които гарантират законосъобразно и правилно действаща администрация. На преден план излизат функционалните способи, сред които се откроява контролът.

Проблематиката на контрола е изяснена в редица научни разработки у нас, изградени са различни дефиниции и становища, всяко от които представлява научен принос в административно правната ни наука. Според проф. Ив. Дерменджиев може да се говори за контрол над администрацията и контрол в самата администрация под които разбираме вътрешноведомствен и външноведомствен контрол. Проф. Д. Костов казва, че в съответствие с управленските решения спецификата на контролната дейност се състои в това, контролът сам по себе си да не се явява първична, организационна дейност. Той посочва още, че контролът е система от мерки за наблюдение и проверка за функционирането на проверяваните обекти в съответствие с управленските решения т.е. една активна, целенасочена дейност, с подзаконов характер.

Понятието за контрол често пъти се обяснява във връзка с надзора. Посочва се общата им правна характеристика, като същевременно се подчертава, че надзорът има по-тясна сфера на приложение. Органите на надзора не могат да се намесват в оперативната работа на поднадзорните обекти, да съдят за нейната целесъобразност. Учените единодушно приемат, че контролът се явява съставна част на администрирането, на управлението или ръководството и е тяхна неразривна част. Контролът е властническа дейност,влияеща на действията на различни участници в обществения живот. Контролът е част от самата изпълнително-разпоредителна дейност, схващана като подзаконова, юридико-властническа дейност по общо ръководство, организация и контрол на всички сфера на обществения живот. Най-разпространено е схващането, че контролът е система от мерки за наблюдение, съпоставка на зададеното с установеното положение, оценка и набелязване мерки на въздействие спрямо актовете и спрямо лицата.

Традиционно административният контрол се определя като общ или специален, вътрешноведомствен, външноведомствен превантивен, текущ и последващ.

Административен (йерархически) контрол наричаме контролът, който се упражнява вътре в едно ведомство,вътре в една администрация. Тук под администрация влагаме схващането на Закона за администрацията, съгласно което това е юридическо лице на бюджетна издръжка, част от държавната администрация. Според цитирания закон в администрацията на изпълнителната власт са включват министерства, държавни агенции, комисии, изпълнителни агенции, областни администрации.

При вътрешноведомствения, йерархически контрол по-горестоящият орган има административно-ведомствена власт над звена, служби, отдели и други, в която власт се изразява и този контрол. В основата и на административния (йерархически) контрол стоят следните базисни схващания, а именно:

- административен контрол е част от държавното управление наред с ръководството и организацията
- и трите части притежават властнически характер и имат конкретно съдържания
- в основата на йерархическия контрол стои властта на горестоящия и се развива на плоскостта на властнически правоотношения.

2. Правните отношения вътре в дадена администрация наподобяват една пирамида. Това са административно-правни отношения, под които разбираме обществени отношения, възникващи въз основа на административно-правна норма, насочени към възникване, изменение или прекратяване на държавното управление в страната. Когато разглеждаме административните правоотношения вътре в едно министерство, вътре в една администрация, те имат някои специфични особености.

В сферата на функциониране на изпълнителната власт е дадена една обща формула за административните правоотношения "субект на управление – обект на управление". Основното предназначение на тази формула е да обезпечи, да създаде необходимите условия за осъществяване на управленското въздействие, да гарантира организирането на съвместната дейност на хората, съгласуваното взаимодействие на техните колективи.Конкретните варианти на тази формула могат да бъдат

най-различни в зависимост от това накъде е насочено държавното управление в страната. Най-често срещаните в живота административни правоотношения са вертикалните. При тях едната страна встъпва в качеството си на носител на функцията по управление и притежава държавно-властнически правомощия, а другата страна изпитва върху себе си управляващото въздействие на първата. Най-общо казано това са административно правни отношения, при които единият от участниците е подчинен на другия. Вертикалните административни правоотношения могат да бъдат свързани помежду си чрез различни правни белези. Отношенията вътре в една администрация са вертикални административни, изградени по белега "организационна подчиненост". В този случай е характерно, че "субект-обект" на управление са звена, които принадлежат към една и съща служебна йерархия, към една и съща администрация, подчинени са един на друг. Отделните звена от тази йерархия притежават аналогични правомощия, но с различен обсег. С най-голям обсег са правомощията на звеното, което е върхът на пирамидата (администрацията), а с най-малък обсег – най-долустоящото звено.

3. С други думи, в дадена администрация правните отношения са административни,властнически отношения,структурирани по белега "организационна подчиненост". Те са оформени по формулата "горестоящ-долустоящ". За всеки горестоящ орган, както и за висшите органи на изпълнителната власт, като цяло е характерна, че те заемат ръководно положение спрямо долустоящите.

Ръководно положение спрямо подчинените служители в отдели,дирекции, почива именно на йерархическата, административна зависимост при изграждане структурата на администрацията.Освен това в административна правосубектност на горестоящия, се наблюдават властнически правомощия,в повече в сравнение с тези на долустоящите. Ако липсваха допълнителните властнически правомощия, то тогава двата органа биха била равнопоставени по между им, а не в отношение горестоящ-долустоящ.

Административната правосубектност на даден орган на изпълнителната власт и съобразно принципа на разделение на труда между органите на същата власт обхваща различни властнически правомощия в зависимост от конкретните задачи, които той трябва да решава. Едновременно с признаване на правосубектност, всъщност на съответния административен орган се признава материална,териториална, организационна, лична (по степен) компетентност. Ако материалната компетентност отговаря на въпроса с каква материя ще се занимава органът, териториалната посочва териториалния обсег на неговите правомощия. Организационната компетентност е самостоятелен вид, проява на специалната правосубектност на органа, съществува отделно и наравно с материалната, териториалната и лична компетентност. Организационната компетентност посочва коя точно структура с какви задачи ще се занимава. Тя е най-тясно свързана с материалната, тъй като структурно я оформя като едно цяло.

Що се отнася до личната компетентност, тук се излиза от служебното положение или мястото на лицето, което издава акта/ratione personal.

При йерархично изградената, пирамидална структура на всяка администрация отношението "горестоящ-долустоящ" разкрива допълнителни особености. Това

както вече споменахме, са допълнителните властнически правомощия,които са предоставени на горестоящия в повече в сравнения с всички останали. Сред тях са:

- ръководството, което най-често се изразява в правомощието да се дават задължителни указания, разпореждания
- организационна власт по определяне структурата на съответната администрация
- дисциплинарна власт над персонала
- определяне числения състав на съответната администрация
- контрол спрямо подчинените звена и лица и т.н.

Едновременно до всяко правомощие да разпорежда, да дава указания горестоящият притежава и контролни правомощия. Контролната компетентност е властническа компетентност, със свое собствено съдържание и относително самостоятелно съществуване.

Административният/йерархически/контрол разглеждан като властнически правомощия, лежи в компетентността по степен. Всички звена, които имат позицията на подчинени, обвързани спрямо разпорежданията на горестоящите, са *подчинени* в същата степен и на контролната компетентност на тези горестоящи. Подчинението спрямо властта на горестоящия, спрямо неговото ръководно положение обяснява и контрола на горестоящия спрямо него. **Да ръководиш не означава само да нареждаш, разпореждаш, а предполага и наличие и на контролна компетентност**.Това е така, защото при властническо правоотношение горестоящият нарежда, а долустоящият е подчинен,зависим спрямо тези разпореждания. Подчинението е обратната страна на ръководното положение на органа.

Напълно заставаме на позицията на акад. П. Стайнов и проф. Ангелов, когато казват "при подреждане на отделните организационно-правни способи се излиза от белега, дали осъществяването на мерките на въздействие се извършва от органите в приложение на тяхната контролна компетентност, произтичаща *от мястото/*к.м.-Х.Б) им в държавния апарат, или напротив се касае за специално създадена и регламентирана от закона компетентност на контрол. Както вече подчертахме, с мястото на органа на изпълнителната власт се свързва личната (по степен) компетентност, което означава, че в служебната йерархия вътре в една администрация, контролната компетентност се включва в по-общия обхват на компетентността по степен.

4. Административният (йерархически) контрол вътре в дадена администрация се нарича още "вътрешноведомствен контрол".Основанието за упражняване на контролната компетентност в този случай лежи в ръководното положение на органа спрямо лица или звена от изградената в негова помощ администрация. Контролната компетентност тук най-ясно се свързва с ръководното положение,с компетентността по степен,с правото да разпорежда,с по-широкия обхват на организационната компетентност и др. В този случай, контролната компетентност представлява неразделна част и продължение на самата ръководна и направляваща дейност Този вътрешен за администрацията контрол може да се прояви като предварителен, текущ и последващ. Този контрол е както за законосъобразност, така и за правилност и обхваща не само юридическата, но и материално-техническата дейност.

Присъединяваме се към становището на проф. Е. Кънде́ва, която приема този контрол за най-всеобхватен. При него се използва целият арсенал на възможности :доклади, информация, проверки, проучвания, премествания, промени и т.н.

Предимствата при упражняване на контрола вътре в една администрация се открояват в различни насоки:

- развива се служебно (ex officio)
- не е обвързан с никакви форми, процедури, сезиране, срокове
- протича по всяко време
- прави се предложение за търсене на дисциплинарна и или имуществена отговорност по Закона за държавна финансова инспекция.

5. Оспорването по административен ред по АПК не е задължителна процесуална предпоставка за оспорване на акта пред съда. Освен това,то не е допустимо за определена категория актове: тези по чл. 2 от АПК, тези при, които няма по-горестоящ орган,както и тези за които правната норма предвижда директно оспорване пред съд.Това е единственото производство при което може да се оспори не само законосъобразността,но и целесъобразността на акта.

Съдържанието на контролната компетентност при упражнен административен (йерархически) контрол, може да се изведе от текста на действащия чл. 97 от Административно-процесуалния кодекс.

Съгласно цитирания текст,съдържанието на контролната компетентност на по-горестоящия орган се изразява във:*обявяване нищожност* на акта,*отменя* изцяло или отчасти на акта като незаконосъобразен или нецелесъобразен или *отхвърляне* на жалбата или протеста.

По-горестоящият административен *орган решава въпроса по същество*, освен ако той не е поставен в изключителна компетентност на по-долустоящия, т.е. тогава го връща на последния отново за разглеждане.

Никъде другаде,при никоя от другите форми на контрол не съществуват толкова много и разнообразни форми на въздействие спрямо актовете на подконтролните лица или звена.

Тук бихме желали да обърнем внимание на следните особености. За първи път в АПК (чл. 97) правната норма ясно посочва,че този йерархически контрол е за законосъобразност и правилност. Освен това прави впечатление, че в АПК са включени само мерките на въздействие спрямо актовете.Втората група мерки, които се предприемат при упражнен контрол са тези спрямо подконтролните лица.

Съвсем правилно те не са посочени в АПК,защото АПК е закон за административните актове. Въпросните мерки спрямо лицата,трябва да се търсят в други закони и съобразно в правното положение на последните, което те заемат вътре в администрацията. Ако те са работници и служители по Кодекса на труда, то тези мерки ще се изразят в предложение евентуално за търсене на дисциплинарна отговорност. Ако обаче те са държавни служители, то тогава става дума евентуално за предложение за търсене на дисциплинарна отговорност по Закона за държавния служител.

В заключение:

АПК като относително нов закон отделя полагащото се внимание на административния (йерархически) контрол. В специална разпоредба/чл. 97) се разглежда

правното съдържание на контролната компетентност на горестоящия, посочва се правното основание за неговото упражняване,както и факта,че този контрол е както за законосъобразност, така и за правилност.

Що се отнася до мерките на въздействие спрямо подконтролните лица,те са уредени в други закони,съобразно правното положение на тези лица.

Използвана литература

1. Дерменджиев Ив. Централистичен вътрешноведомствен контрол в НР България. Год СУ т XIV,1949-1950, стр. 5.
2. Костов, Д. Важна функция на управлението. – Правна мисъл, 1984, № 3, с. 95.
3. Советское административное право под. ред. Василенкова, М., 1981, с. 219.
4. Старосьцяк. Е. Элементы, науки управления. М., 1965, с. 195.
5. Балабанова,Хр. Власт и организация, В., 2001, с. 99.
6. Дерменджиев, Ив., А. Ангелов, Г. Костадинов. Административно право, С., 1967, с. 274.
7. Пак там. с. 349.
8. Къндева, Е. Публична администрация, С., 1998, с. 297.

DE LEGE FERENDA
ЗА НОВА РЕДАКЦИЯ НА ЧЛ. 6 ОТ ЗАКОНА ЗА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ НАРУШЕНИЯ И НАКАЗАНИЯ

проф. д.ю.н. Георги Бойчев,
катедра "Публичноправни науки",
УНСС

Когато законодателят определя престъплението с неговите признаци в чл. 9, ал. 1 от Наказателния кодекс, той на първо място посочва, че то е общественоопасно деяние. Така се разкрива обществената същност на деянията, с които се осъществява този основен вид правонарушения. Когато определя административното правонарушение, което се включва във втория основен вид правонарушения, законодателят не постъпва по същия начин.

В чл. 6 от ЗАНН той не определя по същия общ начин обществената същност на деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, а направо посочва какви обществени отношения се засягат с тях, след което посочва другите техни признаци. "Административно нарушение е това деяние (действие или бездействие), което нарушава установения ред на държавното управление, извършено е виновно и е обявено за наказуемо с административно наказание, налагано по административен ред".

Но не само с деянията, с които се осъществяват административни правонарушения, се "… нарушава установения ред на държавното управление …". Установения ред на държавното управление може да бъде нарушен и от деяния, с които се осъществяват престъпления. Такива са например деянията, с които се осъществяват много от престъпленията по гл. VIII от Наказателния кодекс, като тези по раздел I – Престъпления против реда на управлението, раздел II – Престъпления по служба, а също така и деянията, с които се осъществяват някои от престъпленията по глава IX – Документни престъпления и на глава X – Престъпления против реда и общественото спокойствие и др.

Къде е тогава разграничителният критерий? Той трябва да се търси в конкретната обществена същност на едните и другите деяния. И с деянията, с които се осъществяват посочените престъпления, и с деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, се посяга върху едни и същи обществени отношения. Следователно характерът на обществените отношения, върху които се посяга, в случая не може да бъде разграничителен критерий. Остава другият критерий, характерът на посегателството върху съответните обществени отношения. И деянията, с които се осъществяват престъпленията, и деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, са преди всичко противообществени деяния.

В рамките на общия им противообществен характер обаче те съществено се различават по обществения резултат от въздействието върху обществените отношения. С отрицателния обществен резултат от въздействието върху обществените отношения на първите се засягат основите, условията на съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. засяга се обществото като цяло и затова техният противообществен характер се проявява като общественоопасен характер. С отрицателния обществен резултат от въздействието върху обществените отношения на вторите деяния не се засягат основите, условията на съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. не се засяга обществото като цяло, а посегателството се ограничава до засягане на съответните конкретни обществени отношения и поради това противообщественият характер на тези деяния не се проявява като общественоопасен характер, а се проявява само като общественовреден характер.

Ако се нарушава установения ред на държавно управление от общественоопасно деяние, общественоопасният характер на което е определен от характера на посегателството, обусловен от начина и степента на посегателство, то тогава сме изправени пред първия основен вид правонарушения, а именно пред престъпление. Ако се нарушава установения ред на държавно управление от деяния, които са само вредни за обществото, обществената вредност на които се определя от характера на деянията, обусловен от начина и степента на посегателството, то в този случай се касае до административни правонарушения, които се включват във втория основен вид правонарушения.

Тази обективно съществуваща разлика би могла да се изрази и от законодателя. Тогава чл. 6 от ЗАНН би придобил следното съдържание: "Административно правонарушение е това обществено вредно деяние, което нарушава установения ред на държавно управление, извършено е виновно и е обявено за наказуемо с административно наказание, налагано по административен ред". При съответна съпоставка с дефинитивната норма от Наказателния кодекс, определяща характеристиката на общественоопасното деяние, така, както беше предположена от нас по-горе, лесно може по пътя на тълкуването да се разбере, че административните правонарушения се осъществяват от деяния, които нямат общественоопасен характер, т.е. не се осъществяват от деяния, отрицателният обществен резултат от въздействието на които върху обществените отношения засяга основите, условията на съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, което означава, че не засягат обществото като цяло, а се осъществяват от деяния, които са само вредни за обществото, тъй като отрицателният обществен резултат от тяхното въздействие се ограничава преди всичко до конкретните обществени отношения, върху които се посяга.

Но за по-голяма яснота би могло в един следващ член или в една втора алинея на същия текст да се даде характеристиката на общественовредното деяние. Тази дефинитивна норма би могла да има следното съдържание: "Общественовредно е това противообществено деяние, отрицателният обществен резултат на което се ограничава до въздействието му върху конкретните обществени отношения, спрямо които е насочено посегателството, поради което с него не се засяга обществото като цяло, което се определя от характера на обществените отношения, върху които се

посяга, и от характера на посегателството върху тях, обусловени от начина и степента на посегателството".

Тук значението на характера на обществените отношения, върху които се посяга, има ограничено значение. Това ограничено значение е свързано главно с ограничаването на вида обществени отношения, върху които посягат деянията, с които се осъществяват административните правонарушения. Това има своето значение за разграничаването на административните правонарушения от останалите правонарушения, включващи се във втория основен вид правонарушения, а именно от дисциплинарните и гражданскоправните нарушения. Този кръг от обществени отношения са посочени по най-общ начин в предната правна норма като обществени отношения по установения ред на държавно управление.

Съществено тук е обстоятелството, че това не са обществени отношения, самият факт на посегателство върху които да придава на деянията, с които се посяга върху тях, качеството на общественоопасно деяние. Както видяхме, тези обществени отношения могат да бъдат засегнати не единствено от деяния, които имат само вреден за обществото характер, но и от деяния, които имат общественоопасен характер, т.е. от деяния, с които се осъществяват престъпленията. Ето защо тук решаващо значение има характерът на посегателството върху тези обществени отношения, обусловен от начина и степента на посегателство.

Следователно следващият въпрос, който се поставя тук, е да се разкрие какво е значението в случая на начина на посегателство и на степента на посегателство за придобиването на такъв характер на посегателството върху съответните обществени отношения, който да определя деянията, с които се осъществяват административните правонарушения като само вредни за обществото деяния.

Начинът на посегателство върху съответните обществени отношения е основният фактор, който определя деянията, с които се осъществяват административните правонарушения като само вредни за обществото деяния. Деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, засягат по такъв начин съответните обществени отношения, е отрицателният обществен резултат от въздействието им върху тях не засяга основите, условията на съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. не засяга обществото като цяло. Техният отрицателен обществен резултат се ограничава до въздействието им върху конкретните обществени отношения, поради което те нямат общественоопасен характер, а имат само вреден за обществото характер. Така начинът на посегателство определя общественовредния характер на деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, включващи се във втория основен вид правонарушения, което служи като основен критерий за разграничаването им от престъпленията като първи основен вид правонарушения.

Сравнително ограничено е значението в случая на степента на посегателство като фактор, определящ характера на деянията, с които се осъществяват административните правонарушения като деяния само вредни за обществото. Степента на посегателство има значение на решаващ фактор тогава, когато деянията не се различават нито по характера на обществените отношения, върху които се посяга, нито по начина на посегателството върху тях. Разликата в степента на посегателство има

значението на решаващ фактор само в случаите, когато тази разлика е от такава величина, че е в състояние да се отрази върху самия характер на деянието до такава степен, че в зависимост от степента на посегателството едни деяния да придобиват общественоопасен характер, а други деяния да имат само вреден за обществото характер.

В единия случай степента на посегателството е от такава величина, че причиненият със съответните деяния отрицателен обществен резултат засяга основите, условията за съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. засяга обществото като цяло, което означава, че те са общественоопасни деяния и следователно с тях се осъществяват престъпления като първи основен вид правонарушения. В другия случай степента на посегателство е от такава величина, че отрицателният обществен резултат от въздействието върху съответните обществени отношения с тези деяния не засяга обществото като цяло, а се ограничава до отрицателния им обществен резултат, причинен на конкретните обществени отношения, върху които се посяга, което означава, че ези деяния са само вредни за обществото и следователно с тях се осъществяват административни правонарушения като част от втория основен вид правонарушения.

Именно този обективен критерий използва законодателят, за да обяви едни противообществени деяния за престъпления, а други за административни правонарушения. В единия случай той взема предвид начина на посегателството, определящ разликите в характера на деянията, с които се осъществяват едните или другите правонарушения, независимо от това, че и с едните, и с другите деяния се посяга на едни и същи обществени отношения. В другия случай, когато не само обществените отношения, върху които се посяга, са едни и същи, но когато няма разлика и в начина на посегателство, то тогава няма разлика и в начина на посегателство, то тогава законодателят взема предвид единствено разликата в степента на посегателството, за да обви едни деяния за престъпления, а други за административни правонарушения. Той взема предвид обективния факт, че поради ниската степен на посегателство определени деяния не са в състояние да засегнат основите, условията на съществуване и обективно прогресивното развитие на обществото, т.е. не са в състояние да засегнат обществото като цяло, поради което са само общественовредни и поради това с тях не могат да се осъществяват престъпления, а могат да се осъществяват административни правонарушения, въпреки че се посяга върху едни и същи обществени отношения и по един и същи начин. Това са сравнително редни случаи, които законодателят отразява в съответни правни норми.

Такъв е случаят например със Закона за опазване на селскостопанското имущество, който, както посочихме, предвижда за такава граница размера на стойността на кражбата на селскостопанско имущество. Под този размер съответните кражби са административни правонарушения и се преследват по административен ред, а над този размер те са престъпления и се преследват по наказателноправен ред. Както се вижда, ту обществените отношения, върху които се посяга с деянията, визирани в този текст, се едни и същи – това са отношенията на собственост. Начинът на посегателство е също един и същ – касае се до отнемане на чужди движими вещи, в

случая селскостопанско имущество, от владението на другиго без негово съгласие с намерение противозаконно да бъдат присвоени, т.е. до кражба.

Разликата е единствено в степента на посегателството. В този случай законодателят е преценил, че при конкретните условия в страната визираният размер на посегателството върху селскостопанско имущество е от такава величина, че с него не се засягат основите, условията за съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. обществото като цяло, и поради това съответните деяния са само вредни за обществото и следва да се преследват по административен ред, като административни правонарушения. И обратно, законодателят е преценил, че ако размерът на посегателството върху селскостопанското имущество надхвърля определен размер, то с тези деяния се засягат основите, условията на съществуване и обективно прогресивно развитие на обществото, т.е. засяга се обществото като цяло, което означава, че тези деяния са общественоопасни и следователно с тях се осъществяват престъпления, които естествено трябва да бъдат преследвани по наказателноправен ред.

Аналогичен е случаят с чл. 235 и чл. 236 от НК, визиращи престъпления против горското стопанство, като за критерий служи немаловажността на вредата. При маловажни вреди същите деяния са административни правонарушения по Закона за горите.

Като предлагаме нова редакция на чл. 6 от ЗАНН, същевременно смятаме, че нашите разсъждения не противоречат и на сегашното съдържание на визираната в него дефинитивна правна норма. И от сегашното съдържание на този текст става ясно, че законодателят не смята, че административните правонарушения се осъществяват от общественоопасни деяния. Ако той смяташе, че това е така, няма никакви други причини да не посочи това в чл. 6 от ЗАНН, така, както е направил в чл. 9, ал. 1 от Наказателния кодекс. Щом законодателят не посочва това обстоятелство означава, че той не смята тези деяния за общественоопасни. Остава другото, щом не са общественоопасни, значи те са само вредни за обществото, тъй като безспорно те са противообществени деяния, а противообщественият им характер може да се прояви или като обществена опасност, или като обществена вредност.

Но законодателят е предпочел да не заеме ясна позиция и да посочи само обществените отношения, върху които посягат деянията, с които се осъществяват административните правонарушения. Ако разликата между деянията, с които се осъществяват административните правонарушения и престъпленията, е в степента на обществената им опасност, то законодателят би трябвало да посочи това. Той би могъл да посочи, че те са общественоопасни деяния от по-ниска степен, поради което ги обявява за административни правонарушения, наказуеми по административен ред. Но законодателят не прави това. Остава разликата да се търси в характера на деянията, щом законодателят посочва само засяганите от тях обществени отношения, които могат да бъдат засягани не само от административни правонарушения, но и от деяния, с които се осъществяват едни или други престъпления. Разликата е в характера на деянията, обусловен или от начина на посегателството, или от степента на посегателство, т.е. разликата е в това, дали се касае до общественоопасно деяния или до общественовредно деяние.

Спряхме се по-подробно на разграничаването на деянията, с които се осъществяват престъпленията, като първи основен вид правонарушения, от деянията, с които се осъществяват административните правонарушения, включващи се във втория основен вид правонарушения, от гледна точка на разликите в отрицателния обществен резултат от въздействието им върху обществените отношения, обусловен от начина и степента на посегателството, тъй като този въпрос има принципно значение във връзка с разграничаването на двата основни вида правонарушения, от гледна точка на разликата в характера на деянията, с които се осъществяват те. По този начин достигаме до необходимата за случая конкретизация и така до проверка на разкрития преди това общ обективен критерий за разграничаването на основните видове правонарушения.

Освен това налага се да бъде разгледано разграничаването на първия основен вид правонарушения, именно от административните правонарушения, а не от останалите видове правонарушения, които се включват във втория основен вид правонарушения, тъй като именно тук се срещат най-големите трудности, обусловени от съвпадането в много случаи на видовете обществени отношения, върху които се посяга, и едновременно с това и от съвпадането в някои случаи и на начина на посегателството, при което остава разграничението да се търси единствено на основата на разликата в характера на посегателството, обусловен от степента на посегателство.

Така че разглеждането на този въпрос се явява естествено продължение на общотеоретичния аспект на разграничаването на основните видове правонарушения, без да се навлиза в предмета на съответните отраслови правни науки. На това основание ще бъдат избегнати споровете за разграничаването на престъпленията от административните правонарушения, които се водят най-вече на плоскостта на наказателноправната и административноправните науки. Гореизложените общотеоретични постановки предопределят най-общо становището ни по тези спорове.

ПРАВЕН РЕЖИМ И ПРОБЛЕМИ НА ПУБЛИЧНИТЕ ПРЕДПРИЯТИЯ

доц. д-р Константин Пехливанов,
катедра "Публичноправни науки",
Пловдивски университет "Паисий Хилендарски"
e-mail: pehivanov@uni-plovdiv.net

Резюме

Публичните предприятия са предмет на интердисциплинарни изследвания от търговското и административното право, доколкото съчетават проблемите на възможно публичноправно регулиране с частноправни по характер търговски операции. Законопроект за публичните предприятия беше отхвърлен от предходното Народното събрание с принципен довод, че такъв закон не е необходим. В същото време практиката на Съда на ЕС съдържа интересни решения относно тези предприятия, а практиката поставя въпроси за тяхната отговорност и контрола върху тях. Статията изследва накратко отхвърления законопроект, разпоредбите на Търговския закон и други нормативни актове и съдебната практика на Съда на ЕС.

Ключови думи: публични предприятия, законопроект

Summary

Public enterprises are subject to interdisciplinary research in commercial and administrative law, insofar as they combine the problems of possible public law regulation with private commercial transactions. A draft act on public enterprises was rejected by the previous National Assembly with the basic argument that such a law was not necessary. At the same time, the case law of the European Court of Justice contains interesting decisions about these enterprises and the practice raises questions about their responsibility and control over them. The article examines the rejected draft, the provisions of the Commercial Law and other legal acts and the case law of ECJ.

Key words: public enterprises, draft act

Особен проблем в правното регулиране представляват публичните предприятия, които заемат особено междинно положение. От една страна, те са субекти на частното право по своята правна форма, но от друга страна те са собственик на държавата (и/или община) и е трудно да се абстрахираме от факта, че собственикът на капитала им е публичноправен субект, който има и властнически функции. От това следват и въпросите: могат ли техните действия да ангажират държавата, представляват ли те особени държавни органи или не и др. Научното съобщение се ограничава само до държавните търговски дружества, без да засяга общинските.

Нормативната основа на публичните предприятия е следната:

В началото на правното регулиране на стопанската дейност у нас, Указ № 56 за стопанската дейност от 1989 г. предвижда в чл. 10, ал. 2, че "фирмите могат да бъдат: държавни, общински, кооперативни, на обществени организации, дружествени

и фирми на граждани. Според чл. 11, ал. 1 "Инициатива за образуване, реорганизиране или прекратяване на фирма може да имат: държавен орган, обществена организация, банка, съществуваща фирма и граждани. а) за държавна фирма – решение на Министерския съвет или на определен от него министър или ръководител на друго ведомство; б) за общинска фирма – решение на общинския народен съвет".

Две години по-късно Великото народно събрание приема Търговския закон, който съдържа Дял втори "Държавни и общински предприятия", състоящ се от само една глава – Глава девета "Търговец – публично предприятие". Тази глава обаче включва само две разпоредби (чл. 61 и 62). Като съдържание този "дял" и тази "глава" са явно несъразмерни спрямо останалите дялове и глави на Търговския закон и това показва изначалната несигурност на законодателя през 1991 г. (7-о Велико народно събрание) относно правната уредба на публичните предприятия. От една страна е било очевидно, че такива разпоредби трябва да има, от друга страна обаче са били твърде пресни спомените за държавните стопански организации от времето на социализма, предмет на критики са били и стопанските им резултати, и начина, по който са били създавани, определян като "волунтаризъм". Показателно е, че ТЗ е предмет на множество промени (последната от края на 2017 г.), но точно членове 61 и 62 никога не са променяни, което може да се тълкува или като пълно задоволство от редакцията и функционирането на тези разпоредби, или като пълна несигурност как трябва те да бъдат изменени, или пък като липса на политическа воля за промяна на начина на образуване на публичните предприятия.

Великото народно събрание приема и Закон за образуване на еднолични търговски дружества с държавно имущество, който формално все още действа, макар че оригинално съдържа само 2 члена, а понастоящем от основните разпоредби действа само една алинея. При това § 6 предвижда, че "този закон "се прилага до приемането на закон по чл. 62, ал. 1 от Търговския закон, съответно на Закона за приватизацията", какъвто до ден-днешен не е приет.

Според чл. 61 ТЗ, озаглавен "Статут", "държавното и общинското предприятие може да бъде еднолично дружество с ограничена отговорност или еднолично акционерно дружество. Държавните и общинските предприятия могат да образуват и други търговски дружества или обединения на търговски дружества". Съгласно чл. 62 "Образуване", образуването и преобразуването на държавните предприятия като еднолични дружества с ограничена отговорност или еднолични акционерни дружества се извършва по ред, установен *със закон* (тук и по-нататък – курсивът мой). Образуването и преобразуването на общинските предприятия като еднолични дружества с ограничена отговорност или еднолични акционерни дружества се извършва с решение на общинския народен съвет (втора алинея). Алинея трета обаче специално подчертава, че със закон *могат* да бъдат образувани държавни предприятия, които не са търговски дружества.

В допълнение Законът за общинската собственост, приет през 1996 г., предвижда в чл. 51, ал. 1 че общината може да осъществява стопанска дейност, да създава общински предприятия и да участва в съвместни форми на стопанска дейност при условия и по ред, *определени със закон*. Алинея втора допълва, че това може да стане чрез търговски дружества с общинско участие в капитала или чрез общински

предприятия, създадени по реда на ЗОС за самостоятелна стопанска дейност. Член 52 обаче определя общинското предприятие като "специализирано звено на общината" за изпълнение на местни дейности и услуги, финансирани от общинския бюджет. То се създава, преобразува и закрива с решение на общинския съвет и осъществява дейността си въз основа на правилник, приет от него. Правилникът определя предмета на дейност, структурата, управлението, численият състав и правата и задълженията на предприятието по отношение на предоставеното му общинско имущество. Законът за държавната собственост, приет през същата година, не съдържа подобна норма, определяща държавното предприятие като специализирано държавно звено. Двата закона за приети едновременно, но вече е трудно да се съди дали законодателят е имал различни виждания за ролята на държавните и общински предприятия или не е вниквал в подробностите на всеки отделен случай.

Няколко пъти (чл. 62, ал. 1 ТЗ, 51 ЗОС, § 6 ЗОЕТДДИ) виждаме препращане към друг закон, който да установи реда за образуване на търговски дружества на държавата и общината. Досега обаче такъв закон не е приет, но се направи опит за приемането му и целта на настоящото научно съобщение е да разгледа този първи опит за въвеждане в нашето законодателство на специален закон за публичните предприятия.

През 2014 г. Министерският съвет публикува на сайта за обществени консултации www.strategy.bg проект на Закон за публичните предприятия. Обществената консултация трае от 02.07.2014 г. до 16.07.2014 г., но законът не е внесен в тогава действащото 42-ро Обикновено народно събрание, което при това от 05.08.2014 г. е с предсрочно прекратен мандат. През 2016 г. обаче идеята възниква отново, този път сред група от деветнадесет народни представители, които внасят в 43-тото Обикновено народно събрание проект на закон със същото име и същия текст. Проектът е внесен на 20.07.2016, т.е. две години след приключването на обществената консултация по проекта на правителството, но текстовете на проекта не са променени. Както текстовете на проекта, така и мотивите към него повтарят тези на Министерския съвет *mot à mot* (липсват само два абзаца от оригиналните мотиви). Законопроектът е разгледан в пленарна зала на 07.12.2016 и на първо четене е отхвърлен, макар и не с изричен отрицателен вот. Според стенограмата от заседанието на Народното събрание са гласували 106 народни представители: 35 подкрепят законопроекта, изрично гласуват "против" 11, а 60 се въздържат.

Според мотивите на Министерския съвет, изложени за обществена консултация през 2014 г., действащото българско законодателство, регламентиращо създаването, управлението, преобразуването и изискванията към дейността на търговските дружества с над 50% държавно и общинско участие и държавните предприятия е разпокъсано и без необходимата систематичност. Според правителството има добър Правилник за реда за упражняване правата на държавата в търговските дружества с държавно участие в капитала, но той не се отнася до търговските дружества с общинско участие и държавните предприятия. Според правителството в нормативната уредба са установени празноти по съществени въпроси от значение за доброто управление и ефективната дейност на публичните предприятия, като липса на процедури и критерии за номиниране и избор на членове на управителни и контролни

органи, на общи правила за управлението на търговските дружества с общинска собственост (извън тези в Закона за общинската собственост), както и на общ ред за създаването, управлението и вписването в търговския регистър на държавните предприятия по чл. 62, ал. 3 от Търговския закон. Министерският съвет изтъква, че държавните фирми създават около 10% от БВП на страната и осигуряват около 10% от заетостта и това ще продължи да е така в следващите години. Според правителството законът цели да синхронизира, обобщи и уеднакви по подходящ начин съществуващата в множество нормативни актове с различен ранг нормативна уредба на управлението на държавното или общинско участие в търговски дружества, държавните предприятия по чл. 62, ал. 3 от ТЗ, дружества, в които те имат еднолично или мажоритарно участие, или в които публичноправни организации имат участие.

Списъци на дружествата с 50% и повече държавно участие в тях можем да открием в Приложение № 1 към Закона за приватизация и следприватизационен контрол, а в Приложение № 2 към същия закон откриваме тези дружества, които са от значение за националната сигурност (понастоящем само едно),

Що се отнася до търговците с особен статут, създадени със закон по силата чл. 62, ал. 3 ТЗ, можем да намерим следните примери (няма единен регистър на тези особени търговци и списъкът е без претенции за изчерпателност):

- Държавни предприятия "Български спортен тотализатор" и "Държавна парично-предметна лотария" създадени с отменения Закон за хазарта от 1999 г. Съществуването на първото е продължено с § 9 от сега действащия закон от 2012 г. Държавната парично-предметна лотария, образувана като държавно предприятие със същата разпоредба на отменения Закон за хазарта, не е предвидена в новия закон, понастоящем е уредена с ПМС 26 от 2000 г. (учредена още през 1958 г. с Указ за учредяване на държавна парично-предметна лотария, ДВ, бр. 91 от 1958 г.);

- шест държавни предприятия за управление на горските територии – държавна собственост (Глава десета от Закона за горите и приложение № 1 към закона);

- двадесет и осем държавни ловни стопанства по приложение № 2 към Закона за лова и опазване на дивеча;

- 23 опитни станции и бази в състава на Селскостопанската академия, приложение № 1 към Закона за Селскостопанската академия

- Държавно предприятие "Пристанищна инфраструктура" по Закона за морските пространства, вътрешните водни пътища и пристанищата на Република България (създадено с през 2005 г., след като през 2004 г. законът предвиди Национална компания "Пристанища", но Раздел VI беше обявен за противоконституционен, РКС № 5 от 2005 г. Мнозинството от съда намери, че държавни функции не могат да се делегират на търговска организация, макар и учредена със специален закон).

- Държавно предприятие "Ръководство на въздушното движение" (ДП "РВД") притежава свидетелство за извършване на аеронавигационно обслужване и изпълнява държавни функции по предоставяне на аеронавигационни услуги в обслужваното гражданско въздушно пространство на Република България. (Закон за гражданското въздухоплаване);

- Национална компания "Железопътна инфраструктура" по Закона за железопътния транспорт (Национална компания "Български държавни железници" е била такова предприятие по отменения Закон за българските държавни железници от 1995 г., сега е ЕАД).

- държавно предприятие "Радиоактивни отпадъци" по Закона за безопасно използване на ядрената енергия;

- държавно предприятие "Кабиюк" по Закона за животновъдството. Това е интересен случай на предприятие с особен статут. Според § 54, ал. 4 то не може да бъде приватизирано и срещу него не може да се открива производство по несъстоятелност. Т.е. имаме наистина класически случай на особен търговец, за когото общите правила на търговското право не са приложими.

- държавни предприятия "Строителство и възстановяване", "Транспортно строителство и възстановяване" и "Съобщително строителство и възстановяване" бяха създадени със Закона за преобразуване на Строителните войски, Войските на Министерството на транспорта и Войските на Комитета по пощи и далекосъобщения в държавни предприятия от 2000 г., след това по Закона за отмяна на Закона за преобразуване на Строителните войски, Войските на Министерството на транспорта и Войските на Комитета по пощи и далекосъобщения в държавни предприятия от 2012 г. бяха преобразувани в еднолични търговски дружества.

- Предприятие за управление на дейностите по опазване на околната среда по чл. 6 от Закона за опазване на околната среда;

- Държавно предприятие Фонд "Затворно дело" по Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража;

- закритата Национална компания "Стратегически инфраструктурни проекти", създадена с допълнение на Закона за пътищата през 2011 г. (Глава четвърта "а") и закрита с изменение на закона през 2016 г. Член 28а ЗП (днес отменен) предвиждаше в алинеи 3 и 4, че компанията не е търговско дружество, не формира и не разпределя печалба, за нея не може да се открива производство по несъстоятелност.

В чуждестранната литература изрично се отбелязва, че публичните предприятия не могат да имат зададена правноорганизационна форма поради тяхното разнообразие.

Обобщено, можем да говорим за около 270 предприятия във вид на ЕООД и ЕАД, в които държавата е мажоритарен собственик с 50% или повече от капитала, или пък са търговци с особен статут по чл. 62, ал. 3 ТЗ.

Законодателството обаче придава на тези търговски дружества и на управителните органи на някои от тях особени задължения, като изхожда от притежавания от държавата дял в капитала и от финансирането от консолидирания държавен бюджет:

- търговците с особен статут и дружествата с 50% и повече общинско участие подлежат на контрол от Сметната палата (чл. 6, ал. 3, т. 1 и 2 ЗСП)

- успореден контрол се провежда върху тях от Агенцията за държавна финансова инспекция (чл. 4, т. 2 и 3 ЗДФИ; по отношение на дружествата дори контролът е разширен върху дружества "с блокираща квота" държавно участие, определена в § 1, т. 2 ДР ЗДФИ)

- според Закона за публичност на имуществото на лица, заемащи висши държавни и други длъжности някои от членовете на управителните органи на такива дружества (Национална електрическа компания, Български енергиен холдинг) са задължени да подават декларация за имуществото си;
- задължени са да откриват процедури за възлагане на обществени поръчки по смисъла на Закона за обществените поръчки,
- задължени са да предоставят информация по Закона за достъп до обществена информация, както и са субект на задължения по Закона за националния архивен фонд;
- субект на задължения са по Закона за счетоводството и Закона за независимия финансов одит, тъй като някои от тях попадат под определението "предприятие от обществен интерес" по § 1, т. 22 ЗС.
- длъжни са да прилагат Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор и Закона за вътрешния одит в публичния сектор (макар и с ограничения по годишния оборот във втория случай).

Всичко това водеше до извод, че правната регламентация на тези дружества представлява въпрос, който оправдаваше приемането на закон по смисъла на чл. 3 ЗНА – важни обществени отношения, поддаващи се на трайна уредба. Съответно, правителството с министър-председател Пл. Орешарски предложи през 2014 г. проекта, споменат по-горе. В теорията въпросите за публичните дружества не са задълбочено изследвани. Проф. Хр. Балабанова не включва търговските дружества с публична собственост в изследването си "Публични организации". В коментара на Търговския закон проф. О. Герджиков се спира по-подробно на държавните дружества във вид на ЕАД и ЕООД, но особените търговци по силата на чл. 62, ал. 3 ТЗ отминава с кратък коментар в смисъл, че всяка държава има публични предприятия и по правило те са равнопоставени на другите търговци. Според проф. Герджиков терминът "закон" в ал. следва да се тълкува стриктно, тъй като *ratio legis* е "да се отнемат прерогативите на изпълнителната власт да образува предприятия като реакция на доскорошния волунтаризъм в тази област". На становището, че терминът "закон" трябва да се тълкува стриктно, е и проф. П. Голева.

Законопроектът на правителството по време на 42-рото Обикновено народно събрание (внесен в пленарна зала от група депутати в 43-ото ОНС) предвиждаше следните основни моменти:

1. В глава втора "Образуване и управление на търговски дружества с държавно и общинско участие в капитала" бяха определени специфичните правила (относно образуването на търговско дружество с държавно и общинско участие в капитала, изискванията относно органите им и тяхната компетентност.
2. В глава трета "Образуване и управление на държавните предприятия" предвиждаше единна законова уредба с определение кога могат да се създават особени предприятия по чл. 62, ал. 3 от ТЗ. Предвиждаше се това да става в случаите по чл. 5, ал. 2 на проекта – само когато освен осъществяването на стопанска дейност възлага на предприятието определени със закон държавни или административни функции, чието извършване от лица, които не са държавни органи, е допустимо от Конституцията и е в обществен интерес и в тези случаи държавното предприятие

нямаше право да извършва стопанска дейност, свързана с предоставените му властнически функции, освен ако това е изрично предвидено в закона за неговото образуване и при условията на отделна счетоводна отчетност) когато на предприятието се предоставя по силата на закон права за управление на инфраструктурни обекти и други имоти – публична държавна собственост, свързани с предмета на дейност на държавното предприятие; когато дейността съдържа задължение за предоставяне на обществена услуга или му се възлага извършването на услуги от общ икономически интерес или са му предоставени специални или изключителни права и получава компенсация за това, без да извършва други дейности.

3. В глава четвърта "Прозрачност, отчетност и контрол на публичните предприятия" се въвеждаше режим на прозрачност за публичните предприятия, според правителството частично заимстван от изискванията на котираните на БФБ дружества.

4. В глава шеста "Преобразуване и прекратяване на публични предприятия" законопроектът съдържаше разпоредби относно принципите на прозрачност, целесъобразност и институционална обвързаност при промяна на правната форма или друг вид преобразуване и някои разпоредби, в синхрон с общите правила на ТЗ, установяващи процедурни правила за прекратяване на публично предприятие, неговата ликвидация, включително приложимите принципи при избор на ликвидатор, задълженията на ликвидатора както по време на процедурата по ликвидация, така и във връзка с прозрачността и общественият отчет на процеса по ликвидация на активите.

Според правителството законопроектът следваше публикуваните от Европейската комисията "Насоки на ЕС за държавната помощ за спасяване и преструктуриране на дружества в затруднено положение". Законопроектът инкорпорира основни положения на европейското законодателство и директивата относно прозрачността на финансовите взаимоотношения между държавите-членки и публичните предприятия, която в момента е преведена и приета под формата на Наредба Н-16 от 2006 г. министъра на финансите за реда за осигуряване прозрачност на финансовите взаимоотношения между държавните органи и органите на местното самоуправление и държавните и общинските предприятия и финансовата прозрачност в рамките на определени предприятия.

Както беше посочено по-горе, до разглеждане на законопроекта в 42-рото ОНС не се стигна поради преждевременното му разпускане. В 43-то ОНС беше внесен законопроект, повтарящ изцяло законопроекта на правителството, който беше разгледан в пленарна зала на 7.12.2016 г. Председателят на Комисията по правни въпроси, като представител на парламентарното мнозинство, оспорва принципно нуждата от такъв закон и смята, че вносителите показват "принципно неразбиране на законодателното решение" (цитирано по стенограмата). Според него има общи правила и статут на търговските дружества, установени в Търговския закон и съобразно тези общи правила всички търговски субекти са равнопоставени на пазара.

Вносителите се позовават на препоръките на Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (Република България не е член на ОИСР) и цитират статистика, според която публичните корпорации увеличават своя брой и влияние в световен мащаб. Според тях основен проблем е непрозрачният начин, по който

изпълнителната власт променя представителите на държавата в управителните и надзорните съвети на търговците – публични предприятия. В крайна сметка обаче, както беше посочено по-горе, при гласували 106 народни представители законопроектът е мълчаливо бламиран, като "против" гласуват само 11 депутата, докато 35 гласуват "за", но 60 се въздържат и законопроектът не събира нужното мнозинство.

В заключение може да се каже, че законопроектът за публичните предприятия може да се оцени като добър и уместен опит на правителството да регулира тези особени търговци, които съчетават прилагане на държавна политика, получаване на големи по обем средства от държавния бюджет, възможно генериране на загуби, но и предоставяне на обществени блага. Трябва да се признае, че както законодателната практика, така и доктрината е в дълг и не може да обоснове създаването на предприятия, които не са търговски дружества, на основание чл. 62, ал. 3 ТЗ. Ако държавата може свободно и безпрепятствено да участва в търговския оборот, като създаде ЕООД или ЕАД, то защо ѝ е да създава с нарочен закон и още един вид предприятие, което не е търговско дружество? Защо чл. 61 и чл. 62, ал. 1 и 2 ТЗ съдържат уеднаквен режим за предприятията на държавата и общината във вид на ЕАД и ЕООД, но чл. 62, ал. 3 предвижда създаването на особено предприятие само от държавата, а не се позволява създаването на особено предприятие от общинския съвет – това пропуск ли е поради натовареността и неяснотата на законодателните идеи в 7-ото ВНС или е умишлено направено? Поне в това отношение законопроектът имаше необходимата яснота. *De lege ferenda* е уместно в такива случаи в законовия текст за създаване на предприятие по чл. 62, ал. 3 винаги да се вписва изрично, че правилата на ТЗ не важат за предприятието и че то не подлежи на ликвидация и приватизация.

Доводите, че държавните предприятия са просто търговци, не могат да се поддържат сериозно, като се имат предвид акумулираните в тях държавни средства и създаваните проблеми, които се илюстрираха наскоро със специално решение на Народното събрание – с Решение за предприемане необходимите действия за приключване на Дело COMP/B1/AT.39849 – БЕХ Газ подкрепи правителството по отношението на приключване на Дело COMP/B1/AT.39849 – БЕХ Газ по реда на чл. 7 от Регламент (ЕО) № 1/2003 без признаване на твърдените нарушения и без поемане на отговорност за тях, като бъдат изпълнени задълженията, произтичащи от евентуално забранително решение, включително относно евентуална финансова санкция, и задължи правителството да бъдат предприети всички необходими действия "за защита на интересите на Република България" *и дружествата "Български енергиен холдинг" – ЕАД, "Булгартрансгаз" – ЕАД, и "Булгаргаз" – ЕАД*, включително действия за обжалване на евентуално забранително решение". Народното събрание се мотивира със "суверенното си право да гарантира енергийната сигурност и независимост на страната", при това решението беше взето след закрито заседание. Тоест дружества, за които в пленарната зала на 43-то ОНС се твърди, че са обикновени търговски дружества и нищо повече, просто собственост на държавата, в мандата на 44-то ОНС се оказват способни да създадат проблеми на държавата на нивото на Европейския съюз. С проблема се занимава парламентът, и то на закрито заседание, който се позовава на задълженията си да гарантира енергийна

сигурност и независимост на страната (в предния парламент се е твърдяло, че става дума за търговска дейност и нищо повече); парламентът задължава правителството да защитава интересите на тези дружества и изказва готовност да натовари държавния бюджет с финансови санкции в случай на загубено дело пред Съда на ЕС.

Как органите на ЕС гледат на нашите търговски дружества с държавно участие – това е въпрос, на който можем да намерим отговор в решението на Съда на Европейския съюз по делото *Foster* от 1990 г. – "орган, *в каквато и да е правна форма*, който е отговорен, съгласно мерките, предприети от държавата, за осигуряването на обществени услуги под контрола на държавата и за тази цел има специални правомощия, отиващи отвъд тези, които произтичат от обикновените правила, приложими към отношенията между частни лица, във всички случаи се включва между органите, срещу които може да се противопоставят разпоредбите на директива, имаща директен ефект". Според логиката на Съда важна е не правно-организационната форма, а реално изпълняваните функции по определена държавна политика.

В допълнение, понастоящем органите на ЕС разглеждат публичните предприятия през призмата на Директива 2006/111/ЕО на Комисията относно прозрачността на финансовите отношения между държавите-членки и публичните предприятия, както и относно финансовата прозрачност в рамките на някои предприятия, според която (чл. 2, б. "б") "публични предприятия" означава всяко едно предприятие, върху което публичните органи могат да упражняват, пряко или косвено, господстващо влияние по силата на собствеността им върху предприятието, на финансовото им участие в него или на норми, регулиращи дейността му. Приема се, че от страна на публичните органи съществува господстващо влияние по отношение на дадено предприятие, когато тези органи, пряко или косвено притежават по-голямата част от записания капитал на предприятието, контролират мнозинството от гласовете по акциите, издадени от предприятието или могат да назначават повече от половината членове на административния, управителния или контролния орган на предприятието.

Можем да приемем, че практиката дава убедителни доказателства, че държавните търговски дружества не са обикновени търговци и заслужават първично правно регулиране. Законопроектът за публичните предприятия беше добър за времето си опит, който има, наред с другите си достойнства, и стойността на прецедент, на първи опит да се обоснове нуждата от такъв акт. След неизбежното усъвършенстване – преминали са повече от 3 години от публикуването на първия проект – има смисъл за възобновяване на усилията за създаване на законово регулиране на тези търговските дружества с държавно участие и особено на предприятията, учредени със специален закон, които не са търговски дружества, по силата на чл. 62, ал. 3 ТЗ.

ПРОИЗВОДСТВО ПО ИЗДАВАНЕ НА РЕВИЗИОНЕН АКТ

доц. д-р Красимир Мутафов,
Бургаски свободен университет

Резюме

Докладът е посветен на производството по издаване на ревизионен акт, регламентирано в ДОПК, като не претендира за изчерпателност. В доклада е извършен кратък историко-правен преглед на процедурата по издаване на този вид актове за установяване на данъчни задължения с предходната нормативна уредба от гледна точка на органите, които ги издават и тяхната компетентност. Направени са и някой предложения de lege ferenda за усъвършенстване на действащата към момента нормативна уредба.

Summary

The report is dedicated to the proceeding for issue of deed of revision, regulated in Tax-Insurance Procedure Code as does not claim to be comprehensive. In the report made is a short historical and legal review of the procedure for issue of this types of deeds for establishing tax obligations with the previous normative regulations with review of authorities, issuing them and their competence. Made are several suggestions de lege ferenda for perfecting the effective normative regulations.

Key words: tax, proceeding, revision, TIPC

Отмененият Закон за данъчното производство/ЗДП) в разпоредбата на чл. 15, ал. 2 регламентираше, че началникът на съответната данъчна служба е единственият орган, който притежава компетентността да издава данъчни облагателни актове. Неговата персонална компетентност, произтичаше от закона и по никакъв начин не можеше да бъде делегирана (преотстъпена) или изземвана, като този принцип беше скрепен в чл. 4, ал. 2 от ЗДП, съгласно който данъчен орган от по-висока степен нямаше правомощията да изземе за решаване въпрос от орган, който е овластен за това. В своята практика ВС, на когото тогава бяха подсъдни като касационна инстанция данъчните дела заемаше категоричното становище, че законът е определил кой е органът компетентен да издаде данъчния облагателен акт (решение 1120-93 г.о.). Изключение от това правило беше въведено с чл. 15, ал. 2 от ЗДП, съгласно който се допускаше акта да се издаде от длъжностно лице, определено от със заповед на началника на главно управление на данъчната администрация, когато началника на данъчната служба отсъстваше. В случая обаче не може да става въпрос за изземване на компетентност, а за официално заместване.

С развитието на нормативната уредба, този принцип беше изоставен и с приетият Данъчен процесуален кодекс/ДПК), който отмени ЗДП се възприе друг режим на издаване на актовете за установяване на данъчни задължения (АУДЗ). В чл. 63,

ал. 3 от кодекса беше регламентирано, че с акта за възлагане на ревизията, органът който я е възложил определя:

- ревизирания данъчен субект;
- ревизиращите данъчни органи;
- данъчния орган от тях, който издава ревизионния акт;
- вида на ревизираните данъчни задължения.

В ал. 4 от същата разпоредба е визирано, че актът за възлагане на ревизията може да бъде изменян от органа, който я е възложил с издаването на нов акт за възлагане. Внимателния прочит на цитираната разпоредба навежда на логичния извод, че няма пречка с новия акт за възлагане да бъде променяни всички реквизити на предходния, включително и данъчният орган определен да издаде ревизионния акт. От посочените разпоредби е видно, че органът издаващ акта придобива своята персонална, лична компетентност въз основа на акта за възлагане на ревизията, което е и една от особеностите в това специфично производство. С оглед на това основателно може да се постави въпросът дали тази компетентност се придобива по делегация или данъчният орган има своя компетентност, която е определена с нормативен акт и с акта за възлагане на ревизията само се конкретизира субектът, който ще издаде ревизионния акт?

По този въпрос в правната доктрина има изразено становище, според което в конкретния случай не може да се говори за придобиване на компетентност по делегиране от страна органа издаващ ДРА (данъчния ревизионен акт), тъй като органът издаващ акта за възлагане на ревизията не прехвърля компетентност, която има само той.

Според нас подобно становище не би могло да се възприеме безкритично.

По своята правна същност делегирането е специфичен юридически способ за възлагане на правомощия, които са от компетентността на един административен орган за временно изпълнение от друг подчинен на него орган. Неговото прилагане по правило е във връзка с компетентността на по-долустоящия в административната йерархия орган и реализирането на делегираните правомощия се извършва с неговите юридически, организационни и технически средства. За да бъде то допустимо и актът издаден по този начин да е законосъобразен е необходимо такава възможност да е предвидена в съответния нормативен акт, като самото делегиране трябва да бъде направено изрично и писмено. Тук трябва да обърнем внимание, че органът, на когото е делегирано едно или друго правомощие не може да се счита за представител по пълномощие на делегиращия орган. Не е допустимо делегирането на правомощия, които са от изричната компетентност на съответния административен орган. Това означава, че административният орган няма право да прехвърля другиму правомощия, които по силата на закона може да упражнява само той. От този установен в административно-правната теория принцип, чл. 235, ал. 2 от ДПК, допускаше отклонение, т.е. на практика беше предвидена възможността, определена категория органи на данъчната администрация да могат да оправомощават със заповед свои заместници или други длъжностни лица да упражняват техните правомощия. В това отношение ДПК отиде още по-напред като допускаше дори възможността орган, на когото са делегирани определени правомощия, на свой ред да

ги пределегира на друг по-долу стоящ орган в системата на данъчната администрация. Така например съгласно чл. 240, ал. 1, т. 4 от ДПК в правомощията на териториалния директор влизаше възлагането на данъчни проверки и ревизии и определянето на конкретни размери на данъчните задължения. Очевидно е, че правомощието да се определят конкретни размери на данъчните задължения не може да се осъществи по друг начин освен с издаването на данъчен акт. Това свое правомощие, както и всички останали по реда на чл. 240, ал. 1 и ал. 2, териториалният директор можеше да възлага на определени от него длъжностни лица от състава на съответната териториална дирекция, на която той е административен ръководител. От гледна точка на правната си същност това възлагане на правомощия не е нищо друго освен делегиране на персонална и повременна компетентност във връзка с издаването на данъчен акт от страна на висшестоящ към по-долустоящ административен орган, които притежава същата материална компетентност. За да може това делегиране да породи желаните правни последици то трябва да се извърши писмено, израз на което от една страна беше заповедта по реда на чл. 68, ал. 1, т. 1 от ДПК, с която териториалният директор оправомощаваше определен от него орган да възлага данъчни ревизии. А от друга това е самият акт за възлагане на ревизията, с които оправомощеният от него орган определяше данъчния орган, които ще издаде данъчния ревизионен акт (ДРА). Разбира се такъв акт за възлагане може да издаде и самият териториален директор, но в този случай по наше мнение няма да сме изправени пред хипотезата на пределегиране. Независимо, кой точно орган ще издаде акта за възлагане на ревизията, съгласно чл. 240, ал. 1, т. 4 от ДПК според нас няма законова пречка това да бъде и териториалния директор.

За да защитим по-убедително едно такова становище е необходимо да припомним, че компетентността може да бъде няколко вида – материална, териториална, персонална и повременна. Като изключим материалната няма пречка всяка една от останалите видове компетентност, стига разбира се закона да го допуска да може да бъде възлагана, т.е. делегирана от висшестоящ на по-долу стоящ административен орган. От гледна точка на изследваната материя е безспорно, е че съгласно чл. 241, ал. 1, т. 1 от ДПК органът извършващ данъчната ревизия притежава материалната компетентност да определя данъчни задължения, но както вече казахме това става само с издаването на данъчен акт. За да издаде този акт, данъчният орган извършващ ревизията трябва да притежава териториална, персонална и повременна компетентност, които се придобиват единствено въз основа на акта за възлагане на ревизията. Освен това трябва да обърнем внимание и на това, че материалната компетентност да се определят данъчни задължения се конкретизира точно чрез акта за възлагане на ревизията, тъй като с него се определя какви точно данъчни задължения могат да бъдат ревизирани, респ. определени с ДРА. До момента на издаването на акта за възлагане на ревизията компетентността на данъчния орган е "латентна", тя не може да бъде проявена по никакъв начин в процедурата по издаване на ДРА.

Извода, който можем да направим е, че в разглежданата процедура именно териториалният директор е този данъчен орган, които притежава изключителното правомощие да възлага данъчни ревизии и определя конкретните размери на данъчните задължения чрез издаване на данъчен акт и това свое правомощие, той може да

упражни лично или да го делегира на друг данъчен орган в съответната териториална дирекция. Когато казваме, че той има правото да възлага данъчна ревизия, не бива да забравяме, че именно от този акт възниква не само персоналната, материалната и повременната, но и процесуалната компетентност на данъчния орган, на който беше възложено издаването на ДРА.

При разглеждането на компетентността като едно от изискванията за законосъобразност при издаването на ДРА на този етап от развитието на данъчното законодателство не можем да не обърнем внимание, че подобно "широко" делегиране на правомощия едва ли е най-удачното законодателно решение най-малко поради две причини.

Първата е, че горестоящият административен орган може да делегира всички свои правомощия на по-долустоящи в административната йерархия данъчни органи, което води до своеобразно "размиване" на отговорността за незаконосъобразни действия.

Втората е в усложняването на процедурата по издаване на ДРА, което не кореспондира със стремежа за по-бързо установяване във времето на данъчния дълг още повече, че става въпрос за актове, които са с утежняващ характер за своите адресати.

Според нас ако сравним двата режима на издаване на ДРА, регламентирани съответно в ЗДП и ДПК не без основание бихме отдали предпочитание на първия, като "по-стегнат" в процесуално отношение, и при който въпросът с компетентността на органа, издаващ акта е решен по-правилно.

С приемането на ДОПК бяха установени нови правила в процедурата по издаване на ревизионния акт (РА), които имат отношение към компетентността като изискване за законосъобразност.

Съгласно действащата до 31.12.2012 г. редакция на разпоредбата на чл. 119, ал. 2 от ДОПК, компетентността за издаване на акта се придобиваше вследствие на заповед, с която органът възложил ревизията след нейното приключване определяше органа компетентен да издаде РА. Трябва да се подчертае, че органът по приходите извършил ревизията не притежаваше правомощия да издаде ревизионен акт. Неговата компетентност се простираше само до установяване на фактите и обстоятелствата, които са от значение за определяне на данъчните задължения на лицата и съставянето на ревизионен доклад. С него се прави само предложение за установяване на данъчните задължения на ревизираното лице и се явява предпоставка за издаване на последващ акт (РА или АПВ ако последния се издава след възложена ревизия). Прави впечатление, че ДОПК по същество запази режима на издаване на РА във връзка с делегирането на правомощия от страна на териториалния директор на НАП към органите по приходите в съответната дирекция, на която той е административен ръководител, което по съображенията изложени по-горе от нас не може да се счита за положителна стъпка в развитието на процесуалното данъчно законодателство. Така например съгласно чл. 11, ал. 1, т. 4 от Закона за Националната агенция по приходите в правомощията на териториалния директор е да възлага извършването на проверки и ревизии. В ал. 2, т. 1 на същата разпоредба е регламентирано, че териториалният директор издава предвидените в ДОПК актове (включително и тези, с които се установяват данъчни задължение), като в чл. 11, ал. 3 от кодекса е

предвидена възможността тези правомощия да могат да се възлагат със заповед, т.е. да се делегират на орган по приходите и служители от териториалната дирекция. Тук трябва да обърнем внимание, че съгласно чл. 118, ал. 2 от ДОПК, териториалният директор на НАП не може лично да издава РА. Такова правомощие, имат само органите по приходите изчерпателно изброени в чл. 7, ал. 1, т. 4 от ЗНАП, правомощията на териториалния директор на НАП са изразяват само в задължението да оправомощи единият от органите по приходите, които издава РА – този, които може да възлага ревизията. По същият начин стои въпроса с компетентността и при актовете, издавани по реда на чл. 106 и чл. 107 от ДОПК. Тези два вида акта се издават от органи по приходите оправомощени със заповед на териториалния директор на НАП.

Разликата с преходния режим на издаване на РА беше, че актът не можеше да се издаде от орган по приходите, които е участвал в установителния етап, предхождащ самото му издаване и в акта за възлагане на ревизията не се определяше компетентния орган, които да издаде РА. Повече от очевидно, е че този режим на издаване на РА също не може да се приеме безкритично, а по наше мнение е може би по-неудачен и от предходния. От една страна се запази изключително широката възможност за делегиране и пределегиране на правомощия, която се въведе още с отменения ДПК. От друга страна самият процес допълнително се усложни и стана още по-тромав поради необходимостта органът възложил ревизията след нейното приключване да определи със заповед друг орган, който вече е компетентен да издаде РА (АПВ при условията на ревизия).

Последвалите промени в ДОПК, които са в сила от 01.01.2013 г. беше въведен нов режим на издаване на РА и АПВ, който според нас е поредната стъпка назад в развитието на нашето данъчно процесуално право.

С тези промени бяха запазени възможностите за делегиране и пределегиране на компетентност при издаването на РА като законодателят отчасти се върна към процесуалния ред съществувал по вече отменения ДПК, доколкото със заповедта за възлагане на ревизията се определяше един от органите компетентен да издаде акта, който същевременно участва и в самото ревизионно производство. С разпоредбата на чл. 113, ал. 3 от ДОПК отново се затвърди възприетата още с ДПК възможност да се правят изменения в първоначалната заповед за възлагане на ревизията, включително и по отношение на един от органите, които са компетентни да издадат РА, т.е. запази се възможността за пределегиране на персонална компетентност. Новото в настоящата процедура, а и в данъчното ни законодателство изобщо е, че РА (АПВ при условията на ревизия) за първи път се издава вече не от един, а два органа. Тук следва да обърнем внимание, че не става въпрос за наличието на колегиален орган, а за два отделни административни органа всеки, от които притежава своя собствена компетентност при издаването на РА. Така съгласно чл. 119, ал. 2 от ДОПК, ревизионния акт се издава от органа възложил ревизията и от ръководителя на ревизията в 14-дневен срок от подаването на възражение срещу ревизионния доклад или от изтичане на срока за подаване на възражение. При евентуално несъгласие между тези два органа, ревизионният акт се издава от друг орган по приходите, определен от териториалния директор на НАП или оправомощено от него лице.

На пръв поглед, при сега действащата редакция на чл. 119, ал. 2 от ДОПК компетентността на органите, издаващи РА възниква по силата на закона, тъй като правната норма е тази която регламентира кой следва да го издаде. Но един повнимателен прочит на тази разпоредба, както и нейното анализирането във връзка с нормите на чл. 11, ал. 1, т. 4, ал. 2, т. 1 и ал. 3 от ЗНАП и чл. 112 и чл. 113, ал. 1 и ал. 3 от ДОПК, които бяха разгледани по-горе по категоричен начин навежда на логичния извод, че персоналната компетентност при издаването на РА се придобива вследствие на делегиране и пределегиране на правомощия от териториалния директор на НАП и оправомощени от него органи по приходите и/или служители.

Критичният поглед върху така установения режим на издаване на РА във връзка с компетентността на органите, които ги издават поражда повече въпроси, отколкото дава отговори. Така например от юридическа гледна точка трудно можем да намерим приемливи аргументи в полза на установеното в чл. 119, ал. 2 от ДОПК законодателно решение, РА да се издава от два органа, които имат еднаква компетентност в процедурата по неговото издаване като едновременно с това те да са в положение на висше стоящ към по-долу стоящ в системата на НАП. Ако органът възложил ревизията е изпълнителният директор на НАП, а ръководител на ревизията е служител на териториалната дирекция е напълно възможно да се осъществи административен натиск, които да доведе до незаконосъобразно определяне на данъчни задължение. От друга страна ако при тази примерна хипотеза не се стигне до съгласие между тези два органа, съгласно чл. 119, ал. 3 от ДОПК би следвало териториалният директор на НАП или оправомощено от него лице да определи друг орган, който да издаде акта т.е. орган, който е по-ниско стоящ в административната йерархия ще делегира персонална компетентност без да се съобразява с делегиране извършено от по-висшестоящ орган в предходен период във времето. Това едва ли е приемливо, най-малко поради обстоятелството, че при подобни случаи би се стигнало до нарушаване на принципа на субординацията, върху който се изгражда и функционира всяка една административна система. Друг пример в тази насока е ако овластените да издадат РА органи имат различни мотиви по отношение постигнатото съгласие за вида и размера на данъчното задължение, което ще се определи с акта. ДОПК не дава отговор какво би следвало да се предприеме при такава хипотеза, която в чисто практически план не е невъзможно да се случи. Безспорно е само, че съгласно чл. 120, ал. 1, т. 5 от ДОПК, РА трябва задължително да съдържа мотиви, като част от формалните изисквания за неговата законосъобразност и това изискване не може да се заобиколи или пренебрегва. Но дали е възможно всеки един от органите издаващи акта да излага различни мотиви във връзка с определеното с него по основание и размер данъчно задължение или наличието на подобна хипотеза би следвало да се счита за непостигане на съгласие да се издаде РА по смисъла на чл. 119, ал. 3 от ДОПК? От друга страна как би се отразило това на правото на защита на данъчния субект, както и на последващия административен и съдебен контрол за законосъобразността на РА от гледна точка на това, кои мотиви ще се ползват с по-голяма тежест, тези на ръководителя на екипа или на органа възложил ревизията? Все пак да не забравяме, че органът, който възлага ревизията притежава по-голяма компетентност, най-малкото поради това, че ръководителя на

екипа придобива своята по отношение на конкретния АУЗД вследствие на делегиране или пределегиране на правомощия от страна на възложителя на ревизията. Това са все въпроси, на които ДОПК не дава отговор и които според нас е възможно да доведат до съществени различия както в практиката на административните органи, така и на съда.

Според нас евентуалното наличие на различни мотиви в АУДЗ т.е. на такива изложени от ръководителя на ревизията и от органа възложил ревизията е недопустимо. По правната си същност мотивите представляват фактическите и правни основания за издаването на акта. В мотивите на РА се отразяват установените в хода на ревизионното производство факти и обстоятелства, които за от значение за определяне на данъчния дълг, както и направените въз основа на тях правни изводи, които в своята съвкупност са довели до установяване на правното основание и размера на конкретното данъчно задължение. Погледнато от този аспект наличието на различни мотиви отразява различния подход на органите издаващи акта, както и различната воля за постигането на крайното решение – определянето по основание и размер на данъчното задължение с ревизионния акт. Поради това ни се струва, че при наличието на различни мотиви в процедурата по издаване на РА по-скоро ще сме изправени пред хипотезата на несъгласие между органите, компетентни да издадат РА, независимо, че крайният резултат от това различие може и да не се отрази на размера на данъчното задължение, което ще се установи с акта.

Друга особеност при изследването на тази проблематика представлява периода от време, през който органът по приходите може да упражнява своята компетентност свързана с издаването на РА. За наличието на компетентност във времето обръща внимание проф. И. Дерменджиев, които определя компетентността като властническо правомощие на определен по закона орган да може само той за определени случаи, в определени териториални предели и за даден период от време да издава предвидените актове на държавно управление. В данъчноправната литература, проф. Г. Петканов също обръща внимание на това, че компетентността при издаването на данъчнооблагателните актове е обвързана с определен период във времето.

Тази времева компетентност на органа по приходите, издаващ АУДЗ се определя на първо място от разпоредбата на чл. 109 от ДОПК в съответствие, с която производство по установяване на данъчни задължение по този кодекс не се образува когато са изтекли пет години от изтичането на годината, в която е подадена или е следвало да бъде подадена данъчна декларация, като този. Предвидено е само едно отклонение от това правило и то е, че срокът не тече, когато е образувано наказателно производство, от изхода на което зависи установяването на конкретните данъчни задължения, но по същество то не дерогира компетентността във времето на органа, издаващ РА. Вярно, е че цитираната правна норма регламентира един преклузивен по своята правна същност срок, но точно в рамките на този срок органът по приходите има правомощия да предприеме действия по извършване на проверка или ревизия, които да приключат с издаването на АУДЗ. Това е периода назад във времето, в който приходната администрация притежава правомощията да установява факти и обстоятелства, които са от значение за определяне на данъчните задължения на лицата по основание и размер. Всяко едно установяване и/или позоваване

на такива факти извън този период от време ще доведе както до съществено нарушаване на процесуалните правила, така и до некомпетентност на органа, издал РА. С други думи това означава, че всеки РА, с който се установяват данъчни задължения извън срока по чл. 109 от ДОПК ще бъде незаконосъобразен и поради нарушаване на времевата компетентност.

На второ място, тя се определя от органа възлагащ ревизията с издадената от него заповед за възлагане, с която съгласно чл. 113, ал. 1, т. 4 от ДОПК се определя ревизираният период. Това е онзи период назад във времето, който ще бъде ревизиран, и за който ще бъде издаден РА. Приемаме, че тази компетентност с основание може да се приеме за вторична, тъй като тя "стъпва" на срока, определен в чл. 109 от ДОПК. Тази условно наречена от нас вторична времева компетентност може да бъде изменяна или променяна, тъй като чл. 113, ал. 3 от кодекса допуска възможността, да се променя всеки един от реквизитите на заповедта за възлагане на ревизията с издаването на нова заповед. Необходимо е да се обърне внимание, че периода, който ще бъде ревизиран задължително трябва да се "вмества" в рамките на срока визиран в чл. 109 от ДОПК. Независимо, че самата процедура по издаване на заповедта за възлагане а ревизията е извън предмета на настоящата статия, като слабост в нормативната уредба бихме посочили липсата на регламентация относно броя на измененията на първоначалната заповед. В този си вид редакцията на чл. 113, ал. 3 от кодекса създава възможност за реализирането на административен натиск спрямо данъчните субекти от страна на органите по приходите с оглед продължителността на ревизионното производство, което може да се проточи във времето, далеч извън сроковете по чл. 114 от ДОПК.

Наличието на тази разновидност на компетентността във времето, отнасяща се до вече изтекъл срок може да се обясни със спецификата на данъка. Независимо от това какъв е данъка – пряк, косвен, държавен или местен, за да бъде той определен по основание и размер е необходимо да е настъпило данъчното събитие и да е изтекъл определен данъчен период. След като изтече този законоустановен данъчен период, лицата които имат качеството на данъчни субекти за длъжни да подават данъчни декларации, с които да определят размера на дължимия от тях данък или да представят информация, която е от значение за определяне на данъчните им задължения. Контролът върху това дали лицата са спазили тези законови изисквания и правилно са декларирали дължимите от тях данъци е винаги последващ. Това налага наличието на установителен етап, предхождащ самото издаване акта, целта на който е да се установят настъпили назад във времето факти, които имат пряко значение за определяне на конкретния вид данък по основание и размер. Поради това е невъзможно времевата компетентността на органа, издаващ АУДЗ да е занапред.

Ако систематизираме особеностите на производството по издаване на РА през призмата на компетентността като изискване за законосъобразност при издаването на АУДЗ бихме направили следните изводи:

- компетентността възниква въз основа на закон и по делегация, като е допустимо и пределегирането на правомощия;

- материалната, териториалната, персоналната и времевата компетентност на органите издаващи акта (ръководителят на екипа) се определя със заповедта за възлагане на ревизията. Това не важи за териториалната компетентност на изпълнителния директор на НАП, в случаите когато заповедта за възлагане на ревизията се издава от него или от негов заместник, както и в случаите когато тази заповед се издава от органа приходите, оправомощен от териториалния директор на НАП;

- заповедта за възлагане на ревизията е акта, който "активизира" компетентността на органите издаващи АУДЗ. До този момент тя е "латентна" и не може да бъде упражнявана самостоятелно по преценка на органа по приходите;

- РА и АПВ, издаден след назначена ревизия, се издават от два отделни органа, всеки от които притежава самостоятелна компетентност;

- времевата компетентност на органите издаващи АУДЗ е винаги за период назад във времето и задължително в срока по чл. 109 от ДОПК;

- с издаването на заповедта за възлагане на ревизията органите издаващи РА (АПВ) придобиват и процесуална компетентност.

Правоотношенията, които възникват и се развиват при издаването на АУДЗ от гледна точка на компетентността на органите издаващи този вид актове можем да охарактеризираме като първични и вторични.

Първичните възникват между изпълнителния директор на НАП, в случаите когато същият е оправомощил някой от своите заместници по реда на чл. 12, ал. 2 от ЗНАП да възлага заповед за възлагане на ревизия. Такива са и правоотношенията, които възникват между териториалния директор на НАП и оправомощен от него орган по приходите да възлага извършването на данъчни ревизии. Наричаме тези правоотношения първични, тъй като тяхното наличие е абсолютно необходима процесуална предпоставка за упражняване на правомощията по издаване на АУДЗ,т.е условие за фактическо проявление на компетентността на органа издаващ акта.

Като вторични можем да определим правоотношенията, които възникват след издаването на заповедта за възлагане на ревизията между органа, който я е възложил и ръководителят на екипа. И двете групи правоотношения са властнически (вътрешноведомствени) по своя характер, тъй като възникват и се развиват на основата на власт и подчинение в рамките на самата администрация. От това правило обаче има изключение и това са правоотношенията, които възникват и се развиват между органа, възложил ревизията и ръководителят на екипа след като е издадена заповедта за нейното извършване. Тези правоотношения възникват на етапа, в които трябва да се издаде РА след като ревизията е приключила и не могат да бъдат определени като властнически независимо, че са административни по своя характер. Това е така поради факта, че и двата органа на този етап от процеса имат равни правомощия, независимо, че е възможно единият от тях и по-точно този възложил ревизията да е по-висшестоящ в административната йерархия.

Изследването на въпросите свързани с компетентността на органите издаващи АУДЗ не може да не предизвика критично отношение спрямо действащата към момента нормативна уредба. Някои от тях, свързани със законодателното решение два органа да издават РА изложихме по-горе, поради което в допълнение бихме

казали, че подобен подход води прекаленото усложняване на тази процедура особено ако не се постигне съгласие между тях при издаването на акта, което не може да се счита за правилната посока в развитието на нашето данъчно законодателство.

ДИСКУСИОННИ ВЪПРОСИ ПО ПРИЛАГАНЕТО НА ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

доц. д-р Събин Събев,
катедра "Национална и регионална сигурност",
НВУ "Васил Левски", В. Търново,
subev@abv.bg

Резюме

При прилагане разпоредбите на закона за обществените поръчки съществуват различни становища и противоречива практика относно замяна на член на комисията за провеждане на процедурата, статута на наети по граждански договор експерти на участниците и работата на комисията при възлагане на поръчка чрез събиране на оферти с обява. Докладът съдържа академичните разсъждения на автора и мотивите му обосноваващи неговото тълкуване на закона.

Ключови думи: обществени поръчки, външни експерти, комисия

Summary

Upon implementation of the provisions of the Public procurement act there are different opinions and inconsistent case law as regards a replacement of a member of the commission for conduction of the procedure, the status of experts of the participants, employed under a part-time employment contract and the work of the commission upon award of procurement through collection of tenders by announcement. The report contains the academic ratiocinations of the author and his arguments, explaining his interpretation of the act

Key words: public procurements, external experts, commission

Приемането на новия Закон за обществените поръчки през 2016 г. доведе до доста изменения във възлагателния процес и до проблеми на възложителите. В изминалите около две години от тогава възникнаха редица спорни въпроси, предизвикали дискусия в специализираните издания. Противоречиви сигнали дават и контролните органи – Комисия за защита на конкуренцията и Върховният административен съд, които все още не са създали трайна практика по приложението на закона.

Един от дискусионните въпроси е свързан със замяна на член на комисията, назначена от възложителя за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори и диалог. Съгласно чл. 51, ал. 9 – 11 от Правилника за приложение на Закона за обществените поръчки:

Всеки член на комисията по ал. 1 е длъжен да си направи самоотвод, когато установи, че:

1. по обективни причини не може да изпълнява задълженията си;
2. е възникнал конфликт на интереси.

Възложителят е длъжен да отстрани член на комисията, за когото установи, че е налице конфликт на интереси с кандидат или с участник.

В предходните два случая възложителят определя със заповед нов член.

В свое решение Комисията за защита на конкуренцията прие, че резервните членове нямат правен статут и са по-скоро кръг от лица, за които възложителят е установил, че притежават необходимата квалификация и са изразили съгласие в случай на необходимост да встъпят като членове на комисията по разглеждане на офертите на участниците. Законодателят ясно е дефинирал в императивната си норма, че се изисква изрична заповед за замяна на член от състава на комисията и то издадена за всеки конкретен случай. Видно от представените от възложителя документи, а и както той сам е записал в становището си поименния състав е определен в заповедта за назначаване на комисията и същата не е изменяна. Предвид горното възложителят е следвало да определя с нова заповед влезлите, като членове в състава на комисията резерви. Аналогично е разбирането на Агенцията за обществени поръчки, изразено в Практическо ръководство за прилагане на законодателството в областта на обществените поръчки, както и в публикациите на други автори.

Противоположното разбиране застъпва Върховният административен съд в свое Решение № 6996/05.05.2017 г. Според него, единствено на възложителя принадлежи правото да замени някой или някои от членовете на комисията. Същевременно в ЗОП и ППЗОП няма изрична забрана за определяне на резервни членове на комисията, помощен орган на възложителя. Неправилно КЗК е възприела, че само при наличието на заповед на възложителя може да се замени член на комисията с резервен такъв, който поименно е определен със заповедта за назначената комисия по чл. 103, ал. 1 ЗОП. Дори и да се приеме, че е допуснато процесуално нарушение, в конкретния случай то не е съществено.

Това становище на Върховния административен съд не може да се сподели. Възлагането на обществена поръчка е сложен процес, състоящ се от административноправна и гражданскоправна фаза. В първата от тях при провеждане на определените от закона процедури се определя изпълнител на поръчката и се уточняват основните елементи от бъдещия договор. Във втората фаза се подписва и изпълнява договорът. Следователно и възложителят на обществени поръчки попада под дуалистична правна уредба – в първата фаза, при избора на изпълнител той има функциите на административен орган, а във втората фаза – като контрахент по договора – на гражданскоправен субект. Решенията на възложителите по Закона за обществените поръчки са индивидуални административни актове, и като административни органи възложителите подлежат на регулация от нормите на публичното право. От общата теория на правото е известен принципът на публичното право, че "на държавата (в лицето на нейните органи и институции и образувания) ѝ е разрешено единствено това, което изрично и изчерпателно е позволено в закон или друг източник на правото". Доколкото законът не позволява изрично на възложителя да определя резервни членове на комисията и те да заместват отсъстващ титуляр, то същият не разполага с такива правомощия.

До същия извод може да се достигне и при историческо тълкуване на правната уредба на комисията. В предходния закон, възложителят беше задължен да назначи

комисия за провеждане на процедура за обществена поръчка, като определя нейния състав и резервни членове. Ако желаеше и при действащата правна уредба възложителят да разполага с тази възможност, законодателят би я предвидил по същия ред. Премахването на института на резервните членове в по-новия закон води до извода, че законодателят не би желал съществуването на им в комисията за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори и диалог.

Изводът от казаното до тук е, че възложителят няма право да назначава резервни членове на комисията и замяната на член, независимо от причините следва да бъде извършена с изрична негова заповед за всеки конкретен случай.

Спорен е въпросът с правния режим на лицата, които участниците в процедура за възлагане на обществена поръчка наемат по граждански договор за изпълнение на определени функции и трябва ли те да представят самостоятелен ЕЕДОП[1].

Според някои автори и част от възложителите тези лица са трети лица по смисъла на чл. 65 ЗОП и следва да представят отделен ЕЕДОП.

Други автори считат, че експертите, привлечени от участника по т.нар. граждански договор (договор за определен резултат по ЗЗД, напр. договор за изработка) не са трети лица и не следва да представят отделен ЕЕДОП. Невъзможно е експертът да предостави своя ресурс (знания, опит, умения и пр.), тъй като това са лични и непрехвърлими качества. Това становище изрази и Комисията за защита на конкуренцията, според която: "Условието, съдържащо се в одобрената документация за участие "Когато експертите не са служители на участника за тях се прилагат посочените в настоящата документация изисквания към третите лица." е незаконосъобразно, тъй като третира всяко физическо лице, без оглед правоотношението му с участника, като "трето лице" по смисъла на чл. 65 от ЗОП. Приетото от възложителя не намира опора, нито в ЗОП, нито в Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки. Волята на законодателя е да намали административната тежест за участниците, като изисква представяне единствено на декларация – ЕЕДОП. Тези документи се попълват и подписват от участниците, подизпълнителите и така наречените "трети лица". Безспорно представянето на такава декларация от името на физическо лице, което има сключен трудов договор с участника, не е необходимо. По разглежданата процедура не се съдържа такова условие и съответно не се оспорва от страните. Факт е обаче, че за експерти, които не са служители е установен друг ред. Реално, лице, което има сключен трудов договор се третира по различен начин, в сравнение с физическо лице, което се намира в друг вид облигационни отношения с участника в процедурата, например сключен граждански договор. Предметът на трудовия договор е самото престиране на работната сила през определено време от деня, седмицата и месеца, което се нарича работно време. Граждански договори уреждат предоставяне на определен резултат от извършена трудова дейност от едно физическо лице, по поръчка на друго физическо или юридическо лице. Т.е. гражданският договор за разлика от трудовия е ориентиран към конкретен резултат, който се очаква от извършената трудова дейност. В ЗОП, обаче, не се съдържа правно основание, което да послужи като мотив за нееднаквото третиране на физическите лица, които пола-

гат труд или предоставят конкретен резултат. В тази връзка необосновано и незаконосъобразно се явява поставеното от възложителя ограничение."

Тук изразяваме и трето становище, различно от посочените, но доближаващо се до първото от тях, доколкото води до извода, че тези лица следва да подадат ЕЕДОП. В голяма степен мотивите съвпадат с тези на КЗК но водят до различни правни изводи. Лицата, наети по трудов договор (служители и работници) от Участника предоставят на своя работодател (съответния Участник) своя труд, своята работна сила, за което той им заплаща трудово възнаграждение. По трудовия договор се предоставя работна сила. Предмет на договора не е крайният резултат, поради което резултатът от труда се предоставя от работодателя. Затова и работникът (служителят) е част от икономическия оператор. Лицата, с които Участникът е сключил граждански договор (обикновено договор за изработка или договор за поръчка по ЗЗД) предоставят на възложителя по този договор (Участник по ЗОП) резултатите от своя труд. Именно в това се крие основната разлика между трудовия и граждански договор – по трудов договор се предоставя самият труд, по граждански договор – резултата от труда. На практика този резултат е част от крайния резултат, който Участникът в процедурата трябва да предостави на Възложителя на обществената поръчка. Колкото и да е малък или нищожен този трудов резултат, тъй като той е част от общия резултат, то в случая този външен експерт се явява ПОДИЗПЪЛНИТЕЛ на участника. А Подизпълнителят винаги е и трето лице в правоотношението по възлагане на обществената поръчка. Външният експерт на участника по граждански договор не предоставя капацитет (или ресурс), а резултат – той изпълнява част от поръчката. Като краен резултат – трябва да подаде ЕЕДОП, а преди сключване на договора и да представи доказателства по чл. 67, ал. 6 ЗОП.

Третият дискусионен въпрос по прилагане на закона за обществените поръчки се отнася до работата на комисията за разглеждане и оценка на офертите при събиране на оферти с обява.

Първото становище е че, за разлика от комисията по чл. 103, ал. 2 ЗОП, комисията по чл. 97, ал. 1 не извършва предварителен подбор. Съображенията в подкрепа на това разбиране са че, тъй като за участие в обявата участниците не представят,заявление за участие, въз основа на което по същество се извършва предварителният подбор в процедурата. По аргумент от това, работата на комисията се свежда до публично отваряне на получените оферти, разглеждане, оценка и класиране на получените оферти. Изхождайки от уредените правила в ППЗОП за подаване, разглеждане ни оценяване на офертите, неоснователно е да се твърди, че комисията е длъжна:

- Да предоставя възможност на участниците при установена липса, несъответствие, непълнота или техническа грешка да представят нова информация (чл. 104, ал. 4 ЗОП)
- Да изисква писмена обосновка в случаите по чл. 72 ЗОП.

При работата на комисията по чл. 97, ал. 1 ППЗОП, не е налице задължение за субсидиарно прилагане на правилата от глава втора на закона, поради факта, че нейните задължения са изцяло уредени в ППЗОП. При систематичното тълкуване на разпоредбите, съвсем логично е да се прочете и анализира нормата на чл. 192 от

ЗОП и едва след това да се разсъждава какво остава като неуредено по смисъла на чл. 195 ЗОП.

Второто становище залага на препращащата норма на чл. 195 ЗОП. В чл. 192 от ЗОП е указано, че редът за разглеждане и оценка на офертите и за определяне на изпълнител при събиране на оферти с обява ще бъдат регламентирани в ППЗОП. В специалната част на ППЗОП, приложими към този ред за възлагане липсват разпоредби за правомощията на комисията. По тази причина прилагаме общата разпоредба на чл. 195 от ЗОП, която ни препраща към общата част на ЗОП. Там в чл. 103, ал. 5 е предвидено че правилата за работа на комисията се регламентират в ППЗОП (чл. 53 и следващите от ППЗОП). Поради липсата на изрична разпоредби, уреждащи разглеждането и оценяването на офертите, трябва на основание чл. 195 ЗО, субсидиарно да бъдат прилагани правилата на част първа и втора от ЗОП. Това правило прилагат и повечето възложители.

Напълно споделяме второто разбиране, че при разглеждане на офертите събрани чрез събиране на оферти с обява, комисията следва да прилага общите правила, приложими и при процедурите. Не може да се приеме разбирането, че при събиране на оферти с обява, комисията не извършвала предварителен подбор, тъй като не се представя заявление за участие. При открита процедура, участниците също не представят заявление за участие, а предварителният подбор се извършва върху декларираните в ЕЕДОП обстоятелства. При събиране на оферти с обява, участниците не са длъжни да представят ЕЕДОП, но тяхно задължение е да представят декларация по образец на възложителя за липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 1 – 5 и 7 ЗОП. Именно по заявените в тази декларация обстоятелства комисията извършва предварителния подбор на участниците.

В чл. 192, Законът за обществените поръчки въвежда правилото, че условията и редът за подаване, разглеждане и оценка на офертите и определяне на изпълнител се определят в правилника за прилагане на закона. ППЗОП в чл. 97, ал. 3 и ал. 4 съдържа изключително кратка и недостатъчна уредба. Комисията отваря офертите по реда на тяхното постъпване и обявява ценовите предложения. При извършване на тези действия могат да присъстват представители на участниците. Комисията съставя протокол за разглеждането и оценката на офертите и за класирането на участниците. В ППЗОП обаче не са разписани правила относно действията на комисията между отваряне на офертите и обобщаването на резултатите в протокол, който се представя на възложителя за утвърждаване. Следователно е налице празнота в правото. Неприложима е препращащата разпоредба на чл. 195 ЗОП, доколкото тя е относима към неуредените въпроси в ЗОП, а не към неуредените въпроси в ППЗОП. В случая следва да се приложи аналогия на закона, уредена в чл. 46 на Закона за нормативните актове: "Когато нормативният акт е непълен, за неуредените от него случаи се прилагат разпоредбите, които се отнасят до подобни случаи, ако това отговаря на целта на акта." Подобен случай по смисъла на закона е уреден в чл. 53 – 58 ППЗОП при работата на комисията за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори и диалог, при провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки. В този смисъл, при възлагане на обществени поръчки чрез събиране на оферти с обя-

ва, комисията следва да прилага общите правила, които се прилагат и при възлагане на обществени поръчки чрез процедурите по чл. 18, ал. 1 ЗОП.

Несъмнено и при трите дискусионни норми, непрецизният законодателен текст води до двусмисленост и различно тълкуване и прилагане на закона от възложителите и потенциалните участници във възлагателния процес. Това налага в най-скоро време да бъдат предприети мерки за прецизиране на нормативната уредба, преди всичко чрез редакция на разпоредбите на ППЗОП.

Използвана литература

1. Борисова, Б., Възлагане на обществени поръчки чрез събиране на оферти с обява в Национален военен университет "Васил Левски", Сборник доклади от научна конференция "Актуални проблеми на сигурността", 26-27 октомври 2017 г., Велико Търново, 2017.
2. Димова, Е., А. Александров, Белите полета на закона, сп. "Зоп плюс", бр. 4/2017.
3. Зиновиева, Д., Дискусионни тези в административното право и процес, Сиела, 2009.
4. Кацарова, М., Комисия за провеждане на процедурите по ЗОП, Сп. "Обществени поръчки", бр. 5/2016 г.
5. Кацарова, М., Събиране на оферти с обява – спорни моменти и възможни решения. Сп. "Обществени поръчки", бр. 10/2017.
6. Колев, Т., Въведение в правото, "Парадигма", С. 2009.
7. Първанова А, Особености на субсидиарното прилагане на общите правила при възлагане на поръчки чрез събиране на оферти с обява, сп. "Зоп плюс", бр. 4/2017.
8. Събев С. "Възложителят на обществени поръчки – административноправен статут", ИК на НВУ "Васил Левски", Велико Търново 2017.
9. Стоянов, И. Предизвикателства и възможности пред използването на ЕЕДОП в практиката по възлагане на обществени поръчки в България. Сп. "ЗОП плюс", бр. 10/2016.
10. Borisova, B., Commission for conduction of procedure on award of public procurements in the fields of defence and security, International Scientifc Journal Globalizacion the State and Individualq 2 (14) 2017.

АДМИНИСТРАТИВНОНАКАЗАТЕЛНА ОТГОВОРНОСТ НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПРИ НАРУШАВАНЕ НА РЕДА ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ

доц. д-р Андрияна Андреева,
д-р Диана Димитрова,
катедра "Правни науки",
Икономически университет – Варна,
a.andreeva@ue-varna.bg

Резюме

В настоящият доклад са разгледани субектите, подлежащи на административнонаказателна отговорност при нарушаване на реда за възлагане на обществени поръчки. Изследват се по-важните състави на административни нарушения по Закона за обществените поръчки (ЗОП[1]), както и предвидените административни наказания. На базата на ретроспективен сравнителен анализ на актуалното с предходното законодателно решение в България са изведени проблемите при прилагането на нормите и рисковете в хипотезите при делегиране на правомощия и заместване. В резултат на извършеният анализ се правят изводи, обобщения и предложения за усъвършенстване на уредбата.

Ключови думи: обществени поръчки, възложител на обществена поръчка, административнонаказателна отговорност

Summary

The present report analyses the subjects, liable to administrative-penal liability in case of violations of the order for awarding of public procurement. It examines more important compositions of administrative violations according to the Public procurement act, as well as the administrative penalties provided. Based on a retrospective comparative analysis of the actual and previous legislative solution in the Republic of Bulgaria the authors mark the problems in the application of the norms and the risks according to the hypothesis in case of delegation of powers and replacement. As a result of the analysis they make conclusions, summaries and proposals for the improvement of the legal regulation.

Key words: public procurement, contracting authority, administrative-penal liability

Въведение

Обществените поръчки се регулират от съвкупност от нормативни актове съдържащи принципи и норми насочени към тяхното законосъобразно провеждане с цел правомерно разходване на публични средства. Въпреки заложените правни механизми на превенция и контрол в тази сфера съществуват злоупотреби и нарушения, които съпътстват процедурите за възлагането на обществените поръчки. В едни хипотези те са извършени по непредпазливост, а в други са с цел материално облагодетелстване на определени лица с бюджетни средства.

Предмет на изследване в настоящия доклад е актуалната нормативна уредба, регламентираща административнонаказателната отговорност на възложителите на обществени поръчки в нейната съвкупност от материални и процесуални норми.

Цел на изследването е да се анализира административнонаказателната отговорност на възложителите на обществени поръчки в актуалната ѝ нормативна регламентация и да се извърши сравнителен анализ с предходното законодателно решение. На база на това се правят критични бележки и конкретни предложения за бъдещи изменения в нормативната уредба. Приоритетно се изследва общата законова хипотеза на административнонаказателна отговорност, приложима за извършени нарушения по реда на ЗОП.

За осъществяването на тази цел авторите си поставят следните **научни задачи:**

- Да се извърши анализ на актуалната нормативна уредба в областта на административнонаказателната отговорност на възложителя;
- Да се изследва спецификата в отделните видове нарушения;
- На база на извършения анализ на нормите да се изведат обобщения, препоръки и предложения за усъвършенстване на уредбата.

I. Материалноправна основа на административнонаказателната отговорност

1. Субект на административнонаказателната отговорност

Нормативната регламентация на административнонаказателната отговорност за нарушения в областта на обществените поръчки се съдържа в част осма, глава тридесет и първа от ЗОП, в нормите на чл. 247-261, съответно в глава шестнадесет от Правилника за прилагане на закона за обществените поръчки (ППЗОП)[1], чл. 141 и чл. 142.

Административнонаказателната отговорност е един от видовете юридическа отговорност, приложима като държавна принуда спрямо извършителите на административни нарушения. В спецификата на изследвания проблем субект на този вид отговорност могат да бъдат само лица възложители по смисъла на ч.5, ал. 2 и 3 от ЗОП. Към тази група се приравняват и длъжностните лица, оправомощени да организират и/или възлагат обществени поръчки – чл. 7, ал. 1 от ЗОП, както и длъжностните лица, които заместват възложителя – чл. 7, ал. 2 от ЗОП.

Спецификата в новият ЗОП в съпоставка с предходното законодателно решение е свързана с преосмисляне на понятието възложител и съответно определянето му, като физическо лице (ФЛ), т.е това рефлектира пряко върху субекта на адмистративнонаказателната отговорност стеснявайки я до ФЛ и освобождавайки от отговорност юридическото лице (ЮЛ). В този смисъл старият режим предвиждаше кумулативна отговорност и за двата субекта. С това законодателно решение актуалното ни право пренася механично цялата тежест на отговорността върху едно ФЛ.

Условие за реализирането на тази отговорност е лицето да е притежавало качеството към конкретния момент на осъществяване състава на административното нарушение. По-подробното и конкретно изброяване в новата редакция допринася за ясно очертаване на кръга от възложители (като такива са посочени кметът на общината, изпълнителен директор на агенция и др.), като има и друго предимство в

сравнение с досегашния, а именно облекчава контролните органи, като елиминира възможностите за спор дали например кметът или общината е възложител. Изброяването има връзка и с новия подход при налагане на санкции – при нарушения на закона санкциите се налагат на съответното физическо лице – възложител, а не на юридическото лице. И в предходната редакция на ЗОП бяха предвидени глоби за физическите лица, заедно или отделно от имуществените санкции за юридическото лице. Това понякога водеше до решения, при които санкцията за юридическото лице биваше отменена след обжалване, а санкцията за физическото лице за същото нарушение потвърдена.

В актуалната нормативна уредба е предвидено законодателно решение и за още един от проблематичните въпроси – делегирането на правомощията в чл. 7 ЗОП – в две възможни хипотези при първата – делегиране от нормативен или административен акт, но също така и от самия възложител, а втората – при отсъствие на възложителя неговите правомощия се изпълняват от лицето, което го замества съгласно нормативен, административен или друг акт, който определя представителството на възложителя. По този начин се избягва забавяне на процедурите в случай на отпуск или заболяване на отговорното лице. Това законодателно решение е положително от една страна, тъй като осигурява по-голяма оперативност и бързина, но от друга страна се дава възможност за избягване на санкции от едно лице чрез делегиране на правомощията на друго лице, тъй като съгласно чл. 259 ЗОП при делегиране наказанията по чл 247-256 ЗОП се налагат на определеното длъжностно лице. **В тази връзка законодателно може да бъде предвидена солидарна отговорност за лицето, което е възложител по силата на закона и лицето, на което са делегирани такива правомощия. Предвид големите размери на административните санкции, непосилни за отделното физическо лице, може да се обмисли възможност за застраховане на отговорните лица** подобно на задължителните застраховки например за адвокати и частни съдебни изпълнители. Като цяло новото законодателно решение при отговорността може да се оцени като положително от гледна точка на не ангажирането на бюджета на разходващата публични средства организация, но е вероятно да доведе до порочни практики с оглед възможността за делегиране на правомощия.

2. По-важни състави на административни нарушения и административни наказания по ЗОП

За гарантиране на принципите на публичност и прозрачност и увеличаване на ефективността при процесите на възлагане, както и гарантиране на правната сигурност и правомерно разходване на публичните средства законът предвижда административни наказания за извършените административните нарушения. В Административнонаказателните разпоредби на ЗОП изрично са посочени поредица от състави на административни нарушения, описващи конкретните деяния, които са наказуеми. В ППЗОП е предвидена възможност виновните лица и тези, допуснали извършване на нарушение, да бъдат наказвани и при всяко нарушение на императивна разпоредба, като препраща към общите разпоредби на Закон за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Нарушенията могат да бъдат класифицирани условно в две основни групи в зависимост от това дали нарушението е извършено с умисъл или не. При някои от съставите законът предвижда наличие на специална цел, съответно виновното лице следва да е действало с пряк умисъл, а не по непредпазливост. Това са посочените в чл. 247 ал. 1 ЗОП: позоваване на изключенията по чл. 13-15 ЗОП, с цел заобикаляне на закона, умишлено използване на методи за определяне на стойността на обществената поръчка или разделянето им на части за прилагане на ред за възлагане за по-ниски стойности както и приложение на изключенията в областите отбрана и сигурност с цел заобикаляне на закона.

За останалите – нарушаващи основните принципи на свободна конкуренция и публичност и прозрачност, процедурни нарушения и неспазване на влезли в сила решения или определения на КЗК и неоказване на съдействие липсва такова изискване. Съставите за деяния, нарушаващи основните принципи на ЗОП включват нарушение на забраната за ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка в чл. 247 ал. 1 ЗОП; поставяне на ограничения, основани на националната принадлежност на подизпълнителите в чл. 252 ЗОП както и определяне на техническа спецификация, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти в чл. 251 ЗОП.

В чл. 248-250, 255, 256 ЗОП са предвидени редица състави при неспазване на предвидените в закона процедури – провеждане на процедура без да са налице условията посочени в закона; изменение на договор за обществена поръчка или рамково споразумение, без да са налице основанията посочени в закона; сключване на рамково споразумение за срок по-дълъг от предвидения в закона; възлагане на поръчката при по-облекчен ред от предвидения в закона съобразно нейната стойност; сключване на договор, без да се проведе процедура за възлагане на обществена поръчка при наличие на основания за това, или неспазване изискването по чл. 99 ЗОП за оповестяване на процедурите; не посочване в обявлението, че поръчката е запазена за специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания; неизпълнение на задължението за прекратяване със сключването по реда на закона на нов договор със същия предмет при отпадане на някое от условията, необходими за сключване на договор, сключване на договор при непредставяне на документите посочени в закона.

Съгласно чл. 258 ЗОП административно нарушение е и неизпълнението на влезли в сила решения и/или определения на Комисията за защита на конкуренцията или на задължението да се оказва съдействие на Комисията за защита на конкуренцията при изпълнение на възложените ѝ със закона задължения.

При ретроспективният анализ се установява, че при предходното законодателно решение уредбата е била по подробна и детайлна, но като цяло няма съществени разлики със съставите, предвидени в нея. Регламентацията на част от нарушенията е преминала на подзаконово ниво в ППЗОП – например за нарушения, извършени от членовете на комисията, съответно наказанията се налагат по предвидения в него

ред. Отпаднал е съставът, предвиден при неприемане на вътрешни правила на възложителя, което предполага, че законодателят е преосмислил обществената опасност при това нарушение предвид което е оставил неговото контролиране от страна на самия възложител.

Предвидените в ЗОП административни наказания са традиционни за административната отговорност, а именно парични глоби. Те могат да бъдат изчислени като процентна стойност от стойността на сключения по реда на закона договор с ДДС, като е предвиден предел на глобата в абсолютна стойност или фиксирани стойности с определен минимум и максимум на наказанието. Процентната стойност варира от 1 до 10 процента от стойността на сключения по реда на закона договор с ДДС, като в повечето хипотези максималния размер е 5000-10000 лв, само за сключване на договор, без да бъде проведена процедура за възлагане на обществена поръчка при наличие на основания за това и неспазване на задълженията за оповестяване е 50000 лв. При фиксираните стойности минималната е 1000, а максималната в повечето хипотези 5000 лв, само за неизпълнение на влезли в сила решения или определения на КЗК или неоказване на съдействие глобата достига до 50 000 лв. Съгласно чл. 257 ЗОП в случаите, когато в договора не е посочена обща стойност или тя не може да се определи, размерът на глобата се определя въз основа на средствата за съответната дейност, предвидени в бюджета на възложителя.

В съпоставка с предходният ЗОП се установява, че предвидените административни наказания са били глоба за физическите лица и имуществена санкция за юридическите лица в абсолютна стойност от минимум 100 до максимум 100000 лв, като съгласно чл. 133 ал. 1 ЗОП при повторно извършване на нарушение се е налагала глоба или имуществена санкция в двоен размер. При ретроспективният анализ се установява, че и тук законодателят е предприел различен подход, определяйки за част от нарушенията глоба не в абсолютна стойност, а като процент от от стойността на сключения по реда на закона договор с ДДС. С този нов подход се постига по-висока степен на обективност при налагане на наказанията, тъй като елементът на субективната преценка е заменен с правило, определящо конкретния размер на санкцията. Доколко проблемно ще е приложението в случаите, когато в договора не е посочена обща стойност или тя не може да се определи и размерът на глобата следва да се определи въз основа на средствата за съответната дейност, предвидени в бюджета на възложителя ще покаже практиката. Намалена е стойността на максималната санкция от 100000 на 50000 лв, а при минималните е увеличена съответно от 100 на 1000 лв.

II. Процедурна основа за реализиране на административнонаказателната отговорност

Закона за обществените поръчки регламентира спецификата в реда за реализиране на административнонаказателната отговорност, като указва компетентите органи – актосъставители, административнонаказващите органи и сроковете в това производство. За неуредените въпроси се прилага общия административен ред на Закона за административните нарушения и наказания. Актовете за установяване на нарушения се съставят от оправомощени одитори, когато са констатирани от орга-

ни на Сметната палата, съответно от длъжностни лица на Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ) при извършване на финансова инспекция или проверка, в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършване на нарушението. Наказателните постановления се издават от председателя на Сметната палата или от министъра на финансите или от оправомощени от тях длъжностни лица. За установяването на нарушенията, издаването, обжалването и изпълнението на наказателните постановления не са предвидени специални разпоредби в ЗОП, а законът препраща към реда на ЗАНН. При сравнителният анализ с предходното законодателство се установява, че в законодателното решение преди 2014 г. актовете за установяване на нарушения по ЗОП, констатирани от органи на Сметната палата са били издавани от АДФИ както и наказателните постановления. Само за един кратък период, те са били съставяни от оправомощени одитори в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършването им и съответно наказателните постановления са се издавали от председателя на Сметната палата или от оправомощени от него длъжностни лица подобно на решението в чл.260 ал. 2 от настоящия закон. Новото законодателно решение, при което наказателните постановления се издават от органа, установил нарушението вероятно е по-логично и удачно, тъй като не се налага изпращане на документация и съответно предполага постигане на по-голяма бързина и ефективност при налагане на наказанията.

Заключение

В заключение след извършеният ретроспективен анализ както и анализ на актуалното българско законодателство в областта на административнонаказателната отговорност на възложителите на обществени поръчки могат да бъдат направени някои изводи и обобщения.

На първо място в своята цялост новото законодателно решение при отговорността може да се оцени като положително от гледна точка на не ангажирането на бюджета на разходващата публични средства организация. В тази връзка е вероятно вменяването на отговорност единствено на ФЛ-възложител да доведе до порочни практики с оглед възможността му за делегиране на правомощия или заместване.

На второ място административнонаказателните разпоредби на закона обхващат основните действия и бездействия, които съставляват незаконосъобразно по вида си поведение, подлежащо на санкция. При административните наказания следва с приетия нов подход да бъде постигната по-висока степен на обективност при налагане на наказанията, доколко удачно е прехвърлянето на част от съставите на административните нарушения в ППЗОП и съответно наказването им по общия ред на ЗАНН ще покаже практиката по приложението им.

На трето място издаването на наказателните постановления от органа, установил нарушението би следвало да доведе до постигане на по-голяма бързина и ефективност при налагане на наказанията. Реализацията на контролния механизъм и ангажиране на административнонаказателната отговорност на възложителите с времето ще покаже доколко тези правни норми ще допринесат действително за предотвра-

тяване на злоупотреби и нарушения и ще повишат доверието на гражданите в контролните институции.

Използвана литература

1. Кацарова, М., Нови моменти при контрола и административното наказване в областта на обществените поръчки, Търговско и облигационно право, кн. 6/2014.

2. Марков, М., Марков, М., Димова, Е. И др. Новата правна уредба на обществените поръчки и на управлението на средствата от европейските фондове, С. 2016 г., с.438.

3. Ръководство за унифициране на последващия външен контрол в областта на обществените поръчки, упражняван от Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция прието с Решение № 179/28.06.2017 г. на Сметната палата и е утвърдено от директора на Агенцията за държавна финансова инспекция със заповед № ФК-09-117/28.06.2017 г.

ОПЕРАТИВНАТА САМОСТОЯТЕЛНОСТ КАТО ЕЛЕМЕНТ НА АДМИНИСТРАТИВНИЯ КОНТРОЛ, УПРАЖНЯВАН В ЗДРАВЕОПАЗВАНЕТО

гл.ас. д-р Антония Илиева,
катедра "Публичноправни науки",
ПУ "Паисий Хилендарски",
e-mail: an_il@abv.bg

Резюме

По своята правна същност прилагането на административен контрол е от съществено значение за законосъобразното функциониране на здравеопазването на всичките му ниваболнична и доболнична помощ, спешна помощ, лекарствоснабдяване и др. Предвид спецификата на дейност, която се упражнява в структурата, правния ред установен от законодателя в законовите и подзаконовите нормативни актове относно алгоритмите за лечение и диагностика следва да бъде прилаган в изискуемият и правно допустим обем и според конкретиката на всеки медицински случай. При проявени отклонения от общото предписание на правната норма относно диагностиката и лечението или настъпването на вредоносни последици за живота и здравето на пациента, се проявяват елементите на дискреционната власт, които представляват съществена част от състава на административния контрол.

Ключови думи: Оперативна самостоятелност, контрол, здравеопазване

Summary

By its legal nature, the application of administrative control is essential for the proper functioning of healthcare at all levels – hospital and pre-hospital assistance, emergency care, medication delivery etc. Due to the specificity of the activity exercised in a structure, the legal order established by the legislator in the laws and regulations concerning the algorithms for treatment and diagnostics, should be applied in the required and legally acceptable volume and according to the specificity of each medical case. In case of deviations from the general prescriptions of the legal norm regarding the diagnostics and treatment or the occurrence of harmful consequences for the life and health of the patient, elements of discretionary power arise and form an essential part of the composition of the administrative control.

Key words: discretion, control, healthcare

Здравеопазването, като специфичен отрасъл на държавното управление представлява, сложна система от насрещни престации, които пораждат определени права и задължения за страните. С оглед предмета на правно регулиране, отклонението от нормативно предписаното поведение е основание за упражняване на административен контрол.

1. Правна специфика на административният контрол в здравеопазването

В юридическата литература се срещат възгледи, че контролът има предимно установителен характер. На фона на сложните обществени отношения, които се развиват в здравеопазването, твърдението не е правнорелевантно с оглед на начина, по който приключва административно-наказателното производство. В редки случаи контролната дейност може да приключи само с установяване. В правната природа на административния контрол е залегнала идеята, че отклонението от правнопредписаното поведение се наказва с релевантно по степен административно наказание. По категоричен начин може да се твърди, че контролът е съществен елемент от процеса по установяване на административното нарушение и налагането на административно наказание.

Функцията на контрола е многостранна с оглед на това, че засяга разкриването и анализа на фактическото положение на проблематиката, съпоставка на фактическото положение с набелязаните цели, оценка на контролната дейност и предприемане на мерки по отстраняване на разкритите недостатъци. В този смисъл бихме могли да приемем наличието на три основни функции на контрола – констатираща, оценъчна и резултатна.

Интерес в административната теория представлява въпросът за съотношението между контрола и надзора като държавно-властнически функции. От юридическа гледна точка предмет на контролната дейност в цялата ѝ пълнота са проблемите и на законосъобразността, и на правилността. Погледнато през тази призма, формите на контрола, които имат за свой предмет единствено законността, се определят в някои случаи и като "надзор". Оттук може да възприемем и схващането, че надзорът по своето естетсво е особена форма на контрол, но не се инкорпорира изцяло в неговата същност. При него контролиращият орган преценява по правило законосъобразността на контролираните актове, докато при контрола освен законосъобразността, той преценява и правилността на тези актове. Следвайки тази правна логика възниква следния въпрос: Съществува ли връзка между оперативната самостоятелност и административния контрол в здравеопазването с оглед издаваните актове? За да се направи опит да се отговори еднозначно на поставения въпрос, следва да се разгледат някои от основните административноправни режими типични за здравеопазването, при които може да бъде възприета правно логична връзка между контрола и оперативната самостоятелност.

2. Административноправни режими свързани с дейността на лечебните заведения. Белези на оперативната самостоятелност

В чл. 40 от Закона за лечебните заведения са разписани подробно изискванията, на които следва да отговаря всяко търговско дружество за да бъде регистрирано като лечебно заведение. Освен тези изисквания, законът въведе и търговскоправен статут на всички лечебни заведения, т.е те са юридически лица-търговски дружества или кооперации. Особеното тук е, че като търговски дружества, те могат да из-

вършват само медицинска дейност, търговски сделки се допускат само за нуждите на пациентите.

Отделно изискване, различно от търговскоправният статут е това, че всички лечебни заведения подлежат на административен регистрационен, административен разрешителен режим и акредитационен. С изключение на последният, първите два режима са значително по-усложнени. Съгласно чл. 86, ал. 1 от ЗЛЗ, на доброволна акредитация за цялостната или отделна медицинска дейност, както и за обучение на студенти и специализанти, подлежат изчерпателно изброените в разпоредбата видове лечебни заведения. Последното уточнение правим с оглед на обстоятелството, че към Министерство на здравеопазването се води публичен регистър на лечебните заведения, получили акредитационна оценка. Този режим касае лечебните заведения, които вече извършват дейност и чрез него се оценява качеството на предоставяната медицинска услуга на пациентите. С оглед съществуващите нормативни алгоритми, по които следва да се води акредитационната комисия оценявайки степента на ефективност, полезност и качество при извършване на лечебната дейност, може да се направи извода, че при този режим присъстват белези на оперативната самостоятелност. Липсата на съответствие с нормативно определените критерии за качество, са пряко обвързани със степента на финансиране на дейността от НЗОК. Тук следва да отчетем обстоятелството, че предвид специфичната дейност, която извършват лечебните заведения, подобна акредитационна оценка се издава на база покриването на общи нормативни изисквания за законосъобразност при провежданото лечение, но съществува и оценъчен елемент на целесъобразност с оглед всеки отделен случай. В медицинската дейност рядко може по категоричен начин да се направи извода, че при проявена симптоматика със сходни белези при повече от един пациент, подбора на избор на лечение от страна на медицинския специалист ще доведе до еднакви благоприятни последици във всички случаи. С оглед на това е редно да споменем и обстоятелството, че в зависимост от нивото на компетентност на лечебното заведение и осъществяваната медико-диагностична дейност, от изключително значение за акредитационната оценка е и нивото на компетентност на отделните медицински специалисти упражняващи дейност в лечебното заведение. Освен наказателна, гражданска и административно-наказателна отговорност те носят и съсловна отговорност за действията си. Във връзка с това обстоятелство, медицинската дейност е категоризирана, като високо рискова.

Наличието на административни режими за извършването на конкретна дейност, води до правният извод, че без да бъдат изпълнени изискванията не може да бъде извършвана конкретната медицинска дейност. С издаването на административен акт, който не постановява отказ, забраната за субекта отпада и той получава правото да осъществява дейността под надзора и контрола на държавата. Това е може би ключовият момент, в който могат да бъдат открити допирни точки между административния контрол и оперативната самостоятелност.

По своята същност, оперативната самостоятелност е възможността да се избира из между няколко решения, всяко от които е в еднаква степен законосъобразно, но в различна целесъобразно. Опирайки се на общо теоретичното определение изведено от проф.Лазаров, следва да се отчете обстоятелството, дали пред контролния

орган при издаването на административния акт за извършване на дейността стои хипотезата да бъде избрано из между няколко възможни решения или изискванията са императивни и не дават възможност да се прояви дискреционната власт.

Ако обърнеп поглед отново към административноправните режими, с които са обвързани лечебните заведения ще установим, че те преминават през два административни етапа, досежно документалната изрядност и контрол и проверка извършвана на място в леченото заведение. Тук следва да бъде направено следното уточнение, че с оглед предмета на дейност и спецификата на предоставяната медицинска услуга административно правните режими, през които трябва да преминат лечебните заведения желаещи да упражняват дейност се различават и не могат да бъдат разглеждани съвкупно. Като пример, могат да бъдат посочени тези, в които ще се използва медицинско оборудване с източник на йонизиращо лъчение, за тях важат изискванията освен по основния режим на регистрация, но и специални таки, изразяващи се в разрешение от компетентен държавен орган в конкретното направление.

Извън посочения пример производството по регистрация се открива с подаването на нормативно изискуемите документи до компетентният орган, който следва да упражни първоначалния контрол относно тяхното съответствие и законосъобразност. В качеството си на административен орган по смисъла на АПК, при констатирани несъответствия, органът може да издаде предписания и да определи срокове за тяхното изпълнение.

Ако насочим поглед към разгледаните видове административно правни режими съществуващи в здравеопазването и в зависимост от тяхното самостоятелно естетство ще се оформят възможностите, при които могат да се проявят белезите на оперативната самостоятелност.

При регистрационния режим административния орган проверява дали са спазени специалните изисквания на закона и с оглед на това издава административния акт. При този режим, по категоричен начин може да се изведе заключението, че органът действа в условия на обвързана компетентност. Ако лечебното заведение отговаря на условията, административният орган е длъжен да го регистрира. Възможното решение е само едно и административния орган не разполага с избор измежду юридически равностойни варианти[1]. Излизайки от рамките на обвързаната компетентност, административният орган превръща процедурата по регистрация в порочна и незаконосъобразна, а издадения административен акт в нищожен. Пример за такова отклонение е Решение № 106/2012 г. на АС-Габрово. В процесното решение, съдът отбелязва следното: "*Понятието "здравни изисквания" няма легална дефиниция в ЗЛЗ, но се използва в няколко разпоредби на закона. Съгласно чл. 40, ал. 4 от ЗЛЗ в 14-дневен срок от постъпване на заявлението за регистрация РЗИ извършва проверка относно спазване на здравните изисквания от лечебното заведение. В случая е налице съществено нарушение на процедурата по издаване на процесния отказ, което следва да води до неговата отмяна, като самостоятелно основание за такава.... Не може всяко несъответствие с произволно взет нормативен акт да бъде квалифицирано като "здравна норма или изискване". Така, напр., цитираната Наредба № 15/28.07.2005 г. не утвърждава нито здравни изис-*

квания, нито медицински стандарти. Тя е издадена от Министъра на регионалното развитие и благоустройство и Министъра на енергетиката и енергийните ресурси, на основание чл. 125, ал. 4 от ЗЕ и чл. 169, ал. 3 във връзка с чл. 169, ал. 1, т.7 от ЗУТ и няма връзка със ЗЛЗ и подзаконовите нормативни актове по прилагането на последния. Тя не съдържа "здравни изисквания" и "медицински стандарти" и РЗИ няма компетенции да установява нарушения по нея и да ползва такива установявания, направени от нейни служители, за други цели, каквато е, напр., регистрацията на едно лечебно заведение. С *оглед така изложеното съдът отменя постановен отказ за регистрация на лечебно заведение на Директор на Регионална здравна инспекция Габрово по жалба с вх. № 768 от 19.05.2012 г. и връща преписката за ново разглеждане и произнасяне по подаденото от жалбоподателя заявление за регистрация на лечебно заведение".*

Интерес представлява възможността, административният орган при всяко отделно постъпило искане да преценява степентта на нормативно изпълнените изисквания и въз основа на това да пристъпи или да не пристъпи към следващия етап от административния режим по регистрация. Подобна възможност съществува при разрешителния административен режим. При него административният орган има право на преценка дали лечебното заведение отговаря на някои от нормативно заложени изисквания или не. Като изходим от обстоятелството, че законосъобразността не може да се степенува, административният акт е или законосъобразен или не е. С оглед на това, може да се направи изводът, че при този режим се оценява целесъобразността при регистрацията. При разрешителният режим съществува и друга разлика съпоставяйки го с регистрационният с оглед на органа издаващ административния акт. При регистрационният режим административен орган е Регионалната здравна инспекция, докато при разрешителния режим орган е Министърът на здравеопазването.

Тук следва да се отбележи, че предвид различното йерархично ниво, което заемат посочените административни органи (орган с териториална компетентност и централен административен орган), законодателят целенасочено е предвидил и различни правни възможности при откриване на производството по регистрация. Дейността и на двата административни органа подлежи на контрол, но в предмета на двете производства попадат различни по вид и статут лечебни заведения.

От направения преглед на различните видовете административно правни режими за регистрация на лечебните заведения ясно се разграничиха, тези при които органът действа в условия на оперативна самостоятелност или обвързана компетентност. Някои видове контрол обхващат само законосъобразността, а други и законосъобразността, и целесъобразността в актовете и действията на органите на изпълнителната власт. Това различие е обуславено както от характера на контролния орган, така и от естетсвото на контролната дейност. В този смисъл, най-всеобхватен е вътрешноведомствения административен контрол. Защото той е контрол и за законосъобразност, и за целесъобразност- бърз, опростен, може да се упражни не само върху актовете, но и върху материално-техническите действия. Най-общо казано във всички правни форми на административната дейност. С оглед на това,

по категоричен начин можем да направим извода, че тази форма на контрол е най-типична за оперативната самостоятелност.

Заключение

Структурата на здравеопазването е една от най-реформираните системи в последните години. Честата промяна на нормативната уредба и липсата на осезаем и резултатен административен контрол, създават усещането за нестабилност на секторът. По категоричен начин може да бъде направен изводът, че към настоящия момент здравеопазването, с оглед многообразието на контролни органи действащи в него не постига нормативно заложените резултати. Съществува преплитане на контролни правомощия, с оглед компетентността на органа. Въз основа на това се оформя заключението, че законодателят следва да ревизира правомощията на контролните органи, нормативно установени в правните актове. Акцент следва да бъде поставен върху обема на контролни правомощия, с които разполагат административните органи, правния инструментариум за прилагането им и оперативната самостоятелност, при която упражняват функциите си.

ОБЩИ УСТРОЙСТВЕНИ ПЛАНОВЕ

гл.ас. д-р Боян Георгиев,
ЦЮН/boyan_georgiev73@abv.bg

Резюме

Общите устройствени планове се разработват за териториите на община, част от община, населено място – град, село и неговото землище, селищно образувание с национално значение. Те са въздигнати от ЗУТ в основата за цялостното териториално устройство на общините, на части от тях или на отделни населени места с техните землища. Предвижданията на Общите устройствени планове, когато определят общата структура и преобладаващото значение на териториите, вида и предназначението на техническата инфраструктура, опазването на околната среда и обектите на културно-историческото наследство, са задължителни при изготвянето на подробни устройствени планове. Общият устройствен план няма пряко приложение за разрешаване на строителство.

Ключови думи: териториално устройсвено планиране, общ устройствен план, строителен контрол

Summary

The general development plans are works out for the territory of a municipality, a part of a municipality, a settlement – a town, a village and its surrounding land, a settlement with national significant. They are defined by the Law of the Spatial Planning as a base for the complete territorial structure of the municipalities, the part of them or of the separated settlement with their land.

The planning in the General development plans is obligatory at working out the Detailed Site Development Plans when it determines the general structure and prevailing significance of the territories, the type and purpose of the technical infrastructure, environment protection and the objects of the cultural and historical heritage,. The General development Plan has no a direct application for building permission.

Key words: spatial planning, general development plan, building control

Чрез процеса на общо устройствено планиране се цели единиците на местно управление да могат запазят, развиват, опазват и подобряват общественото здравеопазване, сигурност, удобство, добър ред, представителност, полицейска и противопожарна охрана и ред, и общо благосъстояние. С общото устройствено планиране се цели още да се предпази пренаселването на земята и да се избегне излишна концентрация на населението; да се осигури съответно и ефективно снабдяване с транпорт, вода, канализация, училища, паркове, места и съоръжения за отдих; и други нужди и услуги; така също – да се съхранят, развият, използват и защитят природните ресурси в съответните местни територии. То би могло да се разглежда като инструмент за стратегическо планиране, което определя широката рамка на териториалното развитие достатъчно дългосрочно и достатъчно обвързващо. Съвременният процес на глобализация обхваща големите градове по света и разпределението

на техните роли, като по този начин въздейства и на градското устройство на територията. Градовете са интегрирани вече в световната система в различна степен и позиции, което прави тяхното планиране не само местен или национален процес, а и глобален процес със свои собствени изисквания и критерии. Всичко това е подробно заложено в Европейската харта за устройство на територията, приета в Торемолиност, Испания (1983 г.):

Устройството на територията представлява важен инструмент за развитието на обществото. Чрез него може да се постигне по-добро организиране на пространството, взаимовръзка между дейностите, защита на околната среда, намаляване на регионалните различия и подобряване на качеството на живота.

Устройствените схеми и планове са пространствен израз на интергрираната политика на развитие на обществото, пространствен израз на икономическата, социалната, културната и екологическата политика на цялото общество. Нормирането чрез планове е най-подходящият начин да се организира дадено населено място или дадена територия, тъй като тя притежава специфични, неповторими особености и индивидуалност, различна от другите. Петте типа територии в Р България, предвидени в Закона за устройство на територията (ЗУТ) – урбанизирани, земеделски, горски, защитени и нарушени, се определят с устройствените схеми и с общите устройствени планове на общини и на градове.

Още първият Закон за благоустройството на населените места в Царство България (1897 г.) предвижда изработване на улично-регулационни планове, планове за дворищни регулации и нивелетни планове. Законът за благоустройството на населените места (1941 г.) вече урежда изработване на общи градоустройствени планове за населените места. Тези планове са се приемали от Върховен градоустройствен съвет и са разпределяли терените, предвидени за държавни, общински и обществени нужди. Законът създава правила и за съставяне на улично-регулационни и дворищно-регулационни планове с общ характер. Подченени на обществените интереси, тези планове обхващат отреждането на недвижими имоти за мероприятия на общината, държавата и обществените учреждения, задължителни строителни лини по улиците, булевардите, площадите, като и образуването и определянето на размерите и очертанията и отреждането на отделните парцели. Законът за плановото изграждане на населените места (1949 г.) за първи път разделя градоустройствените планове на общи и частични, което деление е развито в следващия Закон за териториалното и селищното устройство (1973 г.) ЗТСУ се опитва да градира общите устройствени планове, като ги дели на Единен териториалноустройствен план за цялата територия, Общодържавни териториалноустройствени планове, Районни териториалноустройствени планове за отделна област или на територията на група общини, Районни териториално-устройствени планове за извънселищната територия на общините, Общи устройствени планове на населените места.

Предназначение на общия устройствен план

Общите устройствени планове (ОУП) се разработват за териториите на община, част от община, населено място – град, село и неговото землище, селищно образувание с национално значение. Те са въздигнати от ЗУТ в основата за цялостното

територи-ално устройство на общините, на части от тях или на отделни населени места с техните землища. Най-общо те се делят на два вида – ОУП на общини и ОУП на градове и селищни образувания с национално значение.

Както и устройствените схеми, ОУП също няма приложение за осъществяване на инвестиционни инициативи и най-вече за разрешаване на строителството (чл. 104, ал. 3 ЗУТ). Определя се като план с "политически" цели, който ни дава обобщена представа за устройствената политика на планиращия орган по отношение на съответната територия в средносрочен аспект. Той пренася нормите за ползване и застрояване на определена територия, съдържащи се в определен нормативен акт "върху конкретен терен".

Предвижданията на Общите устройствени планове, когато определят общата структура и преобладаващото значение на териториите, вида и предназначението на техническата инфраструктура, опазването на околната среда и обектите на културно-историческото наследство, са задължителни при изготвянето на подробни устройствени планове. Въведен е принципът за координация и подчинение на плановете и схемите – веки устройствен план се съобразява с предвижданията на устройствените схеми и планове от по-горна степен, ако има такива, и обратно – всеки план от по-ниска степен е по-пълна, по-подробна и конкретна разработка по отношение на по-висшестоящия план.

За прилагането на Общия устройствен план ЗУТ предвиди изработването на правила и нормативи, които трябва да съответстват на изискванията на наредба, която издава министърът на регионалното развитие и благоустройството – Наредба № 7 от 22.12.2003 г. за правила и нормативи за устройство на отделните видове територии и устройствени зони, в сила от 13.01.2004 г., (Обн. ДВ. бр. 3 от 13 Януари 2004 г.). Правилата и нормативите за прилагане на Общия устройствен план се одобряват едновременно с плана и са неразделна част от него.

ЗУТ детайлно е уредил и въпросите за кои територии се изработват Общи устройствени планове и какво определя Общият устройствен план за различните категории територии, за които такъв се изработва. Общи устройствени планове се разработват:

- за община и обхващат всички населени места в общината, заедно с техните землища;
- за част от общината, като обхващат група съседни землища с техните населени места;
- за населено място – град, заедно с неговото землище. Законът допуска територията, регулирана с Общия устройствен план, да не съвпада с землището на града;
- за селищно образувание с национално значение, съгласно Закона за административно-териториално устройство на Република България.

Създаване и съдържание на общия устройствен план

ОУП се създава за преспективен срок от 15-20 години, което показва неговия дългосрочен, рамков и директивен характер. Той съдържа текстови и графични материали.

Изработеният общ устройствен план на общината или на част от нея определя: 1. Общата структура на общия режим на тези територии, както и предназначението на съставните и структурните им части, като посочи местоположението и границите на териториите за населени места и селищни образувания; земеделски територии; горски територии; територии за природозащита; територии за културно-историческа защита; нарушените територии за възстановяване и територии със специално, друго или смесено предназначение; 2. Мрежите и техническите инфраструктури и връзките им с териториите на други общини; 3. Териториите с публична държавна и публична общинска собственост и режима на тяхното устройство; 4. Териториите с вероятно разпространение на предвидими бедствия и необходимите превантивни мерки и начин на устройство и защита; 5. Териториите за активно прилагане на мероприятия за устройване на ландшафта и естетическото им оформяне.

Общият устройствен план на града с неговото землище или на селищното образувание с национално значение включва: 1. Общата структура на общия режим на всяка от тези територии със съответните правила и нормативи – жилищни територии за обществено обслужване, спортно-рекреационни територии, територии с културно-историческо наследство, туристическо и вилно строителство, за мрежи и съоръжения с техническа инфраструктура, горски територии; за природозащита; нарушените територии за възстановяване, производствено-складови територии и други; 2. Териториите с публична държавна и публично общинска собственост и режима на тяхното устройство; 3. Изискванията към естетико-композиционното изграждане на територията. Когато плановете за регулация и режим на застрояване обхващат цялото населено място, те изпълняват ролята на общ устройствен план на това място.

Възлагането за изработване на ОУП се извършва от кмета на общината въз основа на решение на общинския съвет, когато те се финансират със средства от общинския бюджет. А когато изработването на ОУП се финансира от държавния бюджет, възлагането на изработването се извършва от МРРБ. Проектите за ОУП минават през две фази – предварителен и окончателен вариант. ОУП задължително минават през обществено обсъждане преди внасяне в експертните съвети по устройство на територията, което означава възможност за гражданско участие. Проектите за общи устройствени планове се публикуват в интернет страницата на съответната община и подлежат на обществено обсъждане преди внасянето им в експертните съвети по устройство на територията. Възложителят на проекта организира и провежда общественото обсъждане, като разгласява мястото, датата и часа на провеждане с обявление, което се поставя на определените за това места в сградата на общината, района или кметството, както и на други предварително оповестени обществено достъпни места в съответната територия – предмет на плана, и се публикува на интернет страницата на възложителя и на общината, в един национален всекидневник и в един местен вестник.

След това проектът се съгласува със заинтересованите централни и местни администрации. Кметът внася окончателния проект и допълнителните материали към него в общинския съвет, който приема ОУП с решение, което има характеристики-

те на административен акт. Решението на общинския съвет се изпраща в 7-дневен срок от приемането му на областния управител, който може в 14-дневен срок от получаването да върне незаконосъобразното решение за ново обсъждане или да го оспори пред съответния административен съд при условията и по реда на чл. 45 от Закона за местното самоуправление и местната администрация. Решението на общинския съвет се изпраща за обнародване в "Държавен вестник", ако не е върнато за ново обсъждане или не е оспорено пред съответния административен съд, а ако е оспорено – след приключване на съдебното производство. Решението е окончателно, тъй като не подлежи на оспорване. Теорията и практиката приемат, че ОУП не засягат пряко материални права и интереси на отделни граждани и организации. Неговите предвиждания нямат задължителен характер за отделните собственици на поземлени имоти и нямат пряко приложение за реализиране на инвестиционни инициативи. Освен това предвиденото в закона обществено обсъждане дава възможност за изразяване на становища и предложения, така че в създаването на плана е гарантирано широко гражданско участие.

Общинският съвет осъществява контрол върху изпълнението на ОУП. Кметът на общината е длъжен да внася за приемане от общинския съвет ежегоден доклад за изпълнението на ОУП на община, на населено място или селищно образувание и може да прави предложения за изменение на плана. Влезлите в сила общи устройствени планове могат да се изменят, когато: 1. настъпят съществени промени в обществено-икономическите и устройствените условия, при които е бил съставен планът; 2. възникнат нови държавни или общински нужди за обекти – собственост на държавата, на общините или на експлоатационните дружества; 3. възникнат инвестиционни инициативи, които ще се реализират със средства, осигурени по международни договори или от държавния бюджет, както и от инвеститори, сертифицирани по реда на Закона за насърчаване на инвестициите; 4. отпадне необходимостта от изграждане на сгради, мрежи и съоръжения за специални нужди на отбраната и сигурността на страната; 5. се констатира явна фактическа грешка, имаща значение за предвижданията на плана.

Общ устройствен план за селищни образувания с национално значение се одобрява със заповед на министъра на регионалното развитие и благоустройството след съгласуване с общинския съвет и приемане от Националния експертен съвет по устройство на територията, която се обнародва в "Държавен вестник".

Правна характеристика на общия устройствен план

Всеки ОУП се състои от графична и текстова част. Текстовата част съдържа правилата и нормативите по прилагането на плана. Един одобрен и действащ план съдържа общо приети норми за поведение и регулиране на инициативи и интереси, "одобреният план е закон", който трябва да се спазва стриктно. Във връзка с силно ограничените възможности за оспорване на Общите устройствени планове Ц. Сивков основателно поставя въпроса за правната характеристика на тези административни актове – дали това са общи или нормативни административни актове.

Според правната ни система нормативният административен акт съдържа общозадължителни правила за поведение, вторични (подзаконови) правни норми. Отнася

се за неопределен и неограничен брой адресати – отправен е към всеки, който може да се окаже в условията, предвидени в хипотезите на неговите правни норми. Понеже тези правила регулират повтарящи се обществени отношения, оттук и възможността за нееднократно прилагане, неизчерпващо се действие на предписанията (докато акта е в сила).

За разлика от нормативния, общият административен акт съдържа конкретно волеизявление спрямо неопределен брой адресати; създава за всеки от адресатите си точно определени права или задължения. На пръв поглед има пълно покритие между нормативния и общия акт по начина на определяне на адресатите. Понякога адресатите на общия административен акт (както и на нормативния) са не само неопределени, но и неопределяеми (или поне толкова трудно определяеми, че може да се каже – практически неопределяеми). В други случаи като че ли има известна по-голяма конкретизация при определяне адресатите на общия административен акт – те се определят по дадени признаци, като определении категории правни субекти (напр. притежатели на МПС, които трябва да се представят за технически преглед).

Но основното разграничение между тези два вида административни актове е в еднократното или многократно приложение на правилата на поведение. Предвиждания на ОУП, когато определят общата структура и преобладаващото значение на териториите, вида и предназначението на техническата инфраструктура, опазването на околната среда и обектите на културно-историческото наследство, са задължителни при изготвянето на подробните устройствени планове (чл. 104 ЗУТ). Спрямо тях те се явяват по-горестоящи в йерархията на юридическите актове в правната система. Подробните устройствени планове са ненормативни административни актове, за които в правната теория се води дискусия дали са от категорията на общите или на индивидуалните.

Изискванията към устройството на териториите се определят с концепции и схеми за пространствено развитие и устройствени планове в съответствие с действащата нормативна уредба. За осигуряване на целесъобразно устройство поземлените имоти могат да се групират в територии и устройствени зони, които се определят с общите и подробните устройствени планове. Всеки следващ, по-долустоящ етап от планирането се съобразява с планирането от по-горестоящ етап. Над тях в правната йерархи стои наредба за правилата и нормативите за устройство на отделните видове територии и устройствени зони, която се издава от Министъра на регионалното развитие и благоустройството.

Неразделна част от общия устройствен план са правилата и нормативите за неговото прилагане, които се изработват в съответствие с наредбите и се одобряват едновременно с плана. Предвижданията на ОУП са икономично осъществими, когато опазват в най-голяма степен съществуващи сгради и съоражения, когато планът може да се приложи с най-малко израсходвани средства, с възможно най-ограничени преустройства, премахване на сгради, неудобства, свързани с преместване на техните собственици, или пречки да си служат с имота. Тези правила се прилагат за всички новосъздадени подробни устройствени планове за целия период на действие на влезлия в сила ОУП!

Всичко това безспорно доказва, че правилата и нормативите заложени в един ОУП действат за неопределен период от време и се повтарят многократно при уреждането на нови обществени отношения, възникващи при приемането или изменението на подробни устройствени планове. Отделно на това за разлика от подлибните устройствени планове, адресатите на ОУП са неограничен и неопределен кръг от субекти, които попадат в териториалният му обхват през продължителния период на неговото действие. А целта обикновено е ОУП да се създава за преспективен срок от 15-20 години, което произлиза от неговия дългосрочен, рамков и директивен характер.

Тези разсъждения ни водят към изводи в посока на нормативния характер на общите устройствени планове, отговарящи и на трите основни елемента, свързани със степента на конкретизация – общо и абстрактно формулирани правила и нормативи, неопределен брой адресати и продължително и многократно приложение във времето. Ако примеме такава правна характеристика, от практическа гледна точка можем да разрешим и въпроса за съдебния контрол върху тези актове. Те следва да подлежат на оспорване под режима на Раздел III на Глава десета от АПК с широкото тълкуване и приложение на чл. 186, че всеки има интерес да живее в законосъобразна среда, още повече в жилищна, битова, екологична и социално-културна такава. Категорично не можем да приемем схващането, че правният интерес от оспорване на един ОУП се изчерпва единствено с инвестиционните строителни намерения. С ОУП се цели да се развиват, опазват и подобряват общественото здравеопазване, сигурност, удобство, добър ред, представителност, полицейска и противопожарна охрана и ред, общо благосъстояние, да се избегне излишна концентрация на населението, да се осигури съответно и ефективно снабдяване с транпорт, вода, канализация, училища, паркове, места и съоръжения за отдих, и други нужди и услуги, така също – да се съхранят, развият, използват и защитят природните ресурси в съответните местни територии. Правният интерес от законосъобразно развитие на тези обществени отношения е изключително широк и обхваща неопределен кръг от субекти.

Поддържането на баланс между индивидуалните и обществените интереси свързани с териториалноустройственото планиране и развитие трябва да е една от основните цели при тълкуването и прилагането на Закона за устройство на територията. Законът въздига в принцип схващането, че устройствените схеми и планове създават териториалната основа за устойчиво социално-икономическо сътрудничество. Разширя-ването на на индивидуалното пространство в населените места трябва да намери своята разумна мярка, защото при нарушаването ѝ едно населено място може да загуби своята формираща конструкция от обществени пространства, чрез които се защитават обществените нужди и изисквания. Но от друга страна вещните права върху недвижимите имоти са основни и важни, тъй като те имат особено голяма значимост при засягане на поземлени имоти, сгради и постройки. С нарушаването на индивидуални вещни права се стига лесно и до нарушаването на по-широки обществени права и интереси. Посяга се на територии, определени за публични обекти за широко обществени ползване, територии, които са не само

публична, но и изключително дъжавна собственост. И тук ролята на Общите устройствени планове се явява ключова в сравнение с всички други схеми и планове.

Литература

1. Джеров А., П. Еврев, К. Гегов, Кадастър. Имотен регистър. Устройство на територията, С., 2002.

2. Ковачев С. Коментар на Закона за устройство на територията, С., 2001.

3. Сивков Ц. Основи на устройството на територията (Курс лекции), С., 2008.

ОГРАНИЧЕНИЯ В ТЪРГОВСКИЯ СТАТУТ НА ЛЕЧЕБНИТЕ ЗАВЕДЕНИЯ

гл.ас. д-р Мария Радева,
катедра "Публичноправни науки",
Русенски университет "Ангел Кънчев",
mradeva@uni-ruse.bg

Резюме

Лечебните заведения в Република България, получават своя статут съгласно Закона за лечебните заведения. С изключение на изрично посочени лечебни заведения, всички останали се създават съгласно Търговския закон или Закона за кооперациите. С така получения статут, лечебните заведения участват в гражданския оборот.

ЗЛЗ поставя редица ограничения пред лечебните заведения като търговски субекти. Законът определя наименованията на търговските субекти, поставя ограничения пред извършваните от тях сделки, както и въвежда забрана за реклама.

Ключови думи: лечебни заведения, Закон за лечебните заведения

Summary

Medical-treatment facilities are established according to a special act. Medical-treatment facilities also have a commercial status.

The Medical-Treatment Facilities Act puts several restrictions on the medical-treatment facilities as commercial subjects. These restrictions regard the name, the registered scope of activity, the court registration.

Key words: medical-treatment facilities, Medical-Treatment Facilities Act, court registration

Юридическа персонификация на лечебните заведения

Съгласно българското законодателство медицинските и/или здравните услуги могат да бъдат извършвани единствено от правни субекти, които се институционализират и извършват дейност по реда и условията на Закона за лечебните заведения (ЗЛЗ). В същия закон се съдържа и легалната дефиниция на понятието "лечебно заведение". Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗЛЗ лечебни заведения са организационно обособени структури на функционален принцип, в които лекари или лекари по дентална медицина самостоятелно или с помощта на други медицински и немедицински специалисти осъществяват изрично посочени в закона дейности. От теоретична гледна точка, понятието лечебно заведение е правно качество, което се придобива от определени правни субекти, по реда на ЗЛЗ. С това специфично правно качество, правните субекти участват в правоотношенията, свързани с оказването на медицинска помощ.

Правното качество "лечебно заведение" е вторично правно качество. То се получава от правни субекти, които имат други, предходно правно качество. Предходно-

то правно качество, може да бъде определено като стопанско (или търговско). С това правно качество лечебните заведения участват в гражданския оборот – например сключват договор за покупко-продажба на медицинска апаратура, придобиват качествата работодател, осигурител и т.н. С оглед притежаваното стопанско правно качество лечебните заведения придобиват и качеството данъчно-задължено лице и др.

Правното качество "лечебно заведение" се придобива в резултат на определени административни процедури, уредени в ЗЛЗ. Съгласно чл. 3, ал. 3 от ЗЛЗ лечебните заведения осъществяват дейността си само след получаване на разрешение или извършване на регистрация. Регистрират се лечебните заведения за извънболнична помощ и хосписите (чл. 39, ал. 1). На разрешение подлежи осъществяването на дейността на лечебните заведения за болнична помощ, центровете за психично здраве, центровете за кожно-венерически заболявания, комплексните онкологични центрове, домовете за медико-социални грижи и диализните центрове (чл. 46, ал. 1).

Правното качество "лечебно заведение" може да бъде придобито от правни субекти, които отговарят на изискванията на ЗЛЗ. Законът, както и приложимите подзаконови нормативни катове, поставят редица специални изисквания, на които трябва да отговарят правните субекти, които искат да получат качеството лечебно заведение. Така например, съгласно чл. 46, ал. 3 от ЗЛЗ основните изисквания, на които трябва да отговарят устройството, дейността и вътрешният ред на лечебните заведения за болнична помощ и домовете за медико-социални грижи, се определят с наредба на министъра на здравеопазването. Правното качество "лечебно заведение" е съществено за субектите, предоставящи медицински услуги, защото това е целта на тяхното възникване. Но лечебните заведения са участници и в гражданския оборот. Предоставянето на медицинската услуга (в общия случай) е възмездна сделка. Следователно лечебните заведения получават определен финансов ресурс, който разходват за обезпечаване разходите си за дейността (апаратура, лекарствени продукти, консумативи, трудови възнаграждения за служителите и т.н.). Не всички, но в общия случай, лечебните заведения се създават с цел формиране на печалба за техните собственици.

С оглед изложеното е направен и изводът, че правното качество "лечебно заведение" е вторично, а първично е стопанското (търговското) правно качество. Необходимо условие за придобиване на правното качество "лечебно заведение" е правният субект на притежава качество, което му позволява да участва в стопанския оборот. Макар че предметът на ЗЛЗ да е правната уредба на устройството и дейността на лечебните заведения в Република България, законът съдържа и правни норми, относими към положението на лечебните заведения като стопански субекти. В този смисъл е и разпоредбата на чл. 3, ал. 1 от ЗЛЗ, съгласно която лечебните заведения, без тези по чл. 5, ал. 1, се създават по Търговския закон (ТЗ) или по Закона за кооперациите (ЗКооп), както и като дружества по законодателството на държава – членка на Европейския съюз, или на държава, страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, при спазване изискванията на цитирания закон.

Лечебните заведения като стопански субекти

Лечебните заведения, регистрирани като амбулатории за индивидуална практика (първична и специализирана) могат да бъдат създадени от посочените в ЗЛЗ правни субекти, със задължително притежавани правни качества. Посочените лечебни заведения могат да бъдат създадени от физически лица, които трябва да бъдат само лекари или лекари по дентална медицина (чл. 3, ал. 2, т. 1). Този вид лечебни заведения, осъществят своята стопанска дейност, респ. участват в данъчни и осигурителни правоотношения, с качеството "самоосигуряващо се лице".

Амбулаториите за индивидуална практика могат да се притежават и от правни субекти, възникнали по реда на Търговския закон – еднолични търговци или еднолични търговски дружества (чл. 3, ал. 2, т. 2).

Лечебните заведения за извънболнична помощ, извън посочените по-горе, както и хосписите (чл. 10, т. 5) се учредяват като търговски дружества или кооперации, както и като дружества по законодателството на държава – членка на Европейския съюз, или на държава, страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство (чл. 36, ал. 1, изр. 1). Държавата и общините самостоятелно или съвместно с други лица могат да бъдат собственици на лечебните заведения за извънболнична помощ. ЗЛЗ предвижда, че в тези случаи лечебните заведения възникват като дружества с ограничена отговорност или като акционерни дружества (чл. 36, ал. 1, изр. 2).

Лечебните заведения за болнична помощ, домовете за медико-социални грижи, центровете за психично здраве, центровете за кожно-венерически заболявания, комплексните онкологични центрове и диализните центрове могат да се притежават от държавата, общините, от юридически и физически лица. Стопанският субект, чиято медицинска дейност подлежи на разрешение по реда на ЗЛЗ, може да възникне като търговско дружество или кооперация, както и като дружество по законодателството на държава – членка на Европейския съюз, или на държава, страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство (чл. 37, ал. 1).

За изрично посочени лечебни заведения (чл. 5, ал. 1) ЗЛЗ не предвижда получаване на предхождащо стопанско/ търговско качество. Това са центровете за спешна медицинска помощ, центровете за трансфузионна хематология, лечебните заведения за стационарна психиатрична помощ, домовете за медико-социални грижи, в които се осъществяват медицинско наблюдение и специфични грижи за деца, центровете за комплексно обслужване на деца с увреждания и хронични заболявания, както и лечебните заведения към Министерския съвет, Министерството на отбраната, Министерството на вътрешните работи, Министерството на правосъдието и Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията. Посочените лечебни заведения се създават от държавата. Съгласно чл. 35, ал. 2 от ЗЛЗ, посочените в чл. 5, ал. 1 лечебни заведения са юридически лица на бюджетна издръжка за специфичните си функции.

От посоченото по-горе съществуват и две изключения. Лечебни заведения за стационарна психиатрична помощ могат да се създават и от други лица (чл. 5, ал. 2), а домове за медико-социални грижи се създават от общините и други юридически лица (чл. 5, ал. 3). От нормата на чл. 35, ал. 2 от ЗЛЗ, по аргумент за противното,

следва, че лечебните заведения по чл. 5, ал. 2 и ал. 3 следва да получат предходно търговско качество.

В обобщение на казаното, може да се направи извод, че правното качество "лечебно заведение" може да възникне по отношение на изрично посочени в ЗЛЗ правни субекти със съответно правно качество – физически лица (лекари; еднолични търговци) или юридически лица (търговски дружества по смисъла на ТЗ, кооперации, възникнали по реда на Закона за кооперациите). Изключение от това правило правят единствено лечебните заведения, които възникват, по силата на закона като юридически лица на бюджетна издръжка. Като бъде пренебрегнато посоченото изключение, правните субекти, притежаващи правното качество "лечебно заведение", на първо място получават съответна юридическа персонификация, с която участват в гражданския оборот, т.е. лечебните заведения са стопански субекти.

Законът за лечебните заведения, както и приложимите подзаконови нормативни актове, поставят редица условия за осъществяване дейността на лечебните заведения. Но ЗЛЗ съдържа и определени разпоредби, относими към правното положение на субектите, които ще придобият правното качество "лечебно заведение".

Наименование на субектите, притежаващи лечебно заведения

Изборът на наименование на правния субект (фирма, по смисъла на ТЗ) обикновено се свързва със свободата на стопанската инициатива. Но ЗЛЗ поставя императивно изискване относимо към наименованието на правите субекти, които ще притежават лечебните заведения. Разпоредбите в този смисъл са изключително непрецизни, непълни, но по аналогия се прилагат в посочения смисъл.

Съгласно чл. 36, ал. 4 от ЗЛЗ относно лечебните заведения за извънболнична помощ (чл. 8), домовете за медико-социални грижи (чл. 10, т. 4) и хосписите (чл. 10, т. 5) търговската регистрация на фирмата задължително трябва да съдържа пълното обозначение на съответния вид лечебно заведение по чл. 8 и чл. 10, т. 4 и 5. В същия смисъла е и разпоредбата на чл. 36а, ал. 3 от ЗЛЗ, относима към тъканните банки. Съгласно цитирания текст търговската регистрация на фирмата задължително трябва да съдържа пълното обозначение на лечебното заведение.

В чл. 9, ал. 1 и ал.2 от ЗЛЗ изрично се посочват видовете лечебни заведения за болнична помощ – болница за активно лечение, болница за продължително лечение, болница за рехабилитация, болница за продължително лечение и рехабилитация (т. 1) и многопрофилни или специализирани болници (т. 2). Съгласно чл. 37, ал. 6 от ЗЛЗ при търговската регистрация на фирмата задължително трябва да се вписва пълното или съкратеното означение на вида болнично лечебно заведение, посочен в чл. 9, ал. 1 и 2.

В цитираните разпоредби (чл. 36, ал. 4, ал. 36а, ал. 3, чл. 37, ал. 6) понятието фирма се използва за обозначаване на правния субект. Регистрират се едноличните търговски (чл. 58, ал. 1 от ТЗ), търговските дружества възникват от деня на вписването им в търговския регистър (чл. 67 от ТЗ). По смисъла на чл. 7, ал. 1 от ТЗ фирма е наименованието, под което търговецът упражнява занятието си и се подписва. Цитираните три разпоредби са и непълни, защото както беше посочено по-горе, определен вид лечебни заведения могат да осъществяват дейност и като коопера-

ции. Законът за кооперациите ползва понятието наименование, а не фирма. Въпреки некоректната и непълна уредба в ЗЛЗ, в практиката цитираните текстове се прилагат с оглед наименованието на всички стопански субекти, притежаващи лечебни заведения. В тази връзка е и предложението de lege ferenda за прецизиране на текстовете на чл. 36, ал. 4, ал. 36а, ал. 3, чл. 37, ал. 6 от ЗЛЗ. Същите следва да бъдат коректно разписани, при съобразяване уредбата на ТЗ и ЗКооп, като се отчете целта и на сега действащите текстове.

Въпреки сериозните забележки към цитираните разпоредби, целта им е ясна. Субектите, които ще притежават лечебно заведение, не разполага със свобода при избора на наименование. Изискването на ЗЛЗ, може да бъде определено като формално. Но то е свързано със статута, който лечебните заведения имат в обществото. С оглед защита правата на пациентите, те трябва лесно и еднозначно да могат да идентифицират правните субекти, предоставящи медицински услуги. Лечебните заведения следва ясно да бъдат ограничени от субекти с близка дейност (напр. извършващи козметични услуги), което се постига още с наименованието на правния субект.

Подобно изискване за формиране наименованието на субекта, извършващ определена дейност се съдържа и в други нормативни актове. Съгласно чл. 18, ал. 1 от Кодекса за застраховането фирмата на застрахователното акционерно дружество съдържа думата "застраховане" или нейни производни на български език. Съгласно чл. 121а, ал. 1 от КСО фирмата на пенсионноосигурителното дружество задължително съдържа в комбинация думите "пенсия" и "осигуряване" или производни на тях.

Предмет на дейност на субектите, притежаващи лечебно заведения

В посочените примери се открива и още една аналогия. Пенсионноосигурителното дружество има предмет на дейност единствено допълнително пенсионно осигуряване (чл. 121, ал. 2 от КСО). КЗ въвежда ограничения на дейността на застрахователите и презастрахователите (чл. 24 – 27).

Цитираните текстове на чл. 36, 36а и 37 от ЗЛЗ също въвеждат изискване спрямо предмета на дейност на субектите, притежаващи лечебно заведение. Съгласно чл. 36, ал. 3 от ЗЛЗ, относима към лечебните заведения за извънболнична помощ и хосписите, в предмета на дейност задължително се вписва осъществяването само на извънболнична помощ или на дейностите по чл. 27 (дом за медико-социални грижи) и 28 (хоспис). Съгласно чл. 36а, ал. 2 от ЗЛЗ в предмета на дейност на тъканната банка задължително се вписва осъществяването само на дейностите по чл. 28б. Съгласно чл. 37, ал. 2 от ЗЛЗ в предмета на дейност на дружествата или кооперациите задължително се вписва осъществяването само на болнична помощ и/или на дейностите по чл. 26, ал. 1, чл. 26а, ал. 1, чл. 26б, ал. 1, чл. 27, ал. 1 и чл. 28а, ал. 1.

Предметът на дейност е понятие, което се отнася към уредбата на Търговския закон и Закона за кооперациите (чл. 58, ал. 1, т. 4, чл. 115, т. 2 от ТЗ; чл. 2, ал. 3, т. 1 от ЗКооп). От гледна точка на ЗЛЗ, изискването на "предмет на дейност" може да бъде отнесено лечебните заведения. В този смисъл е разпоредбата на чл. 105, ал. 2 от ЗЛЗ, съгласно която в определена хипотеза паричните постъпления от продажба-

та или отдаването под наем на вещи на лечебните заведения остават изцяло в заведението и могат да се ползват само за финансиране на лечебната дейност и за инвестиции, пряко свързани с *предмета на дейност*. Предмет на дейност следва да се разбира дейността на субекта като лечебно заведение, т.е. извършването на медицински дейности. За дефиниране на специфичните дейности, които се извършват от лечебното заведение и за което то е регистрирано или е получило разрешение ЗЛЗ въвежда понятието "дейност на лечебното заведение". В този смисъл са разпоредбите на чл. 41, ал. 1, т. 6 (видове дейности, за които е регистрирано лечебното заведение), чл. 48, ал. 1, т.5 (медицинските специалности, по които лечебното заведение осъществява дейност) и др.

Разпоредбите на чл. 36, ал. 3, чл. 36а, ал. 2 и чл. 37, ал. 2 от ЗЛЗ визират предмета на дейност на създадения правен субект (ЕТ, търговско дружество, кооперация), който ще притежава лечебно заведение. Цитираните разпоредби са непрецизни от гледна точка на уредбата в ТЗ и Зкооп, но и в този случай ясна е целта на правната уредба. ЗЛЗ цели създаване на правна сигурност за пациентите. С въведения правен статут се цели ограничаване на лечебните заведения от всички останали стопански субекти, което се определя от специфичното място, което лечебните заведения заемат в обществените отношения.

Непрецизността на анализираните текстове следва да бъде преодоляна посредством законодателна промяна. В този смисъл е и направеното предложение de lege ferenda

Въведените ограничения в предмета на дейност на търговските субекти, притежаващи лечебно заведение кореспондира и с разпоредбата на чл. 3, ал. 4 от ЗЛЗ. Цитираната разпоредба въвежда забрана, която е приложима за всички лечебни заведения, независимо от притежавания търговски статут. Съгласно ЗЛЗ лечебните заведения не могат да извършват търговски сделки освен за нуждите на осъществяваните от тях медицински дейности и за обслужване на пациентите.

С оглед казаното по-горе може да бъде направен следния извод. ЗЛЗ въвежда двояко ограничение по отношение дейността на правните субекти – лечебни заведения. Ограничението за извършване единствено на лечебна дейност (в най-общия смисъл) е както по отношение на субектите, притежаващи лечебното заведение (чл. 36, ал. 3, чл. 36а, ал. 2 и чл. 37, ал. 2), така и по отношение на самото лечебно заведение (чл. 3, ал. 4)

Въведените, спрямо дейността на лечебните заведение, ограничения често се сочат като пример за нарушаване на принципа на свободната стопанска инициатива. Подобни твърдения не могат да бъдат приети. Посочените ограничения не създават пречки пред създаването и функционирането на лечебните заведения. Целта на правната уредба е институционализиране на правни субекти с особен стопански статут. Но притежаваното предходно правно качество е само една от предпоставките за получаване на правното качество лечебно заведение, което осигурява на тези субекти, участие е специфични обществени отношения – тези по предоставяне на медицински услуги.

Използвана литература

1. Зиновева, Д., Медицинско право, Сиела, 2016
2. Зиновева, Д., Правен режим на лечебните заведения, Книга първа. Създаване, управление, закриване, Силеа, 2000
3. Ташев, Р., Обща теория на правото, основни правни понятия, Сиби, 2010

ФИНАНСОВИЯТ КОНТРОЛ И ОДИТ – ТРАДИЦИИ И ПЕРСПЕКТИВИ

гл.ас. д-р Савина Михайлова-Големинова,
катедра "Административноправни науки",
ЮФ на СУ "Св. Климент Охридски",
s.mihaylova@law.uni-sofia.bg

Резюме

Докладът цели да направи преглед на традициите в българската правна доктрина относно финансовия контрол и одит, както и настоящите достижения и перспективи в тази област, както в теоретичен, така и в практически аспект, разгледани в контекста на членството на Република България в Европейския Съюз. Информацията, концепциите и изводите ще допринесат за общоприетото разбиране на финансовия контрол и одит.

Ключови думи: финансов контрол, одит, бюджет

Summary

The report aims to review the traditions in Bulgarian legal doctrine related to Financial Control and Audit, its current achievements and perspectives in this area from both the theoretical and practical point of view, in light of Bulgaria's EU membership. The information, concepts and implications outlined in the present report could contribute to the general understanding of Financial Control and Audit.

Key words: financial control, audit, budget

Контролът е елемент на понятието управление в смисъла на финансова дейност на държавни органи в сферата на държавното управление. "Властническият метод, чрез който се формират и организират финансовите отношения, е административноправният метод на регулиране; властническият метод на правно регулиране е наистина административноправен метод, но той търпи съществени модификации, когато се прилага, за да се организират парични отношения в система на финансови отношения; […] модификациите произтичат от необходимостта властническият метод да се приспособи към организираните чрез него обществени отношения. Той трябва да стане адекватен на финансовата материя." "Особеностите на властническия метод, които са израз на приспособяването му към паричните отношения, могат да се разкрият в три насоки:

а) относно правната уредба на пораждащите финансови правни отношения юридически факти и по-конкретно – относно властническите актове в тези юридически факти (фактически състави);

б) относно изпълнението на финансовите задължения; и

в) относно санкциите за неизпълнение на тези задължения."

Считам, че в днешно време, когато България е пълноправен член на ЕС, изцяло важи изразеното от проф. Г. Петканов и проф. М. Костов становище, че е необходимо да се прилага комплексен подход между юристи и икономисти по изследваната проблематика на управлението, координацията на управлението и контрола на публичните средства – европейски и национални, доколкото в центъра на системата стои бюджетът. "Публичните финанси са интердисциплинарно изучавана тема от икономически, правни и други социални науки. С оглед на различните си проявления публичните финанси са дефинирани посредством различни правни и икономически категории и институти. Българската финансовоправна теория се основава на правната концепция на финансите, според която публичните финанси са система от обществени отношения, които възникват по повод на разпределението и използването на националния доход, респективно на приходите на всяка социална или политическа даденост, и формирането и разходването на централизираните и децентрализираните им парични фондове, както и контрола върху тази дейност." **Следва да се базираме на общоприетата финансовоправна доктрина, а именно: "В определени случаи обаче отделни страни от обществените отношения се регулират не само и не единствено с норми на финансовото (бюджетното) право, а и с норми на държавното и административното право. Устройството и функционирането на […] държава е невъзможно да се регулира единствено с финансовоправни норми. Държавното право има за цел да уреди обществените отношения, съставляващи основата на обществено-икономическата система и политическата организация на обществото. […] административното право пък регулира обществените отношения, възникващи в процеса на държавното управление [...] Всички организационни положения на финансовата дейност се развиват на базата на държавното и административното право и се подчиняват на установените там принципи, защото по своето съдържание, методи и форми финансовата дейност в голямата си част се явява разновидност на изпълнително-разпоредителната, управленската дейност." Финансовият контрол е изследван в съвременната ни правната ни доктрина.**

Традициите в правната доктрина и практика в областта на финансовия контрол и одит са в основата на съвременните достижения и изисквания, произтичащи от членството на Република България в ЕС. Въпросите на **финансовия контрол** са тясно свързани публичните финанси на ЕС (чл. 310-325 ДФЕС). Прилагат се и **принципите, установени във финансовия регламент** (Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2012 относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета) и секторните регламенти за общата селскостопанска политика и кохезионна политика. С оглед на това **правните отношения в системата на публичните средства от фондовете на ЕС и кореспондиращото национално съфинансиране са обхванати от третата и четвъртата група обществени отношения, които са предмет на правно регулиране от финансовото право – тези по повод разходването и използването на бюджетните средства (европейски и национални) и контролът върху тази дейност.** От анализа на действащото европейско и национално законодателство, както

и от гледна точка на финансовоправната и административноправната теория, може да се поддържа тезата, че **обществените отношения в системата за управление, контрол и координация на публичните средства от фондовете по общата селскостопанска и кохезионна политика на ЕС и кореспондиращото национално съфинансиране, се обособяват и идентифицират на база на теорията за ФПО, развита в труда на проф. Милчо Костов "**Финансови правни отношения", придавайки ѝ ново, съвременно звучене, още повече, че в центъра на системата стои бюджетът и става въпрос за бюджетни (финансови) отношения.

В условия на членство в ЕС се прилагат общите, международно приети принципи за добро финансово управление и контрол в областта на държавен вътрешен финансов контрол; външния и вътрешния одит; мерките за контрол, касаещи собствените ресурси на ЕС; мерките за защитата на финансовите интереси на ЕС в областта на **собствените приходи и разходи на ЕС.**

Стоят и редица предизвикателства пред доктрината и практиката на националните съдилищата досежно прилагане на правото на ЕС в областта на финансовото право.

В. Димитров посочва по отношение на финансовия контрол[1] като институт на българското финансово право: "Тези промени проблематизират традиционния смисъл, който досега се е влагал в понятието за финансов контрол, поставят неизбежни въпроси за неговото съдържание, отделни компоненти и обхват, съответно за наличието на вътрешносистемни качества, за адекватността на нормативната му уредба и, в крайна сметка, за мястото в системата на позитивното финансово право. На тези въпроси може да се даде отговор, само ако тези проблеми се разглеждат и анализират в по-широкия контекст на такива явления и съответно научни понятия (теоретичните конструкции), които ги отразяват, като "финансова система", "система на финансовоправно регулиране", "публични финанси", "финансово управление и контрол в публичния сектор".

За пръв път в действащото ни законодателство е дадено легално определение на понятието **"финансов контрол"** в § 1, т. 11 от ДР на Закона за Сметната палата (ЗСмП): ***всяка форма на контрол, свързана с управлението на публични средства и дейности, осъществявана чрез специализирани правомощия и процедури, включително бюджетен контрол, финансов инспекционен контрол, данъчен контрол, митнически контрол и други подобни.*** **"Одит" е проверката, която включва действията по събиране и анализиране на финансова и нефинансова информация за оценка на управлението на бюджетните и другите публични средства и дейности и на отчетността в одитирания обект с цел подобряването им. (**§ 1, т. 1 от ДР на ЗСмП).

С оглед на горното, в заключение считам, че: има необходимост от преосмисляне от страна на академичните среди на основата на традициите в правната доктрина и практика, на четвъртия елемент от предмета на правно регулиране на финансовото право след десет години членство на България в ЕС; ефективният финансов контрол е гаранция за спазване на принципа за добро финансово управление; ефективното, ефикасно и икономично управление на европейските и националните публичните средства предполага и силен финансов контрол и одит; налице е необхо-

димост от трансфер на знания в областта на финансовия контрол и одит към страните от Западните Балкани, с оглед на тяхната европейска перспектива.

Библиография

1. Ангелов, А. Финансово право на Народна Република България. С., 1960.; 4 преработено изд. С., 1975.
2. Дерменджиев, И., Д. Костов, Д. Хрусанов. Административно право на Република България, 2010.
3. Димитров, В. Публични финанси, финансова система, финансово право. Икономически и социални алтернативи, 2016.
4. Димитров, В. Публични финанси, финансова система, финансово право. Икономически и социални алтернативи, 2016.
5. Димитров, В. Финансовият контрол като институт на българското право. Правна мисъл, 2013.
6. Димитрова. Е. Финансова система на публичните финанси на ЕС, в: Предизвикателства пред финансовото управление и контрол на средствата от ЕС. Доклади от международна научно-приложна конференция, проведена през ноември 2016 г. в гр. София. УИ "Св. Климент Охридски", 2016.
7. Златарев, Е. Държавен вътрешен финансов контрол и имуществена отговорност. Сиела, 2003.
8. Златарев, Е. Държавна финансова инспекция и имуществена отговорност. С., Сиела, 2007.
9. Златарев, Е. Държавна финансова инспекция и имуществена отговорност. С., Сиела, 2007.
10. Златарев, Е. Митническо право. Сиела, 2006.
11. Златарев, Е., Христофоров, В. Финансово право на НР България. С., 1983.
12. Караниколов, Л. Данъчен облагателен акт, 1995.
13. Караниколов, Л. Данъчният облагателен акт. С., 1995.
14. Караниколов, Л. Държавен финансов контрол. Сборник с нормативни актове с въведение, 1999.
15. Костов, М. Имуществена отчетническа отговорност. С., БАН, 1968.
16. Костов, М. Финансова система и система на финансовоправно регулиране. Законодателни проблеми. С., БАН, 1986.
17. Костов, М. Финансова система и система на финансовоправно регулиране. С.: БАН, 1986.
18. Костов, М. Финансови правни отношения.
19. Костов, М. Финансови правни отношения.
20. Костов, М. Финансови правни отношения. С., БАН, 1979.
21. Костов, М. Финансови правни отношения. С., Издателство на БАН, 1979.
22. Кучев, Стр. Акт за начет. С., 1999.
23. Кучев, Стр. Данъчен ревизионен акт, съставен при редовна отчетност, кн. 1, 2000.
24. Кучев, Стр. Данъчно изпълнително право, изпълнение на публичните вземания, 2000.

25. Кучев, Стр. Данъчно право, 1997.
26. Кучев, Ю. Държавен финансов контрол. Организация, обект, субекти и реализация на имуществената отчетническа отговорност. С., ЛиСтра, 2010.
27. Петканов, Г. Данъчен процес, 1996.
28. Петканов, Г. Цит. съч.
29. Стоянов, И. Механизъм на управление на публичните финанси. С., Фенея, 2011.
30. Стоянов, Ив. Механизъм на управление на публичните финанси. С., 2011.
31. Стоянов, Ив. Финансово право. Пето издание. Сиела, 2017.
32. Стоянов, П. Данъчно право, 1994.
33. Стоянов. И. Видове контрол за законност в сферата на публичните финанси. С, Фенея, 2004.
34. Стоянов. И. Видове контрол за законност в сферата на публичните финанси. С., Фенея, 2004.

ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ В МЕЖДУНАРОДНОТО ЧАСТНО ПРАВО

доц. д-р Диана Маринова,
катедра "Международно право и право на ЕС",
ЮФ на УНСС,
e-mail: diana_marinova_1966@abv.bg

Резюме

В доклада се анализира правната същност на потребителските договори съгласно КМЧП, Римската конвенция и Регламент "Рим I".

Особено внимание е отделено на приложимия закон, който урежда този вид договори. Принципното положение е, че се прилага избраното от страните право. При липса на избор се прилага правото на държавата, в която потребителят има обичайното си местопребиваване.

В изложението се прави сравнителноправно изследване на уредбата по КМЧП и актовете на ЕС – източници на международното частно право (МЧП) в тази област. Целта на това изследване е да се направят изводи, въз основа на които да се препоръчат някои промени за усъвършенстване на правното регулиране на потребителските договори с международен елемент.

Ключови думи: Потребителски договори, МЧП, КМЧП, Римска конвенция, Регламент "Рим I", приложим закон

Abstract

In the presented paper the legal essence of consumer contracts has been analyzed according to Private International Law Code, Roma Convention and EU Regulation "Roma I".

A special attention is paid to the applicable law regulating those type of contracts. The principle is that in such cases contact's countries have the right to choice the applicable law. If the applicable law has not been chosen, the applicable is the law of country where the consumer has his usual place of residence.

In the expose a comparative legal analysis has been made dealing with the regulation in Private International Law Code and the acts of EU as a sources of Private International Law in this field. The aim of this analysis is to make some conclusions and as a result of them to propose some changes to improve the legal regulation of consumer contracts with international element.

Key words: Consumer contracts, Private International Law, Private International Law Code, Roma Convention, EU Regulation "Roma I", Applicable law

Увод

В настоящия доклад се анализира правната същност на потребителските договори с международен елемент, както и тяхната правна уредба съгласно КМЧП и актовете на ЕС. Посочват се и се анализират някои важни легални определения в тази материя – потребителски договор, потребител, особена стълкновителна защита и др.

Поставя се акцент върху необходимостта от специална защита на потребителите като икономически по-слаба страна в правоотношенията. Използван е предимно сравнителноправният подход – сравнява се правната уредба по националните източници и наднационалните актове на ЕС.

Целта на това изследване е да се направят изводи, въз основа на които да се препоръчат някои промени за усъвършенстване на правното регулиране на потребителските договори с международен елемент.

1. Понятията "потребител" и "потребителски договор" в международното частно право на Република България

В чл. 95, ал. 1 от Кодекса на международното частно право (КМЧП) се съдържа легално определение на понятието "потребителски договор", което определя характерните особености на договора, присъщи и случаите с проява на международен елемент. Съгласно това определение "договор, сключен с потребител, е договорът, по който едната от страните е лице, което придобива стоки, ползва услуги или получава кредит за свои нужди или за нуждите на свои близки, а не за продажба, производство или упражняване на занаят". Уредбата в националния източник на международното частно право (МЧП) на Република България съответства на уредбата в европейските източници но международно-частноправни норми в областта на потребителските договори и защитата на потребителите. Така, съгласно чл. 5, § 1 от Римската конвенция за приложимото право към договорните задължения предмет на потребителския договор е "предоставянето на стоки или услуги на лице (потребител) за ползване, което може да се счете, че излиза извън неговото професионално занятие или дейност, или договор за кредитиране на такова предоставяне". Не става ясно дали ако договорът само частично се отнася до придобиване на стоки или ползване на услуги за целите на упражнявано занятие, той също би могъл да се квалифицира като потребителски договор и дали това би било възможно, но само при условие, че потребителят действа главно извън кръга на търговската или професионалната си дейност, каквито съждения има в доктрината. По мое мнение този текст следва изрично да бъде посочен в легалното определение, за да няма необходимост от тълкуване.

Наред с това, така цитираните по-горе дефиниции не дават отговор на въпроса дали лицето, предоставящо стоките, услугите или кредита, следва да извършва това задължително в рамките на своята търговска или професионална дейност и дали е наясно с факта, че договаря с лице, което е потребител по смисъла на тези дефиниции. Нещо повече, ако получателят на стоките, услугите или кредита упражнява търговска или друга професионална дейност, близка да предмета на потребителския договор, но в случая на неговото сключване действа извън кръга на занятието си или преимуществено извън кръга на занятието си, това би могло да не бъде известно на другата договаряща страна, нито пък разумно да се очаква от нея да ѝ бъде известно. В такъв случай договорът не би следвало да се определя като потребителски. Следователно, това би довело и до неприлагане на специалните отпращащи норми на чл. 95 от КМЧП и чл. 5 от Римската конвенция.

От посоченото може да се направи изводът, че понятието "потребителски договор" е тясно свързано с понятието "потребител", без изясняването на което не може да се даде точна правна характеристика на този вид договор, включително и в областта на МЧП. Ключов момент в определението е посочването, че лицето придобива стоките или ползва услугите или кредита за лични или семейни нужди. Друг важен момент е уточнението, че договорът е сключен извън търговската или професионална дейност на лицето, определено като потребител. Не може да не се отбележи обаче, че понятието "потребител" не е изрично и отделно дефинирано в КМЧП и Римската конвенция, а е преплетено в дефиницията на понятието "потребителски договор". Оттам според мен идват и възможностите за евентуални неправилни тълкувания, както и до неправилни изводи относно приложимостта на тази уредба в някои случаи, каквито са например посочените по-горе за лица, действащи като потребители извън кръга на занятието си. Би било по-удачно да се дефинира и понятието "потребител", както това е направено във вътрешното българско законодателство относно потребителските договори без проява на международен елемент. Така, според § 13, т. 1 от Допълнителните разпоредби на Закона за защита на потребителите (ЗЗП) потребител е "всяко физическо лице, което придобива стоки или ползва услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност, и всяко физическо лице, което като страна по договор по този закон действа извън рамките на своята търговска или професионална дейност". От една страна, както правилно се изтъква от някои автори, по-общата дефиниция на понятието "потребителски договор" в източниците на МЧП цели да предотврати евентуални стълкновения между национални закони в тази област в държавите.членки на ЕС. От друга страна, не мога да се съглася със съждението, че по този начин се защитава по-добре по-слабата страна в правоотношението, а именно-потребителя. Напротив, при тази уредба в актовете – източници на норми на МЧП, е възможно да се стигне дотам, че за даден договор, който е потребителски, тъй като е сключен от едно лице именно в качеството му на потребител, извън кръга на професионалната му дейност, да се окажат неприложими стълкновителните норми за този вид договори и, респективно, режимът на потребителска защита.

По-сполучлива, опростена и ясна структура има определението на потребителския договор, дадено в Регламент 593/2008 на ЕП и Съвета от 17.06.2008 г. (Регламент Рим I). Съгласно чл. 6, § 1 от Регламент Рим I "договор, сключен от физическо лице с цел, която може да се смята, че е извън неговото занятие или професия "потребител"), с друго лице, което упражнява своето занятие или професия ("професионалист"), се урежда от правото на държавата, в която е обичайното местопребиваване на потребителя, при условие че професионалистът:

а) извършва своята търговска или професионална дейност в държавата, в която е обичайното местопребиваване на потребителя, или

б) по какъвто и да било начин насочва тази дейност към съответната държава или към няколко държави, включително и тази държава, и договорът попада в обхвата на тази дейност." Това определение се съдържа в стълкновителна (отпращаща) норма, която отпраща единствено към правото на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя, за разлика от определението по Римската конвен-

ция, чиято последица може да бъде паралелно прилагане на дадено право към търговеца/професионалиста и на императивните норми на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя, целящи закрилата на интересите на последния. По този начин принципът за защита на по-слабата страна при потребителските договори е по-успешно установен. Привързването тук към правото на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя не може да се дерогира от прилагането на правото на държавата, с която договорът е най-тясно свързан (принципът на най-тясната връзка – "lex proxima"). Условията по чл. 5, § 2 от Римската конвенция са заместени от критерия, свързан с това към какво е насочена дейността. Този критерий очертава обхвата на установената чрез отпращащата норма защита на потребителя. За разлика от Римската конвенция, Регламент Рим I не изисква потребителят да е предприел действия по сключване на договора в държавата по обичайното си местопребиваване. Това се обяснява главно с развитието на електронната търговия в съвременния свят. Отпращащите норми на чл. 6 от Регламент Рим I не съдържат изброяване на договорите, за които потребителят може да ползва предвидената стълкновителна защита, т.е. предметът на договора не е посочен изрично като критерий. Приложното поле на правната уредба на потребителската защита е разширено до всички потребителски договори, с изключение на изрично посочените в § 4 на чл. 6. Регламентът се прилага и към договори, които не са обхванати в уредбата по Римската конвенция и КМЧП – за наем и кредит, които не са свързани с продажба на стоки или предоставяне на услуги, за наем на ваканционни жилища в чужбина, рекламирани в държавата по обичайното местопребиваване на потребителя, за договори за частично ползване на недвижими вещи за определен период от време (т.нар. "timesharing"), както и за договори, чиито обекти са нематериални. Следва да се подчертае и фактът, че съгласно уредбата по Регламент Рим I не е необходимо обичайното местопребиваване на потребителя да бъде в държава-членка на ЕС.

Чрез посочения гъвкав критерий по чл. 6 на Регламент Рим I се постига и съответствие между компетентен съд и приложимо право по силата на чл. 17 и чл. 18 от Раздела за потребителските договори (Раздел IV) на Регламент 1215/2012 от 12 декември 2012 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела, в сила от 2015 г.

Следва да се има предвид и фактът, че защитата на потребителите в рамките на МЧП на ЕС е в значителна степен хармонизирана чрез директиви. Те се основават на европейската политика за потребителска защита, установена в Договора за европейската икономическа общност (ДЕО), Договора от Маастрихт, Лисабонския договор, Стратегиите за политика на потребителите и др.

Важна роля за разбирането на понятията "потребителски договор" и "потребител" в МЧП и практиката на Съда на ЕС (СЕС). Така например, по делото Benincasa v. Dentalkit е постановено Решение C-269/95 от 19957 г., в което се посочва, че за да се определи дали лицето има качеството "потребител", следва да се вземе предвид позицията, която това лице заема по договора, както и целта и естеството на договора, а не субективното положение, в което се намира лицето. От това съдът прави извода, че само договори, чиято цел е да удовлетворят личните нужди на лицето,

получаващо стоките, попадат в обхвата на уредбата на потребителските договори. Това означава също, че специалната процесуална уредба (към момента на постановяване на решението тя се е съдържала в Регламент № 44/2001, а сега се съдържа в заменилия го Регламент 1215/2012), отнасяща се за потребителите, представлява изключение от общия принцип, че искът трябва да бъде предявен в държавата, където се намира местожителството на ответника. Специфичната уредба на международната компетентност при потребителските договори трябва да се тълкува ограничително.

2. Действие на принципа на автономията на волята при потребителските договори. Граници на автономията на волята

Специалната уредба на потребителските договори в МЧП посредством отпращащи норми се обуславя от присъщата им особеност да предоставят защита на потребителя като по-слаба страна по правоотношението. Тези договори се сключват между икономически силни правни субекти, извършващи по занятие или съобразно правно-организационната си форма търговска дейност или друга професионална дейност, от една страна, и физически лица-потребители, от друга страна. Потребителите не извършват тази дейност по занятие и поради това не разполагат с професионални знания, умения и информация относно договора, който ще сключват. Поради това те често се присъединяват към договорните условия, едностранно изготвени от другата страна. За да се защитят интересите им, съвременните законодателства въвеждат комплекс от специални императивни норми – материални и процесуални, които целят защита на икономическите интереси на потребителите, както и защитата им срещу рисковете от получаване на стоки или услуги, застрашаващи живота, здравето и имуществото им. На плоскостта на МЧП тези цели се постигат чрез въвеждането на специални отпращащи (стълкновителни) норми в МЧП на всяка държава, определящи приложимия закон за потребителските договори с международен елемент. Като се зачита и уредбата в актовете на ЕС, тези специални МЧП норми следва да се вземат предвид. По този начин би могло да се квалифицира автономно във всяка държава понятието "потребителски договор" от гледна точка на МЧП уредбата във всяка държава-членка на ЕС, без да се обезсилва общата МЧП уредба на ниво ЕС.

Специалните отпращащи норми се съдържат в чл. 95, ал. 2 от КМЧП и чл. 5, § 2 от Римската конвенция. В тях се предвижда, че потребителският договор с международен елемент се урежда от избраното от страните право. И в двата текста обаче се съдържа важното уточнение, че изборът на приложим закон не трябва да води до лишаване на потребителя от защитата, която му осигуряват повелителните норми на правото на държавата, в която се намира неговото обичайно местопребиваване, когато:

- Сключването на договора в тази държава е предшествано от конкретна покана към потребителя или от реклама и потребителят е предприел в същата държава всички необходими за сключването на договора действия, или

- Другата страна по договора или неин представител са получили поръчка от потребителя в тази държава, или
- Договорът се отнася до продажба на стоки и продавачът, с цел да убеди потребителя да направи покупка на стоки, е организирал пътуване на потребителя в друга държава, в която потребителят е направил поръчката.

От съдържанието на тези норми се стига до извода, че в тях е установено отклонение от основния принцип на МЧП в областта на договорните отношения – принципът на неограничен свободен избор на приложимо право към договорите с международен елемент (чл. 93 от КМЧП). Изборът на закон не може да дерогира императивните норми на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя, които са специално предназначени за неговата защита. Особената цел на тези норми, а именно – предоставяне на защита на потребителя, ги въздига в особени императивни норми, т.е. те задължително трябва да бъдат взети предвид, за да не се стигне до злоупотреба с принципа на автономия на волята от страна на преговарящия с потребителя съдоговорител. Поради това по мое мнение е уместно да се твърди, че те всъщност са особени императивни норми по смисъла на чл. 46 от КМЧП, за разлика от други становища в противния смисъл. Не мога да се съглася обаче с назоваването им като "свръхимперативни"[1], което по моему е лишено от ясно определение.

В българското национално право такива особени императивни норми за защита на потребителите са установени в ЗЗП. Те предвиждат право на потребителите на информация, защита на потребителите при обозначаване на цените на стоките и услугите, правила за безопасност на стоките, свързани с нормалните и предвидими условия за употреба на стоките, например относно техния срок на годност. От изключителна важност е нормата на чл. 139 от ЗЗП, която предвижда най-тежката неблагоприятна правна последица за клауза в договора, а именно – нищожност, ако тази клауза освобождава от отговорност или ограничава отговорността на производителя за вреди, причинени на потребителя. Такива императивни норми са и нормите относно правото на рекламация, правилата за нищожност на неравноправните клаузи в договорите, както и нормите относно прилагането на съвременни методи за решаване на потребителски спорове.

Не може да не се отбележи обаче, че липсва ясен и точен критерий за определяне кои норми от националното законодателство именно попадат под определението "повелителни норми на държавата по обичайното местопребиваване" на потребителя по смисъла на чл. 95, ал. 2, изр. второ от КМЧП и чл. 5, § 2 от Римската конвенция, които са със значение на особени императивни защитни норми. За всеки конкретен случай правоприлагащият орган трябва да преценява поотделно, като взема предвид естеството на нормите от гледна точка на правния ред, на който те принадлежат. Наред с това, тай следва да ги сравни с нормите на избраното от страните право, които биха могли да се окажат по-благоприятни от тях за потребителя. Това води до така наречения "dépeçage" (фр.) – разделяне на правоотношението, което възниква при потребителския договор с международен елемент, между избраното право и правото на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя. Това би довело до доста затруднения в правоприлагането, поради което в някои

държави автономията на волята не се допуска. Така например, съгласно швейцарския Закон за МЧП се изключва възможността за избор на приложимо право и се установява като приложим закон за потребителските договори с международен елемент законът по обичайното местопребиваване на потребителя. Тук обаче следва да се изтъкне, че Швейцария като държава която не е членка на ЕС, не е обвързана с изискването за съблюдаване на нормите на правото на ЕС като наднационално право. От текстовете на разпоредбите в европейското МЧП и КМЧП се стига до обратния извод – даване на превес на избраното от страните право. При това положение следва да се подчертае, че а в бъдеще, с оглед усъвършенстване на нормативната уредба, е уместно да се определи по-ясно в източниците на МЧП кои норми се имат предвид, когато се говори за "повелителни норми на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя". Наред с това, не може да не се вземе предвид, че самото понятие "обичайно местопребиваване" в съвременния свят невинаги може да бъде ясно дефинирано, макар и в съответното национално законодателство да има легално определение (както е в чл. 48, ал. 7 от КМЧП).

Друга важна особеност на съвременните потребителски договори, е все по-честото им сключване по интернет. Ако вземем например една от хипотезите на проявление на ограничаването на автономията на волята – сключване на договора в държавата по обичайното местопребиваване на потребителя, предшестван от конкретна покана към него или от реклама, то за да е приложим особеният режим на потребителската защита, рекламата трябва да е насочена конкретно към територията на дадената държава (по обичайното местопребиваване на потребителя). Това на практиката много рядко се случва при договорите, сключвани по интернет. Обикновено търговецът е готов да продаде стоката или да извърши услугата на лицето-потребител, независимо на територията на коя държава се намира то. Следователно, той следва да съобрази повелителните норми на всяка държава, в която се намира обичайното местопребиваване на лица, предприели действия към сключване на договор в качеството им на потребители. Това в още по-голяма степен води до извода за необходимостта от по-ясно определяне в източниците на МЧП на понятието "повелителни норми на държавата по обичайното местопребиваване" с цел да се избегне различното му тълкуване от сезираните правоприлагащи органи.

Регламент Рим I също урежда автономията на волята при потребителските договори. По смисъла на чл. 6, § 2 от Регламента страните могат да изберат приложимото право за договор, който отговаря на изискванията на § 1, т.е договор, който е потребителски съгласно определението в Регламент Рим I. Този избор обаче не може да лишава потребителя от защитата, която му предоставят повелителните норми на държавата, чието право би било приложимо при липса на избор (държавата по обичайното местопребиваване на потребителя). Следователно, подходът, възприет в Регламент Рим I, е идентичен с този по Римската конвенция. Единствената разлика се състои в начина, по който е очертан кръгът на потребителските договори, за които се отнася специалната защита чрез механизма на отпращащите норми, ограничаващи автономията на волята.

На практика, и по Римската конвенция, и по Регламент Рим I, приложимото право към потребителските договори с международен елемент се определя чрез ком-

биниране на привръзките "право на държавата, избрано от страните (lex voluntatis)" и "право на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя (lex loci habitationis)".

3. Приложимо право към потребителските договори с международен елемент при липса на избор

Съгласно чл. 95, ал. 3 от КМЧП и чл. 5, §3 от Римската конвенция при липса на избор на приложимо право потребителските договори с международен елемент се уреждат от правото на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя. Това е на пръв поглед отклонение от принципа на най-тясната връзка, установен както от българското (чл. 94 от КМЧП), така и от европейското, наднационално МЧП (чл. 4 от Римската конвенция), според който при липса на избор на право се прилага правото на държавата, с която договорът е най-тясно свързан ("lex proxima") При договорите това е правото на държавата на носителя на характерната по договора престация, какъвто в случая несъмнено е търговецът. Това би влязло в пряк дисонанс с идеята за защита на потребителя като по-слаба страна по договора. Всъщност привързването на правоотношението към правото по обичайното местопребиваване не противоречи на принципа на най-тясната връзка, тъй като уреждането правоотношение по потребителския договор е в най-тясна връзка именно с това приложимо право.

4. Изключения от особения режим на автономията на волята при потребителските договори с международен елемент

Съгласно чл. 95, ал. 4 от КМЧП и чл. 5, §4 от Римската конвенция разпоредбите им относно особения режим на автономията на волята, целящи нейното ограничаване с оглед защита на интересите на потребителите, не се прилагат за договори за превоз на стоки и за договори за услуги, когато услугите се предоставят на потребителя изключително в държава, различна от тази по обичайното му местопребиваване. Основанието за изключване на договорите за превоз е, че те се подчиняват на самостоятелна уредба чрез отпращащи норми на МЧП. Колкото до втората хипотеза – договорите за услуги, предоставяни в държава, различна от държавата по обичайното местопребиваване, решаващото основание за лишаване на потребителите от защитата чрез повелителни норми на държавата по обичайното местопребиваване е доброволното отклоняване на потребителите от прилагането на правото на тази държава. Тези потребителски договори ще се подчиняват на общия режим по чл. 93 и чл. 94 от КМЧП, както и по чл. 3 и чл. 4 от Римската конвенция.

На тази уредба по КМЧП и по Римската конвенция кореспондира уредбата по Регламент Рим I, съгласно която, ако изискванията на чл. 6, §1, б. "а" или б. "б" от Регламента не са изпълнени, приложимо е правото, избрано от страните по договора. Такива са на първо място договорите за предоставяне на услуги, когато услугата се предоставя изключително в държава, различна от държавата по обичайното местопребиваване на потребителя. Основанието за изключване на тези договори от кръга на договорите със специална стълкновителна защита на потребителите е като

основанието за изключването им съгласно чл. 5, §4, б. "б" от Римската конвенция, а именно, че потребителят е предпочел да получи стоки или услуги в чужда държава и да не се ползва от закрилата, предвидена в държавата по обичайното му местопребиваване.

Второ, извън приложното поле на потребителската защита са договорите за превоз, с изключение на договорите за пакетни пътувания, които първоначално се уреждат от Директива 90/314/ЕИО на Съвета, отменена впоследствие от Директива (ЕС)2015/2302 на ЕП и на Съвета от 25.11.2015 г. относно пакетните туристически пътувания и свързаните с тях пътнически услуги, в която сега е включена тази уредба. Под пакетни пътувания се имат предвид пакетни туристически пътувания, пакетни туристически ваканции и пакетни туристически обиколки. Това изключение съответства на уредбата по чл. 5, §4, б. "а" от Римската конвенция и се обяснява с факта, че тези договори обикновено се регулират от унифицирани международноправни норми, както и от това, че прилагането на правото по обичайното местопребиваване на потребителя би довели до прилагане на много правопорядъци, което от международно-частноправна гледна точка е неуместно, тъй като би довело до затруднения.

Трето, от специализираната защита по Регламент Рим I са изключени и договорите за вещни права върху недвижими вещи или за наем на недвижими вещи (чл. 6, §4). Това изключение обаче има изключение – то не се отнася за договорите за временно ползване на недвижими вещи. Основанието за изключването по чл. 6, §4 от Регламент Рим I е, че сделките с недвижими имоти са тясно свързани с правото на държавата по вписването им в нарочен регистър.

Четвърто, извън обхвата на специалната стълкновителна защита по Регламент Рим I остават и договорите, свързани с правата и задълженията по емитиране или публично предлагане на прехвърляеми ценни книжа, както и по записването и обратното изкупуване на дялови единици в предприятия за колективно инвестиране. Условието е тези действия да не съставляват предоставяне на финансова услуга. Основанието за изключване на тези договори от приложното поле на специалната защита на потребителите, посочено в съображенията по Регламент Рим I, е подобно на съображението за изключването на договорите за превоз, а именно евентуалното прилагане на различни правопорядъци, което е нецелесъобразно. Необходимо е постигане на еднообразие в реда и условията за емитиране, предлагане или изкупуване.

Накрая, последното изключение от обхвата на специалната стълкновителна защита на потребителите представляват договорите,сключени в рамките на многостранна система, която обединява или улеснява обединяването на интереси на трети лица за покупката и продажбата на финансови инструменти (чл. 6, §4, б. "д").

Може да се направи общият извод, че независимо от предвидената специална уредба на потребителската защита на международно-частноправно ниво, предоставящият стоките, услугите или кредита може да я заобиколи, като предвиди в договора клауза за избор на право на държава-членка, която не е въвела в националното си законодателство съответните директиви на ЕС, или пък право на държава-нечленка на ЕС. Това е възможно, като се има предвид, че обикновено търговецът

предоставя едностранно клаузите на договора, с които впоследствие потребителят се съгласява. По такъв начин специалната правна закрила на потребителя, дадена в редица директиви, като например Директива 93/13/ЕИО на Съвета относно неравноправните клаузи в потребителските договори, изменена с Директива 2011/83/ЕС на ЕП и на Съвета от 25.10.2011 г., Директива 2005/29/ЕО на ЕП и на Съвета от 11.05. 2005 г. относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар, Директива 2006/114/ЕО на ЕП и на Съвета от 12.12.2006 г. относно заблуждаващата и сравнителната реклама, Директива 2008/122/ЕО на ЕП и на Съвета от 14.01.2009 г. относно защитата на потребителите по отношение на някои аспекти на договорите за разпределено във времето ползване на собственост, дългосрочни ваканционни продукти, препродажба и замяна, Директива 2011/83/ЕС на ЕП и на Съвета от 25.10.2011 г. относно правата на потребителите, отменяща Директива 85/577/ЕИО на Съвета и Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно защитата на потребителя при договори, сключени от разстояние и др. Както е видно от това изброяване на отдени директиви, специалната правна защита на потребителите, установена в тях, се характеризира с един съществен недостатък – те се отнасят само за отделни конкретни аспекти на тази правна защита, те. Уредбата в тях е твърде партикуларизирана. Наред с това, съществуват различия в нивото на транспониране на директивите от държавите-членки, а, както е известно, директивите нямат пряк ефект, а съдържат задължение за постигане на правен резултат. Всичко това може да представлява сериозна пречка пред осигуряването на ефективна защита на интересите на потребителите в случаите на проявление на международен елемент на потребителските договори. Посоченото ми дава основание да препоръчам на европейския законодател по-ясна и конкретна правна уредба на международно-частноправно ниво, която да предотврати или поне да редуцира възможностите за евентуално заобикаляне на специалните норми за защита на потребителите. В това отношение може да се посочи, че уредбата, съдържаща се в нашия национален закон – ЗЗП, която цели предотвратяване на заобикалянето на нормите за специална защита на потребителите, е ясна, но по моему твърде крайна. Според чл. 3, ал. 3 от ЗЗП "всяка клауза в договор, която посочва за приложим закон на друга държава, която не е член на Европейския съюз, и която клауза изключва прилагането на разпоредбите на този закон и на закон на държава-членка на Европейския съюз, е нищожна". Това е крайна позиция, тъй като ограничава до голяма степен свободата на сключване на потребителски договори в глобален аспект, които могат да бъдат подчинени на специална правна защита, дадена от съответното избрано от страните по договора право, което да предвижда благоприятна уредба за интересите на потребителите. В тази връзка, би могло да се предвиди, че за потребителския договор следва да се прилагат специалните норми на защита на потребителите, въведени в националното право по обичайното местопребиваване, а за държавите-членки на ЕС – в съответните норми на правото на ЕС, освен ако в избраното от страните право не се съдържа по-благоприятна правна защита за потребителя. Една подобна редакция на нормативния текст би подпомогнала преодоляването на евентуалните затруднения в правоп-

рилагането и в тълкуването. Това се отнася както за вътрешното право, така и за наднационалното право, каквото е правото на ЕС.

Заключение

След направения анализ на уредбата на защитата на потребителите с норми на МЧП при потребителски договори с проявление на международен елемент вместо заключение считам, че е по-уместно да обобщя предложенията за промени както в националното законодателство, така и в актовете на ЕС, представляващи наднационално МЧП.

На първо място, в легалното определение на понятието "потребителски договор" следва изрично да се посочи, че ако договорът само частично се отнася до придобиване на стоки или ползване на услуги за целите на упражнявано занятие, той също би могъл да се квалифицира като потребителски договор, както и в случаите, когато потребителят действа главно извън кръга на търговската или професионалната си дейност. В тази връзка е и предложението понятието "потребител" да се дефинира в КМЧП и европейското законодателство изрично и отделно от понятието "потребителски договор" по подобие на уредбата в ЗЗП, с цел да се преодолеят възможностите за евентуални неправилни тълкувания.

На следващо място, с оглед усъвършенстване на нормативната уредба, е уместно да се определи по-ясно в източниците на МЧП кои норми се имат предвид, когато се говори за "повелителни норми на държавата по обичайното местопребиваване на потребителя".

Трето, европейският законодател следва да установи по-ясна и конкретна правна уредба на международно-частноправно ниво, която да предотврати или поне да редуцира възможностите за евентуално заобикаляне на специалните норми за защита на потребителите. Уместно е да се предвиди,че за потребителския договор ще се прилагат специалните норми на защита на потребителите, въведени в националното право по обичайното местопребиваване, а за държавите-членки на ЕС – в съответните норми на правото на ЕС, освен ако в избраното от страните право не се съдържа по-благоприятна правна защита за потребителя.

Използвана литература

1. Владимиров, Ив., Международно частно право. Обща и специална част, Пето преработено и допълнено издание, Издателски комплекс на УНСС, С., 2014.

2. Джулиано, М., П. Лагард, Обяснителен доклад към Римската конвенция за приложимо право към договорните задължения-Правна евроинтеграция, 2000, № 1.

3. Колева, Р., Правни инструменти за защита на потребителите при разрешаване на потребителски спорове. – Търговско право, 2008, № 4, с. 61-69.

4. Матеева, Е., Специалната правна защита на потребителя по договора за придобиване на частично право на ползване на недвижим имот за определен период от време – Търговско право, 2009, № 2 и № 3.

5. Минчев, Н., Лекционен курс по международно частно право. Обща част, Издателство "Авангард принт" ЕООД –Русе, Русе, 2006.

6. Станчева-Минчева, Весела, Коментар на Кодекса на международното частно право. Съпоставка с актове на европейското право. Издателство "Сиби", С., 2010.

7. Сукарева, Зл., Потребителско право, Издателство "Нова звезда", С., 2015.

8. Сърбинова, Д., Приложимо право към потребителските договори съгласно Регламента Рим I.

9. Сърбинова, Д., Принципът на защита на икономически по-слабата страна като ограничител на автономия на волята при потребителските договори. – Във: Автономия на волята в международното частно право… с. 124.

СЪДЕБНО УСТАНОВЯВАНЕ НА ТРУДОВ СТАЖ И НА ТРУДОВ СТАЖ ПРИ ПЕНСИОНИРАНЕ, ПОЛОЖЕН ДО 31 ДЕКЕМВРИ 1999 г.

доц. д-р Ивайло Стайков,
департамент "Право" на НБУ,
e-mail: istaikov@nbu.bg

Резюме

Настоящата научна статия изследва някои аспекти на правната уредба на съдебното установяване на трудов стаж и на трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г., съобразно действащия Закон за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред от 2011 г.

Ключови думи: осигурително право, трудов стаж, трудов стаж при пенсиониране

Summary

The present scientific paper studies some aspects of the legal regulation of the judicial establishment of the experience and of the experience at the time of retirement, achieved by 31 December 1999 under the currently in force 2011 Act on the judicial establishment of professional and social security experience.

Key Words: social security law, professional experience, professional experience at the time of retirement

I. Действащата правна уредба на установяването на трудов и/или осигурителен стаж по съдебен ред се съдържа в Закона за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред (ЗУТОССР) от 2011 г. Този закон отмени действалия половин век Указ за установяване на трудов стаж по съдебен ред от 1961 г. (вж. § 1 ПЗР на ЗУТОССР). В исторически аспект приетият през март 2011 г. ЗУТОССР е шестия по ред и четвъртият законов нормативен акт, който урежда тази специална правна материя.

Настоящият научен анализ е посветен на някои аспекти на правната уредба на съдебното установяване на трудов стаж и на трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г., съобразно действащия ЗУТОССР. Аспектите на историческото развитие на правната регламентация относно установяването на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред, както и особеностите на съдебното исково производство със специфичните за него процесуалноправни правила, са изследвани от автора в други негови публикации.

II. Съгласно чл. 1, ал. 1 ЗУТОССР могат да се установяват три вида стаж: 1. трудов стаж, придобит след 31 декември 1999 г.; 2. осигурителен стаж по Кодекса за социално осигуряване; 3. времето, което се признава за трудов стаж и за трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите

дотогава разпоредби. Посочване на датата 31 декември 1999 г. не е случайно. От 1 януари 2000 г. влезе в сила Кодекса за социално осигуряване, който въведе съществени промени в цялото българско осигурително законодателство. С приемането на КСО на нормативно ниво се направи ясно разграничение между двете правни понятия – трудов стаж и осигурителен стаж.

По реда на ЗУТОССР може да се установява времето, което се признава за трудов стаж и за трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби (чл. 1, ал. 1, т. 3 от закона). Това е третият вид стаж, който може да бъде установяван по съдебен ред. Той включва на практика два вида стаж – трудов стаж в собствения смисъл на това понятие, както и трудов стаж при пенсиониране, който по новата терминология е всъщност осигурителен стаж. Поради намалялото правно значение на трудовия стаж като трудовоправно понятие, разпоредбата ще се прилага преимуществено по отношение на трудовия стаж при пенсиониране с цел придобиване на права по дългосрочното (пенсионно) обществено осигуряване. Тъй като до 31 декември 1999 г. нямаше легално и доктринерно разграничение между трудов и осигурителен стаж, то затова в закона е посочена именно тази дата, както и се използва старата терминология. Това разрешение на новия закон е в пряка връзка с принципа за приемственост и признаване на времето за трудов (осигурителен) стаж в пенсионното право, който е легално закрепен в § 9, ал. 1 ПЗР на КСО – времето, което се зачита за трудов стаж и за трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби, се признава за осигурителен стаж по този кодекс. Това основополагащо правило има важно защитно значение: то запазва заварения трудов стаж, възприема го като осигурителен и не допуска неговата преоценка или дисквалификация. Законовото правило създава стабилност и приемственост в правното положение на осигурените лица. Следователно новият ЗУТОССР е приложим и спрямо времеви периоди преди 31 декември 1999 г., които периоди могат да бъдат зачетени за трудов стаж и/или за трудов стаж при пенсиониране, като така заинтересованото лице придобие и упражнява съответни трудови и/или осигурителни права. В това се измерява правният контюниитет между отменения УУТССР и новия ЗУТОССР.

Необходимо е да се отбележи, че действащите до 31.12.1999 г. разпоредби не съдържаха легална дефиниция на понятието "трудов стаж при пенсиониране", но неговото съдържание се извеждаше от разпоредбата на чл. 2 от Закона за пенсиите (отменен с КСО), според която работниците и служителите добиват право на пенсия за изслужено време и старост след навършване на трудов стаж и възраст съобразно определените категории труд, а Министерският съвет определя условията, сроковете и реда за признаване на трудов стаж за пенсиониране. Един от актовете, с които Министерският съвет беше упражнил това свое правомощие беше Правилникът за прилагане на Закона за пенсиите, като в неговия § 76, б. "а" се посочваше, че "за трудов стаж по смисъла на Закона за пенсиите се счита времето, прекарано на работа по трудов договор от работници и служители независимо от начина на заплащането му".

III. Във връзка със съдебното установяване на този трети вид стаж значение има и разпоредбата на чл. 2, ал. 3 ЗУТОССР. Тя е доразвитие и смислово уточнение на по-общата в съдържателно отношение разпоредба на чл. 1, ал. 1, т. 3 от закона. Трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби, може да се установява по съдебен ред по отношение на лицата, които са задължително осигурени за пенсия за инвалидност поради общо заболяване, пенсия за старост или наследствена пенсия по дял III от Кодекса на труда от 1951 г. (отм., ДВ, бр. 110 от 1999 г.), Указ № 265 от 1953 г. за взаимно осигуряване членовете на трудово-производителните кооперации (отм., ДВ, бр. 110 от 1999 г.) или са били членове на ТКЗС.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 3 ЗУТОССР страда от някои правно-технически несъвършенства от гледна точка на правната стилистика и правната терминология.

На първо място, в разпоредбата, която е във пряка връзка с чл. 1, ал. 1, т. 3 от закона, се визира минал времеви период – преди 31.12.1999 г., както и вече отменени нормативни актове, поради което следваше да се използва минало глаголно време – "са били задължително осигурени", а не "са задължително осигурени". Може да се поддържа и тезата, че законодателят е имал предвид тези лица да са осигурени за рисковете, при реализацията на които се получават тези обезпечения, към днешна дата. Но тази тълкувателна теза влиза в противоречие с цялата идея на разпоредбата и с ясното обособяване на този трети вид стаж, който може да се установява по съдебен ред по новия закон.

На следващо място лицата не са задължително осигурени за някакъв вид пенсия, а те се осигуряват за един или няколко осигурени социални рискове. Пенсията е вид осигурително обезпечение (осигурително плащане), правото на което се придобива при реализацията на определен социален риск. Зад посочените пенсионни обезпечения (видове пенсии) се открива съответния осигурен социален риск – пенсия за инвалидност поради общо заболяване – риска "обща болест"; пенсия за старост – риска "старост"; наследствена пенсия – риска "смърт". Правилният законов изказ следва да бъде "са били задължително осигурени за рисковете обща болест, която води до инвалидност, за старост или за смърт", така както е използването на терминологията в КСО – чл. 4, чл. 11-13в и други. Между другото в чл. 146, б. "б" от Кодекса на труда от 1951 г. (отм.) също бяха уредени видовете осигурителни обезпечения, които се получават при реализацията на съответните рискове – цит. "държавното обществено осигуряване на работниците и служителите обезпечава пенсия за инвалидност, пенсия поради старост, както и наследствени пенсии на членовете на семейството в случай на смърт на лицето, което ги е издържало". В отменения нормативен акт правната терминология беше правилно използвана.

И на последно място е необходимо да се посочи неправилното използване на абревиатурата (съкращението) ТКЗС. Въпреки, че на преобладаващата част от правоприложителите и адресатите на нормативния акт е ясно, че това означава трудово-кооперативно земеделско стопанство, то беше необходимо цялостното изписване на понятието. Член 41, ал. 1 от Указ № 883 за прилагане на Закона за нормативните актове изисква, ако някое наименование се повтаря в нормативния акт, то се дава пълно в разпоредбата, в която се използува за пръв път, като се посочва сък-

ращението, с което ще се означава в следващите разпоредби. Посочването само на абревиатурата, като при това въпросното понятие се употребява един единствен път в закона, е нарушение на едно от правно-техническите изисквания при формулирането на разпоредбите на нормативните актове.

IV. След направените критики по отношение на правната терминология, правната техника и стилистика на разпоредбата на чл. 2, ал. 3 от закона, е необходимо да се върнем към нейното съдържание. Въпросът е за персоналното действие на правната норма, т.е. за кои правни субекти тя е приложима.

Трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби, може да се установява по съдебен ред по отношение на лица, които са били задължително осигурени за пенсионните рискове обща болест, която е причинила инвалидност, за старост и за смърт. Разпоредбата посочва и част от действащите в миналото и вече отменени нормативни актове, в които се е съдържала правната уредба на държавното обществено осигуряване на тези лица. Това са дял III от Кодекса на труда от 1951 г. (отм., ДВ, бр. 110 от 1999 г.) и Указ № 265 от 1953 г. за взаимно осигуряване членовете на трудово-производителните кооперации (отм., ДВ, бр. 110 от 1999 г.). На практика това са всички лица, които под една или друга форма са полагали трудова дейност и са получавали доходи от това. В миналото много малко категории лица не са били осигурени за тези пенсионни рискове.

Съгласно чл. 145, ал. 1 от Кодекса на труда от 1951 г. (отм.) държавното обществено осигуряване се разпростира задължително върху всички работници и служители, заети в държавни, обществени, кооперативни, смесени или частни предприятия, учреждения или организации, или при частни лица, независимо от характера и продължителността на тяхната работа и начина на заплащането ѝ. От разпоредбата на чл. 146, ал. 1, б. "б" от същия кодекс става ясно, че работниците и служителите са осигурени за посочените пенсионни рискове. Съгласно чл. 145, ал. 4 от този кодекс задължително осигурени са и т.нар. самоосигуряващи се лица. По силата на чл. 145, ал. 6 от кодекса условията за обществено осигуряване на тези лица се определят с наредба, като по същия начин могат да се включат за задължително или доброволно осигуряване и други категории лица. Законодателят беше овластил издателят на наредбата да включи в нея за задължително осигуряване лица, които не са работници и служители по смисъла на чл. 145, ал. 1 от КТ от 1951 г. По силата на законовата делегация е издадена Наредбата за общественото осигуряване на лицата, упражняващи свободна професия или търговия, или работещи без трудово правоотношение, приета от Министерския съвет с ПМС № 120 от 03.07.1992 г. (отм.). Това е наредба по чл. 145, ал. 6 от КТ от 1951, независимо, че в нея не е направено позоваване на този текст. В чл. 1 от тази наредба са посочени самоосигуряващите се лица и пенсионните рискове, за които те са задължително осигурени. В чл. 13, ал. 1 от същата наредба е уредено задължителното осигуряване за всички осигурени социални рискове на лицата, които са получили за работа без трудово правоотношение от предприятие, учреждение, организация или едноличен търговец възнаграждение, по-голямо от 25 на сто от минималната работна заплата за отделен

календарен месец или по-голямо от минималната месечна работна заплата общо за една календарна година.

Следователно всички посочени по-горе категории задължително осигурени лица за пенсионните рискове обща болест, която е причинила инвалидност, за старост и за смърт могат при необходимост да установят по съдебен ред трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби. От правната уредба се извлича съществената разлика по отношение на възможността самоосигуряващите се лица и лицата, които полагат труд без трудово правоотношение да установяват осигурителен стаж за времето преди и след 31 декември 1999 г. Тези две категории задължително осигурени лица могат да установяват по съдебен ред трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г. съгласно действащите дотогава разпоредби, доколкото са били задължително осигурени за пенсионните рискове (чл. 2, ал. 3 от закона), но не могат да установявят осигурителен стаж по КСО за времето след 31 декември 1999 г., въпреки че и по КСО те са задължително осигурени лица за посочените пенсионни рискове.

Съгласно чл. 6 от Указ № 265 от 1953 г. за взаимно осигуряване членовете на трудово-производителните кооперации (отм., ДВ, бр. 110 от 1999 г.), както и чл. 1-6 от правилника от 1959 г. за прилагане на дял II от този указ (отм.), лицата, упражняващи самостоятелно занаят, се осигуряват задължително само за инвалидност поради общо заболяване, за старост и за наследствени пенсии на семействата им. Занаятчиите – членове на трудово-кооперативните земеделски стопанства – могат да се осигурят доброволно само за инвалидност поради общо заболяване, старост и за наследствени пенсии. Лицата със свободна професия и търговците могат да се осигуряват доброволно по условията за осигуряването и пенсионирането на лицата, упражняващи самостоятелно занаят. Изброените лица също при необходимост могат да установяват по съдебен ред трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г.

В края на разпоредбата на чл. 2, ал. 3 ЗУТОССР е уредено, че такъв стаж могат да установяват по съдебен ред и лицата, които са били членове на трудово-кооперативни земеделски стопанства (ТКЗС). Възможността членовете на ТКЗС да установят трудов (осигурителен) стаж, натрупан като член-кооператори в ТКЗС, беше изрично уредена и в чл. 1, ал. 1 от отменения УУТССР от 1961 г. И в това отношение ясно се вижда приемствеността между стария УУТССР и новия ЗУТОССР. Общественото осигуряване на членовете на ТКЗС през годините се съдържа в различни нормативни актове: Закон за общественото осигуряване от 1949 г.; дял III от Кодекса на труда от 1951 г. и правилника за прилагането му; Закон за пенсиониране на земеделските стопани-кооператори от 1961 г. и правилника за прилагането му; Закон за пенсиите от 1957 г. и правилника за прилагането му. Новият ЗУТОССР, като използва понятието "член на ТКЗС" не му дава самостойна правна уредба или легална дефиниция. А това беше необходимо, защото към днешна дата правно образование като ТКЗС няма. Затова е необходимо да се обърнем към отменената правна уредба, където напр. в чл. 17 от Закона за пенсиониране на земеделските стопани-кооператори от 1961 г. (отм.) се определя, че земеделски

стопанин-кооператор е всяко лице, което членува в трудово-кооперативно земеделско стопанство или е член на домакинството на член-кооператор. Видно е, че тази легална дефиниция в отмененото законодателство е неприложима по новия закон, защото тя на практика е включвала две категории лица. В чл. 2, ал. 3, in fine ЗУТОССР се говори само и единствено за "членове на ТКЗС" и следователно само тези лица при необходимост могат да установяват по съдебен ред трудов стаж и трудов стаж при пенсиониране, положен до 31 декември 1999 г.

Библиография

1. Йосифов, Н. Осигурителното законодателство в България (1880-1999 г.). Варна: ВСУ "Черноризец Храбър", 2010.
2. Малакова, Сн. Ред и условия за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. – Информационен бюлетин по труда, 2011, кн. 4.
3. Мръчков, В. Законът за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. Коментар. – Труд и право. Библиотека Нови нормативни решения, бр. 2, април 2011 г.
4. Мръчков, В., Ат. Василев, Ил. Шотлеков, Ем. Мингов. Коментар на Кодекса за задължително обществено осигуряване. С.: ИК "Труд и право", 2000.
5. Стайков, Ив. Правна характеристика и предмет на правна уредба на Закона за установяване на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. – В: Юбилеен сборник на Департамент "Право" посветен на 20 години на НБУ. С.: Изд. на НБУ и Фенея, 2011,
с. 211-227.
6. Стайков, Ив. Историческо развитие на правната уредба на установяването на трудов и осигурителен стаж по съдебен ред. – В: Научни трудове, том 50, серия 7 – правни науки. Сборник с научни доклади от научна конференция РУ & СУ ’11, Русе: РУ "А. Кънчев", 2011, с. 29-33.
7. Стайков, Ив. Обща характеристика на съдебното производство за установяване на трудов и/или осигурителен стаж. – Норма, 2012, бр. 5.
8. Стайков, Ив. Предмет и характер на исковете за установяване на трудов и/или осигурителен стаж. – В: Сборник научни трудове от Юбилейната научна конференция по повод 10 години от създаването на НВУ "В. Левски". Том 5 – Научно направление "Социални, стопански и правни науки". В. Търново: ИК на НВУ, 2012, с. 172-181.
9. Стайков, Ив. Подведомственост и подсъдност на иска за установяване на трудов и/или осигурителен стаж. – В: Сборник доклади от Годишна университетска научна конференция на НВУ "В. Левски". Том 8 – Научно направление "Социални, стопански и правни науки". В. Търново: ИК на НВУ, 2013, с. 123-131.

НЯКОИ ОСОБЕНОСТИ НА ПОТРЕБИТЕЛСКИТЕ ДОГОВОРИ ЗА ДИСТАНЦИОННА ПРОДАЖБА, СКЛЮЧВАНИ ОНЛАЙН

доц. д-р Таня Йосифова,
катедра "Частноправни науки",
УНСС

С развитието на информационните технологии нараства броят на сключваните потребителски договори от разстояние, включително и с електронни средства, като много от тях преминават националните граници. За да се увеличи доверието на потребителите и да се насърчи по-пълното използване на възможностите, които дава електронната търговия, са създадени редица гаранции както на ниво ЕС, така и във вътрешноправните актове, които ги транспонират. Освен приложимите правни норми задължения за страните могат да възникнат и при избор на норми от т. нар. *soft law* – например от Модела-закон на УНСИТРАЛ за електронната търговия, от Принципите на европейското договорно право и др.

Потребителски договори от разстояние, сключвани по електронен път, са тези договори, при които се използват устройства за електронна обработка, включително цифрово компресиране и съхраняване на информацията чрез проводник, радиовълни, оптически или други електромагнитни средства (чл. 1, § 1, б. б) от Директива 2015/1535/ЕС и §1, т.2 от Допълнителните разпоредби на Закона за електронна търговия (ЗЕТ).

Потребителският договор от разстояние е дефиниран в чл. 45 от Закона за защита на потребителите (ЗЗП) като *"договор, сключен между търговец и потребител като част от организирана система за продажби от разстояние или предоставяне на услуги от разстояние без едновременното физическо присъствие на търговеца и потребителя, чрез изключителното използване на едно или повече средства за комуникация от разстояние до сключването на договора, включително в момента на сключване на договора."* Това определение възпроизвежда даденото в чл. 2, т. 7 на ДИРЕКТИВА 2011/83/ЕС НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 25 октомври 2011 година относно правата на потребителите[1]. Директивата не засяга националните правни норми на облигационното право, които уреждат действителността на договора, сключването и действието му, доколкото няма изрична уредба в Директивата (чл. 3, т.6 от Директивата).

В Директива 2011/83/ЕС за правата на потребителите са уредени три вида потребителски договори от разстояние – за продажба на стоки, за извършване на услуги и за доставка на цифрово съдържание, което не е на траен носител. В съображение 19 от Директивата е посочено, че когато става въпрос за доставка на цифрово съдържание, което не е на траен носител (например компютърни програми, приложения, игри) този договор не се счита нито за продажба на стоки (какъвто би бил

случаят, ако цифровото съдържание е на материален носител – CD или DVD дискове), нито за услуга.

Възможно е договорите да са от смесен тип – например продажба и услуга или продажба и доставка на цифрово съдържание, т.нар. смесени договори. Ако договорът за продажба включва и извършване на услуга той се счита за договор за продажба – чл. 2, т.5 от Директива 2011/83/ЕС. Ако става дума за смесени договори, които включват доставка на цифрово съдържание, което не е на траен носител, Директивата не посочва режимът за кой договор е приложим, но по аналогия може да се приеме разрешението на чл. 2, т.5 от Директива 2011/83/ЕС и да се счита за договор за продажба, като се отчита и елемента на доставката на цифрово съдържание.

Преддоговорна информация, която трябва да предостави търговецът

В чл. 6, §1, б. а)-у) от Директива 2011/83/ЕС е посочена преддоговорната информация, която търговецът трябва да предостави на потребителя при договори, сключвани от разстояние. Тази информация допълва общата преддоговорна информация, която касае всички стоки или услуги. Тя трябва да се предостави като част от съдържанието на договора, освен ако страните се договорят за нещо различно. Специално за договорите от разстояние, които се сключват по електронен път информацията трябва да се предостави на ясен и разбираем език съобразно използваното средство за комуникация. Информацията, посочена в чл. 6, §1, б. а)-у) от Директива 2011/83/ЕС, е различна от информацията, която доставчиците на услуги са задължени да представят на своя сайт в съответствие с чл. 5, §1, б. а)-ж) от Директива 2000/31/ЕО (Директивата за електронна търговия), касаеща доставчиците на услуги на информационното общество.

Когато договорът включва задължение за плащане от страна на потребителя, Директивата за правата на потребителите в чл. 8, т.2 задължава търговеца да посочи изрично това обстоятелство, а ако даването на поръчка с плащане е свързано с активирането на бутон или друга подобна функция той трябва да посочва изрично, че става дума за такова задължение. Неспазването на това задължение от страна на търговеца води до необвързване на потребителя с договора.

Когато договорът се сключва он-лайн от уеб страницата на търговеца е необходимо да се предостави информация относно евентуални ограничения при доставката и платежните средства най-късно в момента на даване на поръчката от потребителите (чл. 8, т.3 от Директива2011/83/ЕС). В чл. 8, т.7 от същата Директива е предвидено задължение за търговеца да предостави на потребителя потвърждение за сключването на договора на траен носител най-късно в момента на доставката на стоките или преди началото на изпълнение на услугата. Тези разпоредби на Директивата са възпроизведени в чл. 47 и 49 ЗЗП.

В чл. 6, § 8 от Директивата е уредено и съотношението между Директива 2011/83/ЕС и Директивата за електронна търговия 2000/31/ЕО и Директива 2006/123/ЕО относно съдържанието и начина на предоставяне на преддоговорната информация от търговеца на потребителя. При противоречие между тези актове предимство има Директива 2011/83/ЕС.

Право на отказ на потребителя от договора

В Директива 2011/83/ЕС е уредено правото на отказ от страна на потребителя по договор за продажба от разстояние, което по правило може да се упражни в 14-дневен срок от деня на доставката на стоката, а при договори за услуги – от деня на сключване на договора. Що се отнася до договорите за доставка на цифрово съдържание, което не е на материален носител, ако изпълнението на договора вече е започнало потребителят губи правото си на отказ, ако предварително изрично се е съгласил за това (чл. 16, б. «м» от Директивата и чл. 57, т. 13 ЗЗП).

Ако търговецът не е уведомил потребителя за неговото право на отказ срокът за отказ изтича 12 месеца след края на първоначалния срок за отказ (чл. 10 от Директивата). Потребителят може да се откаже в рамките на срока без да посочва причини за своя отказ, като информира за това търговеца чрез използването на стандартен формуляр за отказ или по друг недвусмислен начин (чл. 11, т. 1 от Директивата). В ЗЗП правото на отказ и последиците от упражненото право на отказ са уредени в чл. 50-57.

НЕРАВНОПРАВНИТЕ КЛАУЗИ В ПОТРЕБИТЕЛСКИ ДОГОВОРИ В ПРАКТИКАТА НА ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД ПО КОЛЕКТИВНИ ИСКОВЕ

доц. д-р Таня Градинарова,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
имейл@адрес: t.gradinarova@abv.bg

Резюме

Уредбата в действащия Граждански процесуален кодекс на въведеното с него особено исково производство за колективни искове в разпоредбите на глава XXXIII представлява предизвикателство пред процесуалната теория и съдебната практика по прилагането му. В периода след влизането в сила на кодекса се натрупа богата съдебна практика на Върховния касационен съд, свързана с новите институти в обхвата на уредените в него производства. Докладът има за цел да постави на дискусия и коментар процесуалните проблеми, които възникват при разглеждане на колективни искове, свързани с неравноправни клаузи в договори. Особеностите на производството за разглеждане на колективни искове се проявява при колективната защита, осъществявана по предвидения в кодекса специфичен процесуален ред, както и при процесуалната легитимация за предявяването им. Целта е преценка и анализ на някои от тези проблеми с оглед необходимостта от ясна правна уредба, гарантираща своевременно упражняване на процесуалните права от страните в гражданския процес, както и оформяне на някои предложения **de lege ferenda**.

Ключови думи: производство по колективни искове, неравноправни клаузи в договори с общи условия, процесуална легитимация при колективни искове, възражение за неравноправен характер на клауза в договор

Summary

The legislation within the Civil Procedure Code in force and in particular the introduced with it specific proceedings regarding collective actions in the regulations of chapter XXXIII poses a challenge to both the legal theory and the jurisprudence. In the period after entry into force of the Civil Procedure Code the Bulgarian Supreme Court of Cassation ruled multiple decisions with regard to the new institutes and proceedings within. This report aims to create a discussion and commentary on the procedural problems, arising in the hearing of collective actions, with regard to the unfair terms/clauses in contracts/agreements. The specifics of the proceedings under the hearing of collective actions is put forth within the collective defence, carried out under the specific procedural order, provided by the Code. The aim is to draw a judgment and to analyse these issues with aspect to the necessity of a clear legislation, which is to guarantee the exercise of procedural rights of the parties, as well as to form and provide some suggestions **de lege ferenda**.

Key words: proceedings under collective actions, unfair terms/clauses in contracts/agreements, objection unfair nature of a term/clause within a contract/agreement

I. С влизането в сила на действащия Граждански процесуален кодекс (ГПК) на 01.03.2008 г. в българския граждански процес, чрез уредбата в глава тридесет и трета, се въведе ново особено исково производство– производство по колективни искове. Прилагането му представлява предизвикателство както за процесуалната теория, така и за съдебната практика.

1. В анализа на изследванията на водещи международни институции, извършен от Европейската комисия в изданието за 2016 г. на информационното табло на Европейския съюз в областта на правосъдието е направен извод за съществуване на правопропорционална зависимост между размера на фирмите и ефективността на правосъдните системи[1]. Важна роля за създаването на привлекателна бизнес среда заема ефективната правосъдна система, която е призвана да осигури върховенството на закона и основните ценности на Европейския съюз. Въздействието на националната правосъдна система върху икономиката е важен фактор за нейното насърчаване и развитие. Ефективната и надлежна правораздавателна система предоставя на частноправните субекти стимули за развитие и инвестиции както на национално, така и на трансгранично ниво.

2. От съществено значение за обезпечаване на ефективността на правосъдната система е **предвидимостта** на съдебната практика по прилагане на разпоредбите на ГПК. Съществена предпоставка за предвидимост на съдебната практика са **ясните законодателни разрешения**, изразени чрез нормите на ГПК. Те са призвани да гарантират справедлив съдебен процес и равен достъп до ефективна правосъдна система като основни права, произтичащи от общите за държавите-членки на Европейския съюз конституционни традиции, Хартата на основните права на Европейския съюз и Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи.

3. В периода след влизане в сила ГПК се натрупа богата съдебна практика на Върховния касационен съд (ВКС), по отношение на разпоредби, които въведоха нови институти и производства. Тя се прилага в съчетание с традиционни понятия за гражданското процесуално право, както и с тълкувателните актове на ВКС и на Върховния съд (ВС), заварени при влизането в сила на ГПК. При произнасянето си относно неравноправни клаузи в потребителски договори националната съдебна практика съобразява многобройната практика на Съда на ЕС, формирана по преюдициални запитвания по приложението на Директива 93/13/ЕИО на Съвета от 5 април 1993 г. относно неравноправните клаузи в потребителските договори, транспонирана в Закона за защита на потребителите (ЗЗП).

4. Актуалността на анализираните проблеми за правилното прилагане на нормите, посветени на колективните искове с предмет установяване нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия се обуславя от обстоятелството, че производството по колективни искове е новост в съдържанието на процесуалния ни кодекс, както и от значението им за надлежното упражняване на колективната защита. Стабилността в правната уредба и предвидимата национална правосъдна система допринасят за доверието в сферата на частноправните отношения и бизнеса, като стимулират правомерното изпълнение на договорите от частноправните субекти.

5. Особеностите на производството за разглеждане на колективни искове се проявява при колективната защита, осъществявана по предвидения в кодекса специфичен процесуален ред. Настоящият доклад има за цел да постави на дискусия и коментар някои от процесуалните проблеми, които възникват при разглеждане на колективни искове, свързани с неравноправни клаузи в договори. Целта е преценка и анализ на тези проблеми и особеностите на колективната защита, с оглед необходимостта от ясна правна уредба, гарантираща своевременно упражняване на процесуалните права от страните в гражданския процес.

II. Видове колективни искове. Особеното исково производство, уредено в глава тридесет и трета на ГПК, има за свой предмет специфичните правила за разглеждане на колективни искове.

6. Според т. II.3 от Препоръка на Комисията от 11.06.2013 г. за общи принципи на механизмите за колективни искове за преустановяване на нарушения и колективни искове за обезщетение в държавите членки, свързани с нарушения на правата, предоставени съгласно правото на Европейския съюз (2013/396/ЕС), понятието за колективен иск обхваща: 1) правен механизъм, която предоставя възможност да се търси прекратяването на незаконно поведение съвместно от две или повече физически или юридически лица или от организация, която има процесуална легитимация да предявява представителни искове; както и 2) правен механизъм, който дава възможност да се търси обезщетение съвместно от две или повече физически или юридически лица, които претендират, че са били увредени в ситуация на масова среда, или от организация, която има процесуална легитимация да предявява представителни искове.

7. В разпоредбата на чл. 379 ГПК са уредени **два вида колективни искове**: 1**) установителен**, с предмет установяване на *"увреждащото действие или бездействие, неговата противоправност и вината"* (чл. 379, ал. 2 ГПК); и 2) **осъдителен**, с предмет *"преустановяване на нарушението, за поправяне последиците от нарушението на увредения колективен интерес или за обезщетение за вредите, причинени на този интерес"* (чл. 379, ал. 3 ГПК)[1]. Той се нарича в съдебната практика иск за защита на колективен интерес – ***Определение № 184 от 30.03.2009 г. по ч.т.д.№ 164/2009 г. на ВКС, II т.о***.

И двата вида искове намират своето приложно поле при колективната защита срещу неравноправни клаузи в договори с общи условия, което поставя проблемът за съотношението между тях. Съгласно практиката на ВКС, постановена по колективни искове с предмет установяване нищожност на неравноправни клаузи в потребителски договори, възможността за защита чрез осъдителен иск по чл. 379, ал. 3 ГПК не отнема правния интерес за предявяване на установителен за обявяване на дадена клауза за нищожна по отношение на нарушителя и на всички засегнати лица – ***Решение № 160 от 15.12.2011 г. по т. д. № 1072/2010 г. на ВКС, I т. о.; Решение № 207 от 24.01.2012 г. по т. д. № 580/2011 г. на ВКС, II т. о.; Решение № 131 от 10.09.2012 г. по т.д. № 1036/2010 г. на ВКС, II т. о.*** Допълнителен аргумент за допустимостта да бъде предявен такъв иск произтича и от разпоредбата на чл. 379, ал. 2 ГПК, в която изрично е предвидена възможността да бъде предявен установи-

телен иск срещу нарушителя, с който се цели да бъдат установени увреждащото действие или бездействие, неговата противоправност и вината на нарушителя. Този извод се налага както от уредбата в ГПК, така и от изричния текст на чл. 148, ал. 1, т. 4 от Закона за защита на потребителите (ЗЗП) и предвиденото в него правомощие на Комисията за защита на потребителите да предяви иск за нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия в случаите, когато предприетите мерки по т. 1 от същата разпоредба са останали без резултат и клаузите на договора могат да засегнат голям брой потребители или е възможно същите да бъдат използувани и от други търговци. Въз основа на силата на пресъдено нещо на решението, с което се уважава иск от първия вид, всяко увредено лице разполага с право да предяви самостоятелно осъдителния си иск за обезщетение на претърпените от него вреди. Предмет на доказване по него ще бъде само вредата, конкретния ѝ размер и причинната връзка между установеното нарушение и претърпените вреди.

При иска от втория вид, ако съдът го намери за основателен, може да присъди **обезщетение за нарушения колективен интерес**, а не за претърпяна лична вреда. Обезщетението се предоставя за общо разпореждане на лицата, предявили иска или на увредените лица (аргумент чл. 387 ГПК). **Неговото предназначение е да служи за отстраняване последиците от нарушението или за възпрепятстване то да бъде извършено повторно,** но не може да се ползва за лични нужди на увредените лица.

Доколкото основен правопораждащ факт при колективните искове е нарушението, те могат да бъдат предявени както **на договорно, така и на извъндоговорно основание.** Двата вида искове могат да бъдат предявени само при допуснато нарушение в резултат на отношения на равнопоставеност между класа като основен процесуален субект – ищец и ответника, а не на субординация – ***Определение № 456 от 15.07.2013 г. по ч.гр.д.№ 4140/2013 г. на ВКС, IV г.о.*** Легитимиран ответник по тях може да бъде и държавен орган (напр. министерство), но не и в изпълнение на своите публичноправни функции. Предмет на защита с колективен иск са **частноправни**, а не публични отношения.

8. В случаите, при които ищците предявяват осъдителни искове за присъждане на суми, представляващи имуществени и неимуществени вреди, претърпени от всеки един от тях, искът не се определя като колективен. Това са искове за обезщетяване на вреди от засегнат индивидуален интерес, субективно съединени поради наличие на един или множество общи факти (чл. 215, т. 2 ГПК) и подлежат на разглеждане по общия исков ред, а не по реда на особеното исково производство, уредено в глава XXXIII на ГПК. Диспозитивното начало като основополагащ принцип на гражданското съдопроизводство прави възможна самостоятелната защита на потребител, който твърди, че е увреден от нарушение, в отделен исков процес, въпреки предвиденото производство по колективни искове (по аргумент от чл. 382, ал. 2, т. 2 ГПК и чл. 383, ал. 1, т. 2 ГПК). Защитата на субективните права на лица, **индивидуално определени или определяеми,** които са увредени от дейността на конкретни стопански правни субекти при извършване на стопанската им дейност, в която както ищците, така и ответниците участват по силата на възникнали помежду им облигационни отношения, е недопустимо да бъде реализирана чрез колективен

иск – така ***Определение № 326 от 27.15.2009 г. по ч.т.д. № 40/2009 г. на ВКС, II т.о.*** Поради тяхната определеност и наличието на конкретни частноправни отношения, те разполагат с право на защита по общия исков ред.

9. Естеството на исковете за обявяване нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия и техните особености в процесуалната легитимация, предмет и правни последици на съдебното решение обуславя разглеждането им по реда на особеното исково производство, уредено в глава XXXIII на ГПК. В разрез със специфичните особености на тези искове, както и с уредбата в ГПК, е правилото на чл. 148 а ЗЗП, според което исковете по глава шеста на ЗЗП подлежат на разглеждане по реда на глава двадесет и пета от ГПК, т.е. по реда на бързото производство. Предвид различните процесуални правила, които се съдържат в глава двадесет и пета от ГПК, както и настъпващата в това производство ранна преклузия за процесуални права на страните (чл. 313 ГПК), постановяване разглеждането им по този производствен ред накърнява правото на справедлив процес. Нормата на чл. 148а ЗЗП не е съгласувана с процесуалната уредба по ГПК. Прави впечатление различната уредба на съдопроизводствения ред за разглеждане на исковете за колективна защита, предявени от сдружения за защита на потребителите, включени в списъка по чл. 164, ал. 1, т. 7 ЗЗП. Съгласно чл. 186, ал. 1 ЗЗП, тези ищци, защитаващи интересите на груповия субект, могат да предявят иск за преустановяване или за забрана на действия или търговски практики, които са в нарушение на колективните интереси на потребителите и които подлежат на разглеждане по реда на особеното исково производство за колективни искове. Констатираната несъгласуваност между разпоредбите на чл. 148а ЗЗП и чл. 186, ал. 1 ЗЗП за приложимия съдопроизводствен ред за разглеждане на исковете за обявяване нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия като вид колективни искове е неоправдана и следва да бъде преодоляна с предстояща промяна в ЗЗП.

III. Процесуална легитимация при колективните искове с предмет неравноправни клаузи в потребителски договори.

Анализът на съдебната практика по разглеждане на колективни искове за установяване нищожност на неравноправни клаузи в договори показва, че тя е формирана предимно по повод предявени от Комисия за защита на потребителите (КЗП) искове. За доктрината интерес представлява изследването на процесуалната легитимация при колективни искове.

10. Процесуалната теория за легитимацията при колективни искове.

10.1. В българската процесуална теория за легитимацията в особеното исково производство се поддържат **две становища**:

10.1.1. Легитимирани да предявят колективен иск по изрична законова разпоредба са следните категории лица: 1) няколко лица, които твърдят, че колективният им интерес е нарушен или застрашен от ответника, **без те да са формално организирани като група**; 2) инцидентно създадена гражданска организация за защита на увредените лица; и 3) постоянно действаща организация за защита на колективен интерес или на увредени лица, която има включена в предмета си на дейност защита срещу нарушения от този род. След като легитимацията следва от законовата

разпоредба, сме изправени **пред изрична, законоустановена процесуална легитимация на посочените по-горе три категории лица**.

10.1.2. С право да предявят колективен иск разполагат "*особен тип представители на лицата, засягането интереса на които е дало повод за завеждането на иска"*[1]. Субект на процесуалното отношение е класът, колективът, *"а лицата или лицето, които предявяват иска, имат ролята на особен вид представители"*[1]. Те извършват процесуални действия от името и за сметка на всички лица, които съставляват колектива в своята съвкупност.

10.2. Съдебната практика на ВКС. Практиката на състави на ВКС по анализирания проблем също не е еднозначна. Поддържаните становища отново са две :

10.2.1. Според практиката на някои състави на ВКС, **ищец по колективния иск е класът или колективът, които са група лица, определяеми по конкретни обективни признаци, характеризиращи класа**. Принадлежността към колектива на конкретни субекти трябва да бъде определена въз основа на обективни критерии, които произтичат от особености на нарушението, осъществено в определен период от време и в определено пространство. Лицата, които предявяват иска, *са "особен вид представители на колектива (класа)"*, които извършват процесуални действия от негово име и за негова сметка. За проверка на процесуалната легитимация на засегнатите лица законът изисква ищецът да посочи критериите, по които обективно да се определи засегнатият колективен интерес – ***Определение № 380 от 03.05.2011 г. по ч.гр.д.№ 556/2011 г. на ВКС, IV г.о.***

10.2.2. В други актове се поддържа становището, че и по двата вида колективни искове – установителен и осъдителен, ищците имат качеството на **процесуални субституенти на увредените лица и увредения колектив**, а не техни *"особени представители"* – ***Определение № 603 от 20.10.2011 г. по ч.т.д.№ 298/2011 г. на ВКС, II т.о.*** Колективен иск за присъждане на обезщетение за претърпени от увредените лица вреди в резултат на нарушение на колективния интерес не е уреден. В случай, че всеки от тях самостоятелно го предяви, сме изправени пред субективно съединяване на искове (обикновено другарство). В образуваното производство няма пречка увредените лица да бъдат представлявани от пълномощници, но разглеждането на предявените искове няма да се осъществи по реда на особеното исково производство, тъй като те нямат характера на колективни.

10.3. От изложените становища в българската процесуална теория и възприетите разрешения в съдебната практика за легитимацията при колективни искове можем да направим следните изводи :

10.3.1. Процесуалната легитимация на Комисията за защита на потребителите и сдруженията за защита на потребителите, включени в списъка по чл. 164, ал. 1, т. 7 ЗЗП е **изрична, законоустановена**. Правото им на иск е признато в тяхна полза, предвид съществуването им като юридически лица, създадени с цел да защитават интересите на определена категория лица – тези, които имат качеството на потребители по смисъла на § 13, т. 1 от ДР на ЗЗП (в този смисъл и ***Определение № 195 от 20.03.2012 г. по ч.т.д.№ 970/2011 г. на ВКС, II т.о***.). Комисията защита груповия интерес на потребителите чрез исковете за установяване нищожност на неравноправни клаузи и преустановяване тяхното прилагане. От това качество на КЗП и

сдруженията за защита на потребителите произтича правният интерес, признат по силата на законовата разпоредба, да предявяват искове за преустановяване или за забрана на действия или търговски практики, които са в нарушение на колективните интереси на потребителите (чл. 186, ал. 1 ЗЗП). Те подлежат на разглеждане по реда на производството по колективни искове. Пример за интересен ищец – Сдружение за правна помощ на потребителите, по иск за преустановяване на неравноправни клаузи в общи условия предлага ***Решение № 125 от 07.08.2015 г. по т.д.№ 990/2015 г. на ВКС, I т.о.*** Надлежното предявяване на искове от Комисията за защита на потребителите по чл. 186, ал. 3 ЗЗП не е обусловено от посочване на повече от две конкретни лица, чиито права и интереси на потребители са засегнати или увредени – ***Решение № 207 от 24.01.2012 г. по т.д.№ 580/2011 г. на ВКС, II т.о.*** Според съдебната практика, конституирането на потребител- физическо лице, в производството, образувано по колективен иск на КЗП за установяване неравноправна клауза в договор, е допустимо при обосноваване наличие на негов интерес като индивидуален потребител и спазване на срока за встъпване в производството – ***Решение № 160 от 15.12.2011 г. по т.д.№ 1072/2010 г. на ВКС, I т.о.***; ***Решение № 207 от 24.01.2012 г. по т.д.№ 580/2011 г. на ВКС, II т.о.*** Тя следва да бъде подкрепена като съответстваща на особените норми за конституиране на допълнителни ищци в производството по чл. 383, ал. 1, т. 1 ГПК. Законът не изисква други предпоставки за конституиране на допълнителни участници в процеса.

10.3.2. Процесуалната легитимация на другите две категории лица, предвидени в чл. 379, ал. 2 и ал. 3 ГПК, произтича по силата на особените законови разпоредби. За проверка на тяхната процесуална легитимация, както и за определяне кръга на засегнатите лица, чието право на иск е упражнено, законът изисква ищецът да посочи критериите, по които обективно да бъде определен засегнатият колективен интерес. При първия вид колективен иск – за установяване на нарушението, неговата противоправност и вината, с предявяването на иска ищците упражняват както своето право на иск, така и правото на иск на останалите включени в класа увредени лица. Така те съчетават както типичната, така и нетипична, законоустановена процесуална легитимация: от една страна, като непосредствено увредени от нарушението (чл. 379, ал. 2 ГПК), от друга страна, като процесуални субституенти (застъпници) на останалите членове на колектива, увредени от нарушението. При втория колективен иск – за преустановяване на нарушението, за поправяне последиците от него спрямо увредения колективен интерес или за обезщетение за вредите, причинени на този интерес, искът се предявява от името на колектива. Ищците общо упражняват правото на иск като форма на право на защита на колектива. Те предприемат процесуални действия и са процесуални субституенти на увредения от нарушението колектив (клас). Легитимацията им отново е изрична, законоустановена и произтича от особената процесуална норма на чл. 379, ал. 3 ГПК.

11. Процесуалната легитимация на КЗП по искове за обявяване на неравноправни клаузи в договори с общи условия за нищожни не изисква като предпоставка безуспешно изчерпване на мерките по чл. 148, ал. 1, т. 1 до т. 3 ЗЗП, нито предпоставя отправени възражения на КЗП до Комисията за енергийно и водно регулиране в процедурата по одобряване на общи условия, чиито клаузи са предмет на иска.

Становището на съдебната практика в този смисъл, изразено в ***Решение № 207 от 24.01.2012 г. по т.д.№ 580/2011 г. на ВКС, II т.о.***, както и ***Решение № 53 от 15.08.2016 г. по т.д.№ 1486/2015 г. на ВКС, II т.о.*** следва да бъде подкрепено. Одобряването на общи условия от регулаторен орган, които съдържат неравноправни клаузи, не ги санира и не отнема правния интерес от предявяване на колективен иск за обявяването им за нищожни – ***Решение № 86 от 17.08.2015 г. по т.д.№ 616/2015 г. на ВКС, II т.о.*** Заслужават подкрепа и съдебните актове, които по допустимостта на исковете с предмет нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия приемат, че интересът от установяване на нищожността не отпада, ако в хода на производството са приети нови общи условия – ***Решение № 110 от 15.08.2016 г. по т.д.№ 827/2015 г. на ВКС, II т.о.*** Възприемането на това становище дава възможност на потребителите да предявяват индивидуални искове за защита на увредените си права след установена нищожност на неравноправните клаузи, включени в общи условия, като се позовават на разпростиране субективните предели на силата на пресъдено нещо на уважаващото иска съдебно решение, предвидено в чл. 386, ал. 1 ГПК.

12. Правото на КЗП да предяви иск за колективна защита и прогласяване за нищожни на неравноправни клаузи в договори с общи условия не отпада поради обстоятелството, че силата на пресъдено нещо на уважаващото го съдебно решение ще разпростре субективните си предели спрямо други субекти – юридически лица, които нямат качеството на потребител по смисъла на § 13, т. 1 от ДР на ЗЗП. Съдебната практика на ВКС поддържа становище, според което КЗП разполага с право на иск за колективна защита на лица, които имат качеството на потребител по смисъла на ЗЗП, което не може да бъде отречено поради факта, че след прилагане на предписаните съгласно решението мерки по чл. 187, т. 2 ЗЗП – отстраняване на неравноправните клаузи от общите условия, тези клаузи няма да се прилагат по отношение на всички засегнати от тях абонати – ***Решение № 207 от 24.01.2012 г. по т.д.№ 580/2011 г. на ВКС, II т.о.***, както и ***Решение № 99 от 15.07.2015 г. по т.д.№ 617/2015 г. на ВКС, II т.о.*** То следва да бъде подкрепено като съответстващо на изричната разпоредба на чл. 165, ал. 1, т.3 ЗЗП, както и на чл. 386, ал. 1 ГПК.

IV. Изводи и предложения de lege ferenda

Критичният анализ на някои от процесуалните проблеми, свързани с предявяване на исковете за колективна защита с предмет неравноправни клаузи в договори с общи условия в особеното исково производство по колективни искове в практиката на ВКС по прилагането им позволява да се направят следните изводи и предложения *de lege ferenda*:

1. Процесуалната легитимация на КЗП и сдруженията за защита на потребителите, включени в списъка по чл. 164, ал. 1, т. 7 от ЗЗП, за предявяване на искове за колективна защита е **изрична, законоустановена**. Надлежното предявяване на искове от тях за защита на колективен интерес не е обусловено от посочване на повече от две конкретни лица, чиито права и интереси на потребители са засегнати или увредени. Конституирането на потребител- физическо лице, в производството, образувано по колективен иск на КЗП за установяване неравноправна клауза в до-

говор с общи условия е допустимо при обосноваване наличие на негов интерес като индивидуален потребител и спазване на срока за встъпване в производството.

2. Констатираната несъгласуваност между разпоредбите на чл. 148а ЗЗП и чл. 186, ал. 1 ЗЗП за приложимия съдопроизводствен ред за разглеждане на исковете за обявяване нищожност на неравноправни клаузи в договори с общи условия като вид колективни искове е неоправдана и следва да бъде преодоляна при следващо изменение и допълнение на ЗЗП.

Намирам това предложение за уместно, за да станат нашият граждански процес и съдебната практика по прилагането му предвидими и да изпълнят ролята си на важен фактор за насърчаване и развитие на икономиката.

Използвана литература

1. Марков, М. Производство по колективни искове за защита на потребителите. –Общество и право, 2007, № 9.

2. Павлова, М. За неравноправните клаузи в договори с потребители. – В: Правни изследвания в памет на проф. Иван Апостолов. С.: Улпиан, 2001.

3. Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Българско гражданско процесуално право. 9-то преработено и допълнено издание. С.: Сиела, 2012.

4. Чернев, С. Производство по колективни искове. – Търговско и конкурентно право, 2008, № 2.

АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА ФРАНЧАЙЗИНГА В БЪЛГАРИЯ

доц. д-р Захари Торманов,
tormanov@abv.bg
Кристина Стефанова,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
kristina.st.stefanova@gmail.com

Резюме

Докладът представя накратко целите и методите на провежданото от авторите и техния екип "Изследване и представяне на добри практики при изготвянето, сключването и изпълнението на договор за франчайзинг." Докладът представя междинни резултати и коментира оформилите се до момента тенденции относно обичайните практики при сключване на договори за франчайзинг в България. Разгледани са отговорите на анкетираните франчайзодатели и франчайзополучатели по отношение на преддоговорните отношения, първоначалното обучение, съдействието по време на срока на действие на договора и прекратяване на договора за франчайзинг.

Ключови думи: договор за франчайзинг, задължения на франчайзодателя, задължения на франчайзополучателя

Summary

The report briefly presents the aims and methods of the "Research and recommendations of best practices in drafting, conclusion and execution of franchise agreements" conducted by the authors and their team. The report present some of the interim results and comments on the tendencies distinguished in the responses with regard to common practices in conclusion of franchise agreements in Bulgaria. The examined responses of franchisors and franchisees are related to pre-contractual relationships, initial training, ongoing support during the term of the contract and termination of the franchise agreement.

Key words: franchise agreement, franchisor's obligations, franchisee's obligations

Легална дефиниция за договор за франчайзинг в българското право няма. Той може да бъде определен като договор, с който едната страна, наречена франчайзодател, срещу заплащане, предоставя за ползване права на интелектуалната собственост и поема задължения да предостави работещ бизнес модел, съдействие и обучение на другата страна, наречена франчайзополучател. Предоставените за ползване права на интелектуалната и индустриалната собственост най-често включват лиценз върху търговска марка, ноу-хау и оперативен наръчник.

В момента на българския пазар се предлагат за продажба над 200 франчайз пакета на български и чуждестранни франчайзодатели. В същото време, съдебните решения по спорове, произтичащи от договори за франчайзинг, са оскъдни на брой.

Допълнително затруднение при изследването на сключваните в България договори за франчайзинг е, че съдебните решения описват съвсем накратко само основните договорни клаузи и задължения на страните. По-подробно разглеждане на някои договорни задължения се среща само ако конкретните задължения са източник на възникналия правен спор.

Това подтикна нашия екип да предприеме настоящото изследване на текущото състояние на франчайзинга в страната. Екипът ни си постави за цел да проучи обичайните практики и условия при сключване на договори за франчайзинг, както и най-честите затруднения, които страните срещат. Крайният резултат от изследването е изготвяне на типов договор, който да отразява спецификите на франчайзинга в българския бизнес и правна рамка. За целта изследването ни съчетава различни методи, свързани с анкети, лични срещи и анализ на наличната съдебна практика. Тъй като екипът ни продължава събирането на информация и анкети от франчайзодателите и франчайзополучателите в страната, настоящият доклад се ограничава само до представяне на вече откроилите се обичайни практики на основата на събраната до момента информация.

1. Метод на провеждане на изследването

По своята същност изследването представлява провеждане на срещи и интервюта с бивши и настоящи франчайзодатели, франчайзополучатели и специалисти, които консултират или са по друг начин свързани с този вид бизнес. В допълнение екипът ни предвиди възможност за изпращане на анкетни форми до франчайзодатели и франчайзополучатели, развиващи своята дейност в България.

При подбора на потенциални респонденти екипът ни се постара всички географски райони и индустрии да бъдат представени. Постарахме се да включим различни по размер български и чужди франчайзинг системи. Екипът ни използва различни подходи при намиране на потенциални респонденти – правни бази данни, Търговския регистър, консултантски фирми и директен контакт. Опитахме да се свържем с потенциални респонденти чрез електронна кореспонденция, по телефон и чрез специалисти и консултанти в тази сфера. За съжаление следва да отбележим, че начинанието на екипа ни се оказа по-трудно от очакваното. Макар че потенциалните респонденти, с чиято информация за контакт разполагаме, бяха неколкократно потърсени с молба да попълнят наша анкета или да се срещнат с нас, твърде малък процент от потърсените се отзоваха. За момента най-успешен е директния контакт с франчайзодатели. Най-трудно за екипа ни е да се свържем с настоящи и бивши франчайзополучатели. Въпреки трудностите ни, екипът ни продължава да работи върху настоящото изследване.

2. Достигнати междинни заключения

Макар че събраната до момента информация не е окончателна, вече се открояват някои тенденции в резултатите.

2.1. Преддоговорни отношения

Първата положителна тенденция, открояваща се от получените до момента отговори от франчайзодателите в България, е по отношение на преддоговорните отношения между страните. В литературата често пъти преддоговорните отношения са сочени като основен източник на проблеми при сключване на договори за франчайзинг.

Действително преговорите преди сключването на договора могат да създадат значителни проблеми. Това е така заради присъщия на франчайзинга дисбаланс на силите на двете страни. Франчайзодателят най-често е дружество, което развива своята дейност от години. Той или водещите преговорите от негово име имат зад гърба си години опит и значителни ресурси при сключване на договори за франчайзинг. От друга страна, предложенията за франчайзинг са насочени най-често към физически лица, които нямат опит при преговори и сключване на договори, нито при управление на собствен бизнес. Те разчитат изцяло да помощта на франчайзодателя и му се доверяват напълно. Едно от най-големите предимства на франчайзинг модела е именно теоретичната възможност едно лице да започне на самостоятелен бизнес без опит и специализирани знания. Липсата на опит, обаче, крие рискове за франчайзополучателите и дава възможност за злоупотреби с незнанието и доверчивостта на франчайзополучателя. "Няма съмнение, че понякога безскрупулни индивиди целят да използват франчайзинга като средство за получаване на облаги за сметка на неопитни потенциални франчайзополучатели като ги лишават от основни предимства, които са се надявали да получат, ставайки франчайзополучатели." Примерите за такива злоупотреби варират от неразбираем за повечето кандидат-франчайзополучатели текст на договора, през омайване на бъдещия франчайзополучател със статистика и данни за гарантирана възвръщаемост и бърз успех, до подвеждане и погрешно представяне на условията по договора.

Друг потенциален проблем, който се потвърди и от настоящото проучване, е неохотата на франчайзодателите да предоговорят условията по договора за франчайзинг. "Критиците отбелязват, че договорите за франчайзинг не само не са плод на преговори, ами всъщност са договори, които не подлежат на никаква промяна и потенциалният франчайзополучател трябва да приеме стандартния договор, ако желае да закупи франчайз." "Не трябва да се забравя, че притежателят на известна търговска марка или марка за услуги е в положението на по-силна страна в договора, която често определя неговите условия според своите интереси." В проведените интервюта франчайзодателите потвърдиха, че предоговарянето на стандартните условия е по-скоро изключение. Най-честите клаузи, които франчайзодателите са склонни да предоговорят, са относно предоставянето на изключителни права за дадена територия. Един франчайзодател сподели, че счита за несправедливо спрямо самите франчайзополучатели, ако договоря различни условия с всеки един от тях. Франчайзополучателите потвърдиха в своите отговори, че по отношение на договорните условия не са успели да променят нито едно условие договора. Във все повече държави проблемът с предоставянето на информация по време на преговорите преди сключването за договора за франчайзинг е подтикнал законодателите да вземат мерки за защита на франчайзополучателите.

Поради тези причини е изключително важно франчайзополучателят да разбира напълно всички свои права и задължения. Всички анкетирани франчайзодатели го потвърдиха. На въпросите дали разясняват условията по договора и дали се уверяват, че кандидатите за франчайзополучатели разбират своите права и задължения, всички франчайзодатели отговориха положително. Повечето респонденти изтъкнаха, че за тях е изключително важно франчайзополучателите да са наясно със задълженията, които поемат. Част от франчайзодателите посочиха също, че са отказвали да сключат договор с кандидат-франчайзополучатели, ако не са убедени, че те са напълно наясно със задълженията, които ще поемат. От своя страна, всички франчайзополучатели отговориха, че не са имали ограничения във времето за приемане на офертата и са имали достатъчно време да се консултират със специалисти и да обмислят внимателно своя избор. "В полза е и на франчайзодателя, и на франчайзополучателя, ако всеки от тях е добре информиран при вземане на решението дали франчайзополучателят е квалифициран и способен да бъде част от франчайзинг системата. Продажби на неинформирани и неподготвени франчайзополучатели (които са "квалифицирани" само защото могат да заплатят първоначалната такса) носят огромен риск от провал за всички засегнати в системата, особено за начинаещ франчайзодател."

2.2. Обучение и съдействие

Втората положителна тенденция, която се открои при събраните до момента анкети, е по отношение на провежданото от страна на франчайзодателите обучение и оказвано съдействие. "Специфична особеност на договора за франчайзинг представляват поеманите от франчайзодателя задължения за писмени и устни консултации и съдействие на франчайзополучателя по отношение на всички аспекти от неговата стопанска дейност." Тоест франчайзополучателят закупува не само репутация, но и обучение, напътствия, съвети и обучение. Често пъти именно обучението и продължаващото съдействие за целия период на управление на франчайз обекта са причина франчайзополучателят да избере този бизнес модел. Важността на обучението и продължаващото съдействие бе потвърдена и от нашите респонденти. Всички франчайзополучатели потвърждават, че е било проведено първоначално обучение, било е полезно и е отговорило на очакванията и изискванията им. Всички запитани франчайзодатели ни отговориха, че първоначалното обучение се провежда в техен работещ обект. Продължителността е от една до няколко седмици. Някои от тях дори посочиха, че са склонни да удължат срока на обучение дотолкова, доколкото е нужно на обучаващия се.

Що се отнася до периодично и продължаващо съдействие, всички запитани франчайзодатели споделят, че винаги са на разположение и непрекъснато указват съдействие на своите франчайзополучатели относно всякакви текущи въпроси и проблеми, които възникват при управлението на обектите им. За продължаващото съдействие и консултации не се дължи допълнително заплащане. Всички запитани франчайзополучатели също отговарят, че им се предоставя допълнително съдействие по време на договора, то им е било необходимо и полезно, и не е било необходимо допълнително заплащане за него. На въпроса дали са получили съдействие

всеки път, когато им е било необходимо, някои франчайзополучатели са посочили, че са получили помощ в повечето пъти. Това свидетелства колко често е нужно съдействие на франчайзополучателите.

2.3. Прекратяване на договора за франчайзинг

Прекратяването на договора е друга сфера, традиционно считана за източник на проблеми при договорите за франчайзинг. Това е така, понеже "франчайзополучателят прави немалки по размер инвестиции във връзка със сключването и изпълнението на договора за франчайзинг (например осигуряване на подходящи търговски помещения и тяхното обзавеждане, маркетингова и рекламна дейност и др.), които след прекратяването на договорните отношения могат да се окажат безполезни, особено ако продължава да действа забраната за осъществяване на конкурентна дейност." Франчайзополучателят прави значителни инвестиции в закупуването на франчайз пакета, защото очаква да развива своя бизнес в продължение на години. Обикновено срокът на договора е поне 5 до 10 години. Респондентите в настоящото проучване почти единодушно посочиха, че договорите за франчайзинг се сключват за срок от 5 години с възможност за подновяване след изтичането им. "Франчайзополучателят трябва да е уверен, че може да се възползва напълно от инвестицията си във франчайзинга и да има значителна възвръщаемост в рамките на първоначалния срок на договора."

Направените инвестиции под формата на време и финансови средства правят франчайзополучателите много уязвими при прекратяване на договора. Те губят цялата инвестиция за първоначалната такса, подготовката и отварянето на обекта, наемане на служители и др. Обичайната за франчайзинга клауза, забраняваща им, след прекратяване на договора, да извършват дейност в същата сфера, в която е и франчайз веригата, значително ограничава потенциалните им възможности за работа и самостоятелен бизнес. От друга страна, договорите за франчайзинг задължават франчайзополучателите да спазват стриктно не само всички задължения по договора, но също оперативния наръчник, както и последващи указания и инструкции на франчайзодателя. Често пъти въпросът дали франчайзополучателят е изпълнил всички задължения може да бъде тълкуван субективно (напр. дали служителите са били достатъчно любезни). Това дава възможност на некоректни франчайзодатели да се възползват от позицията си и да прекратяват договорите на свои франчайзополучатели без основателна причина. Затова "законодателствата в много страни забраняват на франчайзодателя да прекратява договора без достатъчно основателна причина. За подобно прекратяване се изисква съществено неизпълнение на договора от страна на франчайзополучателя."[1] Дори при съществено неизпълнение на договорно задължение, "в интерес на двете страни е да уговорят предварително достатъчно дълъг период, в който франчайзополучателят, допуснал неизпълнение, да осъществи поетите задължения."

Почти всички франчайзодатели, които взеха участие в проучването ни, заявяват, че са прекратявали договори на свои франчайзополучатели поради неизпълнение. Най-често посочваните причини за неизпълнение са неплащане на парични задължения и неспазване на изискванията за строго определен асортимент. Всички

франчайзодатели подчертават, че прекратяването на договора е крайна мярка, която винаги се стремят да избегнат. Всички те споделиха, че при констатирани нарушения от страна на франчайзополучатели, винаги им предоставят срок от поне месец, а дори и повече, за да изпълнят задълженията си. Няколко франчайзодателя споделиха също, че за тях прекратяване на договора за франчайзинг разваля репутацията на търговската марка, затова е необходимо те да изкупят обектите, инвестирайки свои средства.

3. Заключение

Настоящото изследване констатира положителни тенденции в обичайните практики при сключване на договори за франчайзинг. Българските франчайзодатели полагат усилия за добросъвестно поведение както преди, така и по време на действие на договорите за франчайзинг. На прекратяването на договорите се гледа като на крайна мярка, а франчайзодателите целят постигане и поддържане на дългосрочни правоотношения със своите франчайзополучатели. За съжаление участниците в изследването ни до момента не са достатъчно, за да може екипът ни уверено да заяви, че недобросъвестните практики и злоупотреби по отношение на договорите за франчайзинг в България са рядкост.

Използвана литература

1. Авторски колектив, Търговско право, Университетско издателство "Стопанство", 2005.
2. Минкова-Тръпкова, М. Франчайзингът в бизнеса и правото, 2001.
3. Пиперкова, Л. Франчайзинг, лизинг, факторинг. Делова седмица, С., 1995.
4. Abell, П., The Law and Regulation of Franchising in the EU, 2013.
5. Barkoff, R. & Selden, A. Fundamentals of Franchising, 2004.
6. Blair, R. & Lafontaine, F., The Economics of Franchising, 2005.
7. Brown, H., Franchising, Realties and Remedies, 1978.
8. Hunt, D., The Socioeconomic Consequences of the Franchise System of Distribution, Journal of Marketing, Vol. 36, No. 3, Jul 1972.
9. Steinberg, P., Lescatre, G., Beguiling Heresy, Penn State Law Review, 2004.

ЕДНОСТЕПЕННА СИСТЕМА НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ НАДНАЦИОНАЛНИ ОБРАЗУВАНИЯ ЗА СТОПАНСКО СДРУЖАВАНЕ

гл.ас. д-р Асен Воденичаров,
катедра "Гражданскоправни науки",
Правно-исторически факултет,
Югозападен университет "Неофит Рилски",
asenvodenicharov@mail.bg

Резюме

Интегралното развитие на процесите на политическото и икономическото сътрудничество н държавите членки на Европейския съюз създава нов социален климат и налага създаването на нови бизнес модели с европейска мобилност.Това са правноорганизационни образувания, приспособени към измеренията на Общността – Европейското обединение по икономически интереси (ЕОИИ), Европейското дружество – Societas Europaea (SE) **и Европейското кооперативно дружество – Societas Cooperativa Europaea (SCE).**

Регламентите за тях посочват като върховен орган на новите правни субекти общото събрание. То е основният волеобразуващ и волеизразяващ орган. Решенията на общото събрание се осъществяват от управителните им оперативни органи. ЕОИИ **се управлява от едно или повече физически лица, назначени с учредителния му договор или по решение на членовете.** Европейското дружество и Европейското кооперативно дружество имат надзорен орган и ръководен орган (двустепенна система) или управителен орган (едностепенна система) в зависимост от формата, възприета в устава. В научния доклад се анализират: формирането и състава на посочените органи, представителните им правомощия, организацията на функционирането им, както и взаимоотношенията им.

Ключови думи: Европейско обединение на икономически интереси, Европейско дружество, Европейско кооперативно дружество, управителен орган, административен орган.

Summary

The integrated development processes of the political and economic collaboration of the member states of the European Union, creates a new social climate and imposes the creation of new business models. These are the legal entities, adjusted to the dimensions of the community – European Economic Interest Grouping (EEIG), European company/Societas Europaea (SE) and European cooperative Society (SCE). These supranational companies are arranged by three successively enacted regulations.

The General Assembly is cited as the High Authority by the community acts. The general meeting is a body forming and expressing the intention of a company. It is a specific forum for the free and voluntary expression of the intentions of its individual participants

Decisions of the General Assembly are carried out by the managing operational authorities. **EEIG** shall be managed by one or more natural persons appointed in the contract for the formation of the grouping or by decision of the members.

European company (SE) and European Cooperative Society (SCE) have either a supervisory organ and a management organ (two-tier system) or an administrative organ (one-tier system) depending on the form adopted in the statutes.

In the scientific reports are analyzed: the forming and composition of the aforementioned bodies, representative authorization to act, the organization of their functioning, as well as their relationship.

Keywords: European Economic Interest Grouping, European company (SE), European Cooperative Society (SCE), administrative organ.

1. Интегралното развитие на процесите на политическото и икономическото сътрудничество н държавите членки на Европейския съюз създава нов социален климат. Подобряването на условията на растеж и на факторите, водещи до реална конвергенция за страните, окончателното изграждане и **разгръщане на пълния потенциал на единния пазар,** премахването на бариерите пред търговията и пр. налагат създаването на нови бизнес модели. Става въпрос за **формирането на правноорганизационни образувания, приспособени към измеренията на Общността**. Това следва да бъдат дружества, чиято дейност не се ограничава само до задоволяване на чисто местни нужди, но които да планират и осъществяват реорганизация на дейността си в общностен мащаб. Необходимо е тези непознати структури да притежават възможността да преместват седалищата си без да се прекратяват и да преминават през производството на ликвидация. **Юридически израз на тези потребности** е последователното приемане на три Регламента за създаването на транснационални формирования за доброволно стопанско сдружаване. Ще посочим основните моменти в интересуващата ни материя.

Регламент (ЕИО) № 2137/85 на Съвета от 25 юли 1985 г. относно Европейското обединение по икономически интереси (ЕОИИ) (по-нататък Регламент (ЕИО) № 2137/85) **утвърждава сравнително опростена структура, като формулира само два органа – членовете, които действат колективно като орган и управител или управители (чл. 16, ал. 1)**. Допуска се възможността в учредителния договор на образуването да бъдат предвидени и други органи, като в този случай се определят в договора и техните **правомощия.** Членовете на обединението, които действат като орган, могат да вземат всички решения за осъществяване на предмета на дейността му.

Регламент (ЕО) № 2157/2001 на Съвета от 8 октомври 2001 година относно Устава на Европейското дружество (SE)[1], (по-нататък Регламент (ЕО) № 2157/2001) провъзгласява, че дружеството има надзорен орган и ръководен орган (двустепенна система) или управителен орган (едностепенна система) в зависимост от формата, възприета в устава. Последователно се уреждат специфичните въпроси на управлението при дуалистичната и монистичната му структура.

Регламент (ЕО) 1435/2003 на Съвета от 22 юли 2003 година относно устава на Европейското кооперативно дружество (SCE) (по-нататък Регламент (ЕО) 1435/2003) идентично създава структурата на посоченото образувание. Регламентирайки двустепенната система, общностният акт посочва функциите на

управителния орган и назначаването на членовете му, статута на председателя и свикването на заседания, правомощията и задълженията на надзорния орган, правото на информация и пр. Уреждайки правното положение на административния орган при едностепенната система, Регламентът формулира неговите функции, начините на конституирането, чистота на заседанията, процедурата на провеждането им и др. Заедно с това установява общи правила за двете системи.

2. Посочените актове създават редица общи елементи на правната идентичност на трите нови наднационални дружествени структури. Особено съществен сред тях е юридическата регламентация на управлението им. В органната организационна система важно място заема общото събрание (general meeting, assemblée générale). То е присъщ елемент на всяко корпоративно устроено образувание. Неговото съществуване в икономическия сегмент на социалната практика е изявено в гражданското и търговското законодателство на всички държави членки. То е върховен орган на образуванията. Неговото първенстващо място в йерархическата им органограма се определя от широка му компетентност. Тя се определя от съответния регламент, националното законодателтво във връзка с прилагавено му, кактои от установения правопорядък за акционерните или кооперагивните дружества в съответната страна. По този начин е обогатена правнонормативната му основа. В предметното съдържание на правомощията на ЕД със седалище в България е решаването на основните въпроси в развитието на дружеството: изменя и допълва устава му, увеличава и намалява капитала, преобразува и прекратява дружеството, и др. Общото събрание на ЕКД, вписано в търговския регистър на нашата страна изменя и допълва устава; определя броя на членовете на управителния съвет и ги избира и освобождава с тайно гласуване; избира и освобождава председателя на кооперацията; утвърждава решението на управителния съвет за приемане на нови членове; изключва членове; взема решение за преустройство и прекратяване на кооперацията и за обявяването ѝ в ликвидация и др.

Общото събрание е **волеобразуващ и волеизразяващ орган на образуването.** То е специфичен форум за свободните и доброволни волеизявления на отделните негови участници. Изразяваните волеизявления могат да бъдат индивидуални или групови, но винаги те изразяват дадено отношение. На събранието, като в своеобразна фуния се събират различните мнения, съображения, предложения и др., които подкрепят или се противопоставят на обсъжданите тези по разглежданите проблеми. Така се формира общата воля на участващите в него лица. Тя намира юридически израз в приеманите решения. В Европейското обединение по икономически интереси (по-нататък (ЕОИИ) ролята на общо събрание се осъществява от членовете, които действат колективно. Членовете на обединението, които действат като орган, могат да вземат всички решения за реализиране на предмета на неговата дейност. Свикването и провеждането на общите събрания на Европейското дружество (по-нататък ЕД) и Европейското кооперативно дружество (по нататък ЕКД) са уреждат в съответните регламенти.

3. Решенията на общите събрания се реализират от **оперативните управленски органи** на корпоративните образувания. **За ЕОИИ това е управителят или управителите.** Общностният акт съдържа опция в учредителния договор на обединението да бъдат предвидени и други органи, освен членовете му, действащи колективно като орган и управителя/лите. Техните правомощия се дефинират в договора. Ето защо тази система може да бъде определена като едностепенна, защото е налично само едно йерархично ниво – управителя/лите. Установена е несъвместимост за заеманата длъжност с други съществуващи нормативни изискнания. Не може да бъде управител на ЕОИИ, за което съществува една от следните според вътрешното право на държавата по седалището на ЕОИИ и в) по силата на съдебно или административно решение, постановено, или признато в една държава членка не може да бъде член на административен или управителен орган на дружество, да управлява предприятие, или да действа като управител на европейско обединение по икономически интереси

Държавата членка е възможно да предвиди за обединения, регистрирани в нейните търговски регистри, че управители могат да бъдат и юридически лица. В този случай е необходимо те да определят за свои представители едно или повече физически лица. При положение, че държавата членка се възползва от тази опция, тя следва нормативно да посочи, че представителят или представителите отговарят, както ако самите те биха били управители на съответните ЕИОО.

Учредителният договор на ЕОИИ може да установи и условия за назначаване и освобождаване на управителя/лите и техните правомощия. При положение, че актът не регламентира компетентността им, тя се определя с единодушно решение на членовете.

ЕОИИ се представлява в отношенията си с трети лица само от управителя, а ако има двама или трима управители – от всеки от тях. Всеки управител задължава обединението в отношенията с тези лица, когато действа от негово името, дори и ако действията му не кореспондират на предмета на дейност. Тази отговорност няма да се реализира при положение, че ЕОИИ докаже, че третото лице е знаело или според обстоятелствата не е могло да не знае, че действието не съответства на предмета на дейност. Обнародването на данните самò по себе си не е доказателство за това.

4. Общностите актове установяват за ЕД и ЕКД две системи на управлението. При първата, освен общото събрание, са налице два органа – надзорен орган и ръководен орган. Ето защо тя се определя като **двустепенна система (two-tier system, système dualiste, dualistisches system)**. В националната ни уредба надзорният орган се наименува надзорен съвет, а ръководният – управителен съвет (УС). При втората, освен общото събрание, се формира само един орган – управителен орган. Поради това тя се означава като **едностепенна система (one-tier system, système moniste, monistisches system)**. Този орган в действащото право у нас е получил наименованието – съвет на директорите (СД), а за кооперациите – управителен съвет (УС).

Европейският нормотворец е предоставил правото на учредяващото се дружество самостоятелно да избере своята управленска структура. Изборът е ограничен в рамките на императивно установения набор. Този подход във вторичното право на Съюза е юридическа проява на стремежа за утвърждаването и развитието на корпоративната демокрация. На учредителните събрания на ЕО и ЕКД участващите акционери, респективно кооператори, самостоятелно изразяват волята си при определянето коя от двете системи ще приема нововъзникващото образувание.

Наличието на сходна регламентация на управление на ЕО и ЕКД не ги прави идентични правноорганизационни форми за стопанско сдружаване. Съществуват структуроопределящи различия между тях. ЕО е капиталово дружество, а в основата на ЕКД е поставен приоритетът на личността, т.е. то е дружество *intuitu personae.* ЕО може да се учреди единствено от съществуващи акционерни дружества или дружества с ограничена отговорност. ЕКД може да възникне и *ex nihilo,* т.е. на "празен юридически терен". Ето защо неговото учредяване можем да го определим като оригинерно. Следва да добавим и фактът, че то е възможно да бъде учредено и от минимум пет физически лица, установени най-малко в две държави членки. Не съществува хипотеза, при която ЕД за бъде учредено от граждани. ЕО има установен капитал, който може да бъде изменен само след решение на общото събрание и вписване в съответния национален търговски регистър. Обратно – ЕКД има променлив капитал. Минималният капитал на ЕД е 120 000 евро, а на ЕКД – четири пъти по-малък – 30 000 евро. Особено подчертана е разликата при гласуване в общите събрания на двете образувания. При ЕД акцията дава право на един глас в общото събрание на акционерите. По този начин един акционер може да притежава 99.99 на сто от гласовете. В ЕКД приоритетът на личността се изразява и в установеното правило "един кооператор – един глас". Налице са и редица други съществени отлики.

5. Регламент (ЕО) № 2157/2001 и Регламент (ЕО) 1435/2003 установят в два специални раздела, едноименно назовани "Едностепенна система" структурата на дружествата. Нормативната уредба е сравнително пестелива в сравнение с тази за учредяването на дружествата. На ЕД са посветени три члена с по няколко алинеи (чл. 43 – чл. 45), а на ЕКД – аналогично три разпоредби с алинеи (чл. 42 – 44). Макар и в по-малък нормативен обем, те фиксират структуроопределящите юридически белези на разглежданата форма на управление. Първият регламент посочва, че "управителният орган управлява ЕД" (*The administrative organ shall manage the SE, L'organe d'administration gère la SE, Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SE)*. Пред подобна юридическа ситуация сме изправени и при Европейското кооперативно дружество. Административният орган осигурява управлението на ЕКД *(The administrative organ shall manage the SCE, L'organe d'administration assure la gestion de la SEC, Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SCE).*

Общностните актове изрично посочват, че когато в националното законодателство не съществува регламентация на едностепенната система във връзка с акционерните дружества, респективно за кооперациите със седалище на територията на съответната държава членка, тя може да приеме, подходящи мерки по отношение

на разглежданата структура на ЕД и ЕКД. **Германия е страна с типична двустепенна форма на управление на корпоративните образувания. Ето защо тя приема специален закон, в който регламентира и монистката система на ЕД със седалище в тази страна. Юридическата уредба на тази непозната за Германия форма на структура се съдържа в 23 текста от общо 52, посветени на двата модели на управление на ЕД. За създаването на шеапосочената нова уредба за немското законодателство служи за образец френския търговски кодекс.**

Членът или членовете на управителния орган се избират от общото събрание на акционерите, респективно кооператорите. Това е негово изключително правомощие и то не може да се делегира. Членовете на първия управителен орган след учредяването на дружеството, обаче могат да бъдат назначени с устава. В съзвучие с латинската сентенция *Nulla regula sine exceptione* е налице изключение от установеното правило, че Регламентът не засяга действието на националното правило, което допуска миноритарните акционери или други лица, както и органи на власт да избират някои от членовете на орган на ЕД. Посоченото правило се прилага независимо от условията за участие на заетите лица в управлението на ЕД, определени в Директива 200/86/ЕО.

Колективната структура на органа, оперативното осъществяване на нужните управленски действия и необходимостта на висока специална професионална квалификация са обусловили възможността държавата членка да установи в своето национално законодателство назначаването на изпълнителен директор или изпълнителни директори, които да отговарят за ежедневното управление при същите условия, както за акционерните и кооперативните дружества със седалище според устройствения акт на територията на тази страна. Следователно става въпрос за формирането на оперативен мениджмънт, който да осъществява планиращи, организиращи, ръководни, координиращи и контролни функции за ефективното протичане на дейността на ЕД и ЕКД. Тази възможност е едно от основните сходства на разглежданата уредба за едностепенната система на управление, както и на двустепенната структура на ЕД и ЕКД, установена в чл. 39, ал. 1 на Регламент (ЕО) 2157/2003 и в чл. 37, ал. 1 от Регламент (ЕО) 1435/2003.

Опцията за избор на изпълнителни членове на управителния орган са приели Белгия, България, Гърция, Дания, Естония, Испания, Латвия, Люксембург, Полша, Словения, Унгария, Финландия, Франция, Хърватия, Чешка република и Швеция. Търговският закон на нашата страна в чл. 224, ал. 4 дава възможност Съветът на директорите на ЕД със седалище в България да възложи управлението на дружеството на един или няколко изпълнителни директори, избрани между неговите членове и определя възнаграждението им. Заедно с това установява ограничението, че броят на изпълнителните членове не може да бъде по-голям от броя на оставилите членове. Подобен режим е установен от *Code de commerce de France.* Предвижда се възможността управителният орган да избере главен директор *(directeur général)* и негови заместници *(directeurs généraux délégués)*. Формулирано е условието той да бъде физическо лице. То не може да осъществява последователно функцията на главен директор или негов заместник повече от един мандат, когато дружеството има седалище на френска територия. Допускат редица изключения и др. Кралският

кодекс за корпоративно управление от 2010 г. в Обединеното кралство, Великобритания и Северна Ирландия посочва, че управителния орган *(board)* назначава главен изпълнителен директор и изпълнителни директори. Директорите без изпълнителни функции *(non-executive directors)* трябва да съдействат за осъществяването на приетата стратегия, както и да следят внимателно достигането на определените цели. Главният изпълнителен директор *(chief executive director*) не може да бъде едновременно председател на борда. При положение, че органът реши, че е необходимо той да осъществява едновременно двете функции е необходимо да поиска съгласието на мажоритарните акционери. Общностния акт за ЕКД дава възможност държави членки да предвидят в националното си законодателство генералният директор да бъде отговорен за текущото управление, при условията, като тези за кооперациите със седалище на тяхна територия.

6. Видно и от наименованието изпълнителните членове на управителния орган осъществяват изпълнителна дейност, т.е. реализират ежедневното оперативно управление *(day-to-day management,* ***gestion courante)*** на дружеството съобразно решенията на общото събрание на дружеството. Тя е неразделен компонент на общото управление на дружеството. Дейността на изпълнителните членове е правно регламентирана. Между изпълнителния директор или изпълнителните директори от една страна и ЕД и ЕКД от друга, възниква ново правоотношение. Правопораждащият юридически факт за неговата поява е сложен и включва две действия – избор от управляващия орган респективно решение на общото събрание и съгласие на съответното лице. Изборът от управляващия орган ще протече съгласно утвърдените правила за работата му. В случаите, предвидени в националното законодателство изборът ще стане от общото събрание, в което могат да участват само лицата, притежава качеството "акционер" или "кооператор". С избора им изпълнителните членове придобиват нов юридически статут. Възниква за тях ново двуяко правно положение. От една страна те са членове на управителния орган, а от друга са им възложени и изпълняват специфични управленски функции. Поражда се ново управленско правоотношение между управляващия орган и избраните членове. Обикновено то възниква на основата на договор за участие в управлението. Породеното правоотношение не е самостоятелно. То е неразривно свързано с възникналото преди това органно правоотношение, което се явява негова юридическа основа. Ето защо има субсидиарен (акцесорен) характер. В случай, че изпълнителният член на съвета прекрати участието си в изпълнителното ръководство поради доброволна оставка ще се погаси единствено изпълнителното, но ще остане в сила наличното органното правоотношение. Изпълнителното правоотношение ще се прекрати и при едностранното му прекратяване от управителния орган, което може да стане но всяко време. В този смисъл освобождаването на изпълнителния директор от това му качество ще бъде от една страна правопогасяващ юридически факт по отношение на изпълнителното право изпълнителното правоотношение, а от друга – правоизменящо юридическо събитие за органното.

Възлагането на оперативното управление на изпълнителните директори може да се разбира като прехвърляне на определени правомощия от управляващия орган на

тях при съхранение правото му на контрол. Тук не става въпрос за делегирана на компетентност. По-скоро сме изправени пред разпределение на организационно-предметни задължения. За това говори и фактът, че членовете на управителния орган с изпълнителни и неизпълнителни функции имат еднакви права и задължения, независимо от вътрешното разпределение на функциите. Създадената взаимовръзка има някои общи черти с отношението "ръководен орган – надзорен орган" при двустепенния модел на управление на ЕД и ЕКД. Налице са и някои съществени отлики. Изпълнителните директори се излъчват от управителния орган и те съхраняват основното си правно качество на член на управителния орган, докато членовете на надзорния орган не могат да бъдат едновременно член на ръководния и на надзорния орган на същото дружество.

В устава на **ЕКД със седалище в България** може да се предвиди управителният съвет да избере от своя състав изпълнителен комитет, като определи правомощията му и реда за вземане на решения. Правна база за това е разпоредбата на Регламента, е че могат да се формират такива органи при условия като тези за кооперациите със седалище на тяхна територия.

7. Управителният орган, като колективно организационноправно образувание, функционира на принципа на колегиалността, т.е. приема решенията на свои заседания. Регламентите не установяват необходимия кворум и изискваното мнозинство за легитимно приемане на актовете му. Регулацията на този въпрос е предоставена на уставите на ЕД и ЕКД. Налице е обаче изискване на общностно ниво за честотата на заседанията му. Управителният орган трябва да заседава най-малко един път на всеки три месеца през интервали, определени в устава. Това означава, че той следва да се събира минимум четири пъти през календарната година. Установеното изискване е правно и икономически обосновано, тъй разглежданият орган управлява дружеството. Заседанията могат да бъдат редовни или извънредни, като процедурата по свикването им ще се урежда в Устава. С оглед на ефективното участие на членовете на управителния орган в заседанията му нормативно е предоставено правото им на цялостна информация по разглежданите въпроси от дневния ред, както и върху общата дейност на ЕД.

По принцип, броят на членовете на управителния орган и правилата за определянето му се установяват в Устава на ЕД или ЕКД. Предвидена е обаче възможност държавата членка да определи минимален, а когато е необходимо и максимален брой на членовете. ЕД със седалище на територията на Франция следва да има най-малко трима членове, като техният брой не може да надминава осемнадесет. Независимо от предоставената дружествена автономия, Регламентът обаче постановява, че управителният съвет (СД) на ЕД се състои най-малко от трима членове, като участието на заетите лица в управлението се регулира в съответствие с допълващата го Директива 2001/86/ЕО по отношение на участието на заетите лица. Анализът на нормативните уредби на държавите-членки за числения състав на управителния орган на ЕД разкрива, че петнадесет страни са установили минималния брой членове, а пет от тях са предвидили и максималния. В посочената група се включва и нашата страна. Броят на членовете на управителния съвет на ЕКД със седалище в

България се определя в Устава му. Законът за кооперациите не дефинира минимален и максимален числен състав на посочения орган.

Библиография

1. Бобатинов, М. Търговско и гражданско представителство. – Пазар и право, 2001, № 7.
2. Герджиков, О. Коментар на Търговския закон. Книга първа. С., 2007.
3. Григоров, Гр. Органното представителство на търговеца. – Правна мисъл, 1997, № 1.
4. Йосифова, Т. Деликтна ли е отговорността на членовете на управителния съвет на акционерно дружество за причинени на последното вреди? – Пазар и право, 2006, № 8.
5. Калайджиев, А. Търговски дружества. Персонални дружества. Дружество с ограничена отговорност.С., Сиби, 2014.
6. Марков, М. Задължението за лоялност на членовете на управителни органи в АД. – Пазар и право, 2003, № 10.
7. Марков, М. Общото събрание на АД след промените в Търговския закон, Пазар и право, 2003, № 8.
8. Стефанов, Г. Европейско дружествено право, Велико Търново, Абагар, 2011.
9. Стефанов, Г. Кооперативно право. Част първа. Велико Търново. Абагар, 1996.
10. Губин Е.П. Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика – Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 6.
11. Губин Е.П. Правовое обеспечение свободы экономической деятельности – Предпринимательское право. 2015. № 4.
12. Суханов Е.А. *Сравнительное корпоративное право*. М. Статут, 2014.
13. Baudieu Guy, Les enjeux de la société européenne, RDAI 1990.
14. Béraud, S. La groupement européen d'intérêt économique. Genève (Institut universitaire d'études européennes), 1991.
15. Blanquet Fr. Enfin la Société européenne «la SE», Revue du Droit de l'Union européenne 1/2001.
16. Cabriel, S. Droit civil. Les personnes, 13ème éd., coll. Précis droit civil, Montchrestien, 2014.
17. Catherine, C., A. Lecourt. La pratique du droit européen des sociétés, éd. Joli, 2010, 735 p.
18. Cathiard C. La Société Européenne – Aspects de droit comparé, Droit et patrimoinen 125, avril 2004.
19. Cathiard,C. Rapport sur la Société européenne : la Société européenne, forme nouvelle de la citoyenneté européenne, a de l'avenir – Les Petites Affiches, 30 mars 2007;
20. Edwards V., The European Company – Essential Tool or Eviscerated Dream. CMLR 2003.
21. Eidenmüller H. et alii, "Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a vehicule for legal arbitrage", European Business Organization Law Review, 2009.

22. Ernst & Young, "Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)", 2008/S 144-192484, 9 décembre 2009.
23. Marty P. European Cooperative Society (SCE), Los Angeles, 2001.
24. Mustaki, G., V. Engammare, Droit européen des sociétés, Bruxelles, Helbing Lichtenhahn, 2009.
25. Vallée,T., La société anonyme européenne, Paris, 2003.
26. Woodland Philippe, La société européenne (SE): La dernière ligne droite?, Revue du Marché Commun, 1991.

ОТНОСНО ПРЕДСРОЧНАТА ИЗИСКУЕМОСТ ПО ЗЗД

гл.ас. д-р Катя Владимирова,
катедра "Частноправни науки", УНСС,
e-mail:vladmirovi@abv.bg

Резюме

През последните години все по-често се говори за предсрочна изискуемост на задълженията. Обикновено понятието се разглежда през призмата на търговското право и по-конкретно при договорите за заем между банковите институции и физическите лица. Извън търговското право предсрочната изискуемост намира приложение и в облигационното право. В настоящото изложение ще спра вниманието си именно на предсрочната изискуемост в гражданските взаимоотношения, като ще се опитам да обърна внимание на основанията за възникване на предсрочната изискуемост.

Ключови думи: предсрочна изискуемост, неплатежоспособност, обезпечения

Summary

In recent years more often is talked about the pre-term exigibility of the obligations. Typically, the concept is dealt with through the prism of commercial law and, in particular, in loan agreements between banking institutions and individuals. Apart from commercial law, however, pre-term exigibility is also applicable in obligation law. In this report I will focus on pre-term exigibility in the civil relations, and I will try to draw attention to the reasons for emergence of the pre-term exigibility.

Keywords: pre-term exigibility, insolvency, securities

През последните години все по-често се говори за предсрочна изискуемост на задълженията. Обикновено понятието се разглежда през призмата на търговското право и по-конкретно при договорите за заем между банковите институции и физическите лица. Извън търговското право предсрочната изискуемост намира приложение и в облигационното право. В настоящото изложение ще спра вниманието си именно на предсрочната изискуемост в гражданските взаимоотношения, като ще се опитам да обърна внимание на основанията за възникване на предсрочната изискуемост.

Съгласно чл. 69, ал. 1 от ЗЗД задълженията са изискуеми веднага, стига да не е уговорен срок за изпълнение между страните. Разбира се веднага не означава, че длъжникът трябва да престира незабавно. Чл. 84, ал. 2 от ЗЗД пояснява, че ако страните не са уговорили срок кредиторът трябва да покани длъжника да изпълни. Едва след отправяне на покана и изтичане на определения в поканата срок длъжникът изпада в забава. При срочните задължения изискуемостта настъпва с настъпване на срока. Съгласно чл. 70 от ЗЗД срокът на задължението се смята уговорен в полза на длъжника, стига страните да не са договорили нещо различно. Това озна-

чава, че кредиторът не може да търси изпълнение преди да настъпи срока посочен в облигационното отношение.

Възможно е обаче, преди да изтече срока или преди кредиторът да е поканил длъжника си (при безсрочните задължения), да настъпят такива факти и събития, които да доведат до реална заплаха за кредитора да събере вземането си. Именно с цел да бъде защитен кредитора, в чл. 71 ЗЗД законодателят допуска настъпването на предсрочна изискуемост на вземанията.

Предсрочната изискуемост представлява едно субективно право на кредитора. Той може да се възползва от това свое право или не. Преценката е негова. Това право е потестативно по своя характер. Осъществявайки своето право кредиторът променя съществуващите правоотношения между страните и по-конкретно променя изискуемостта на задължението. Правото на предсрочна изискуемост е акцесорно право. Между страните е необходимо наличието на валидно облигационно задължение. Ако такова не съществува не може да говорим и за предсрочна изискуемост. На следващо място правото на предсрочна изискуемост не е лично право. Наистина в чл. 71 от ЗЗД се говори, че задължението може да бъде искано от кредитора, но това не означава, че правото на предсрочна изискуемост е лично право. Изпълнението от даден длъжник би могло да удовлетвори не само кредитора, но и трети лица – кредитори на кредитора. От тук можем да направим извода, че правото на предсрочна изискуемост по своя характер зависи от характера на задължението на длъжника. Ако задължението на длъжника е свързано с неговата личност, то и правото на предсрочна изискуемост се характеризира с личностни елементи и обратното. Правото на предсрочна изискуемост е едно обезпечително право, което цели да защити кредитора от невъзможността длъжника да изпълни задълженията си.

Предпоставките на предсрочната изискуемост по чл. 71 от ЗЗД са следните:

1. Наличие на срочно задължение или безсрочно задължение, при което кредиторът е поканил длъжника да изпълни, т.е. дал му е срок за изпълнение.

2. Да не е настъпила изискуемост на задължението и то да може да бъде изпълнено преди падежа. Ако изискуемостта е настъпила, то няма как да искаме предсрочна изискуемост по чл. 71 от ЗЗД. Така например откриването на производство по несъстоятелност също не може да доведе до наличието на предсрочна изискуемост по чл. 71 от ЗЗД, тъй като с откриване на производство по несъстоятелност (чл. 617 от ТЗ) всички парични и непарични задължения стават изискуеми.

Ако за изпълнение на дадено задължение е необходим значително по-дълъг срок от време, отколкото срока при настъпване на предсрочната изискуемост, то длъжника се поставя в невъзможност да изпълни задължението. Упражняването на правото на предсрочна изискуемост от страна на кредитора е в противоречие с правните норми, справедливостта и морала.

3. Предупреждение на длъжника. Когато се упражнява правото на предсрочна изискуемост възниква въпросът следва ли кредитора да предупреди длъжника си за упражняване на правото на предсрочна изискуемост и съответно да му даде нов срок за изпълнение. Представлява ли предупреждението на длъжника част от фактическия състав на правото на предсрочна изискуемост.

По отношение на предупреждаването на длъжника следва да отбележим, че съществува противоречива съдебна практика. В някои решения се приема, че уведомяването на длъжника не е необходимо тъй като депозирането на исковата молба играе ролята на уведомяване[1]. В други решения се застъпва обратната теза, като се изхожда, че длъжника следва да бъде уведомен за упражняването на потеставното право от страна на кредитора преди депозиране на исковата молба. Считам, че второто становище следва да се подкрепи, поради следните причини:

Правото на предсрочна изискуемост е потестативно право.Длъжникът няма как да разбере за неговото упражняване, ако не бъде уведомен. Наистина с депозиране на исковата молба, той би разбрал за това право, но може би ако беше уведомен преди това той би престирал съобразно настъпилата изискуемост. Премахването на необходимостта кредитора да уведомява длъжника би довела също така до излишно натрупване на дела пред съдилищата в страната.

По отношение на въпроса следва ли да бъде даван допълнителен срок за изпълнение, считам че това зависи от самия вид на задължението. Кредиторът не би следвало да иска от длъжника си невъзможното.Той не следва при уведомяване на предсрочна изискуемост да изисква от длъжника да погаси задължението незабавно. В зависимост от конкретния вид задължение кредиторът следва да прецени ще може ли длъжника да изпълни веднага или ще му е необходим все пак някакъв разумен срок.

4. Настъпване на събитие или действие от страна на длъжника, с което да застрашава интереса на кредитора да се удовлетвори. По конкретно фактите, които могат да доведат до предсрочна изискуемост са следните:

1. неплатежоспособност на длъжника

2. когато длъжникът със свои действия е намалил свои обезпечения или стойността им.

3. когато длъжникът не даде обещаните обезпечения.

Изброените по-горе предпоставки са алтернативни. Необходимо е наличието на една от тях, за да възникне за кредитора право на предсрочна изискуемост.

Първата предпоставка е неплатежоспособността. Понятието неплатежоспособност се използва и в търговското право, като там то е предпоставка за откриване на производството по несъстоятелност по ТЗ (чл. 608). В тази връзка възниква въпросът аналогично ли е това понятие с понятието неплатежоспособност по чл. 71 от ЗЗД. В чл. 71 от ЗЗД и в следващите не се конкретизира какво разбираме под понятието неплатежоспособност, докато в чл. 608 от ТЗ, законодателят подробно описва състоянието на неплатежоспособност. Съгласно чл. 608 от ТЗ неплатежоспособността е обективно финансово състояние на длъжника –търговец и възможността на последния да изпълни изискуемо парично задължение по търговска сделка, включително нейната действителност, изпълнение, неизпълнение, прекратяване, унищожаване и разваляне, или последиците от прекратяването ѝ. Неплатежоспособен по ТЗ е и търговец, който има публично-правно задължение към държавата и общините, свързано с търговската му дейност, или задължение по частно държавно вземане.

От тук следва, че неплатежоспособността по ТЗ се отнася само за търговци, само за търговски сделки и то за парични задължения. Направеното през последните години допълнение на ТЗ, чрез прибавянето на допълнителните състояния, относно действителността, унищожаемостта и т.н. отново се отнасят само за търговците, само за парични задължения и само търговски сделки. Същото важи и за публичните задължения или задължения по частно държавно вземане.

Посочените ограничения не следва да намерят приложение по отношение на неплатежоспособността по ЗЗД. Облигационните отношения уреждат взаимоотношенията между гражданите. За да имаме неплатежоспособност на длъжника по едно облигационно отношение не е необходимо последния да е търговец, не е необходимо да е сключил търговска сделка. Не само това – не е необходимо задължението към кредитора да произтича от парично вземане.

Наблюдава се и друго различие. В чл. 608 от ТЗ са въведени три презумпции относно неплатежоспособността, а именно при спиране на плащанията от страна длъжника, при образувано изпълнително производство и неудовлетворено вземане повече от шест месеца, при не заявяване за обявяване в търговския регистър годишните финансови отчети за последните три години от страна на търговеца. Посочените презумпции подлежат на оборване от страна на длъжника. В случай, че не сме в хипотезите на посочените презумпции неплатежоспособността по ТЗ подлежи на пълно и главно доказване в създаденото специално производство по несъстоятелността. При неплатежоспособността по ЗЗД презумпции не съществуват. В тежест на кредитора е да докаже настъпването на неплатежоспособността и предсрочната изискуемост. Съдът във всяко конкретно производство по ЗЗД следва да прецени наличието на предпоставки за неплатежоспособност.

В същност какво представлява неплатежоспособността по ЗЗД.

Може да кажем, че неплатежоспособността по ЗЗД е такова състояние на длъжника, в което последният не може да посреща своите задължения. Неплатежоспособността предполага сравняване на актива и пасива на длъжника. Би следвало да се види има ли заведени други изпълнителни производства срещу конкретния длъжник, какъв е техния изход. Разполага ли със средства длъжникът и т.н. В облигационното право липсват показателите за ликвидност, но това не пречи на съда да прецени състоянието на длъжника и възможностите му да посреща нуждите си.

Не може да се предположи наличието на неплатежоспособност при вписването на различни обстоятелства в търговския регистър. Не представлява неплатежоспособност вписването в ТР на обстоятелства за прекратяване или ликвидация на дадено дружество. Процесите на прекратяване и ликвидация не могат да доведат до обоснован извод, че длъжникът не може да покрива своите задължения.

Не представлява основание за наличието на неплатежоспособност по ЗЗД и наличието на осъдително решение, дори и да е влязло в сила. Наличието на осъдително решение, само по себе си не доказва невъзможността на длъжника да заплаща своите задължения. Именно поради това в производството по чл. 71 от ЗЗД е необходимо кредиторът при условията на пълно доказване да установи неплатежоспособността на своя длъжник.

Второто основание за възникване на предсрочна изискуемост по ЗЗД е когато длъжникът със свои действия е намалил свои обезпечения или стойността им. Характерно за тази предпоставка е намаляването на обезпеченията да са в резултат на действията на длъжника. Това означава длъжникът умишлено извършвайки дадено действие да цели намаляване на даденото обезпечение. Без значение е вида на обезпечението, а именно дали е реално или лично. Единствено е необходимо намаляването да не е в резултат на случайно събитие. В резултат на действията на длъжника се намалява стойността на движимата или недвижима вещ. Възможно е длъжникът да унищожава вещта по някакъв начин, да намалява вземането и др. подобни. За упражняване на правото е без значение размера на вземането на кредитора. Без значение е и обстоятелството дали остатъка от обезпечението би покрило задължението на длъжника към кредитора. От значение е единствено обстоятелството, че се намалява размера на даденото обезпечение.

Възниква въпросът представлява ли намаляване на обезпеченията разпоредителната сделка на длъжника с дадено за обезпечение имущество. В случай, че имаме движима вещ дадена в залог, ако тя се намира във владение на кредитора или във владение на лице натоварено от кредитора да пази заложната вещ, при една евентуална продажба от страна на кредитора би следвало да се приложи чл. чл. 157, ал. 1 ЗЗД. Това означава, че кредиторът ще продължи да държи заложената вещ, докато обезпеченото вземане бъде погасено изцяло. Това не винаги е така. Съгласно чл. 7 от ЗОЗ залогът се погасява, ако трето лице придобие по сделка, извършена от залогодателя в кръга на обикновената му дейност по занятие, права върху заложеното имущество, несъвместими със заложното право.

При ипотеката положението е близко. Ипотеката следва недвижимия имот. За кредитора е без значение кой е собственика на имота. При неизпълнение кредиторът ще може да се удовлетвори от ипотекираната вещ. В този смисъл не мисля, че извършването на разпоредителна сделка с даденото за обезпечение имущество от страна на длъжника води до намаляване на обезпеченията, що се касае до залога и ипотеката.

По отношение на въпроса за намаляване на обезпеченията интерес представляват и личните обезпечения. В ЗЗД лично обезпечение представлява поръчителството. С поръчителството едно трето лице се задължава да отговаря с цялото си имущество пред кредитора за дълга на длъжника. На практика при неизпълнение на задължението в срок от длъжника при наличие на поръчителство кредитора може да насочи изпълнението както към длъжника така и към поръчителя. Какво обаче ще стане, ако преди настъпване на изискуемостта поръчителя се разпореди с притежаваното от него имущество. На практика по този начин намалява обезпечението за кредитора, тъй като поръчителството предполага удовлетворяване от цялото имущество на поръчителя. В чл. 71 от ЗЗД се говори единствено за действия от страна на длъжника, с които е намалил имуществото на кредитора. В този си вид чл. 71 не би могъл да се приложи в случай, че поръчителя било сам, било със съдействието на длъжника намали имуществото си. Би могло да се помисли при следващи редакции на чл. 71 от ЗЗД да бъде въведена предсрочна изискуемост и по

отношение действия на поръчителя в случай че последния намали имуществото си, като общо обезпечение.

Чл. 71 ЗЗД няма да бъде приложим и при солидарните задължения. Не може кредитора да се възползва от предсрочна изискуемост към един от солидарните длъжници, ако по отношение на него не са налице предпоставките на чл. 71 от ЗЗД. В този смисъл чл. 71 от ЗЗД има относително действие при солидарността.

Третата хипотеза на предсрочна изискуемост обхваща случай на обещани, но не дадени обезпечения. Тук не съществуват някакви противоречия или не изяснени въпроси. Независимо от вида на обезпечението то все още не съществува за кредитора. Длъжникът е поел задължение да даде някакво обезпечение- да учреди ипотека, да даде вещ в залог и т.н., но не го е сторил. В тази хипотеза би следвало да попадат и случаите, когато е дадено обезпечение, но формата на даденото обезпечение страда от някакъв порок, което води до нищожност на договора за обезпечение. В резултат на това на практика липсва каквото и да е обезпечение. Например не е спазена формата на ипотеката – не вписана ипотека. На практика обезпечение няма.Обещано е, но не е дадено, поради порочната му форма.

Последици:

Както посочих по-горе правото на предсрочна изискуемост е потестативно право на кредитора. Той избира дали да упражни това свое право или не. Ако избере да упражни правото си, кредиторът няма да прекрати възникналото облигационно отношение. Той няма да измени предмета на правоотношението или някоя друга уговорка, единствено ще промени срока на изпълнение. От тук двете страни по облигационното правоотношение ще продължат да си дължат взаимно вече при нов срок. Следователно в резултат на упражненото право от страна кредитора са възможни следните вариации на развитие на облигационното отношение:

- Длъжникът да погаси задължението в новия падеж даден му от кредитора с настъпване на предсрочна изискуемост, в случай че може да стори това.
- Длъжникът може да се противопостави на кредитора и да възрази за настъпване на предсрочна изискуемост. В този случай длъжникът ще откаже изпълнение. За кредитора ще възникне възможност да потърси правата си по съдебен ред.
- Длъжникът може просто да не изпълни, нито да възрази на кредитора. В тази ситуация ще се приложат правилата за неизпълнение на двустранните договори, като кредиторът ще има възможност вкл. и да развали сключения договор на основание чл. 87 от ЗЗД.

На практика от длъжника зависи, как ще се развие облигационното отношение след като кредитора се възползва от правото си на предсрочна изискуемост по чл. 71 от ЗЗД. От него зависи дали ще се погаси облигационната връзка или ще се пристъпи към принудително изпълнение.

Предсрочната изискуемост е институт на правото, който дава защита на кредитора от неговия длъжник. Това е една възможност за кредитора, с която той не трябва да злоупотребява с цел поставяне на длъжника в неизпълнение на задължението му. В настоящата разработка се опитах да акцентирам на проблемите, които възникват при предсрочната изискуемост между длъжник и кредитор в гражданското право и по конкретно по ЗЗД, смятайки че въпросите са актуални и засягат

всички граждани на обществото ни. Изложението не претендира за всеобхватност. То по-скоро има за цел да обърне внимание на проблемите на предсрочната изискуемост и евентуално да насочи законодателя към необходимостта от някои промени в законодателството ни.

Използвана литература

1. Голева, П. "Въпроси на предсрочната изискуемост на договора за паричен заем, възнаградителната и санкционната лихва", сп. Търговско и облигационно право, кн.07/ 2016 г., стр.15 и следващите, ИК "Труд и право".

2. Кожухаров, Ал. "Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение." Нова редакция, Петко Попов, София 2002 г.

3. Манганчев, Иван. "Действие на обезпечителните сделки" сп. Адвокатски преглед, бр. 10-11/2006 г.

4. Стефанов, Ст, Топчиева Р. И др. "Актуални въпроси на производството по несъстоятелност",София, 2015 г., ИК "Труд и право".

ЗА КРЪГА НА ЛИЦАТА, ЛЕГИТИМИРАНИ ДА ПОЛУЧАТ ОБЕЗЩЕТЕНИЕ ЗА НЕИМУЩЕСТВЕНИ ВРЕДИ ПРИ ПРИЧИНЕНА СМЪРТ НА ТЕХЕН БЛИЗЪК ПОРАДИ НЕПОЗВОЛЕНО УВРЕЖДАНЕ

гл.ас. д-р Павел Смолички,
катедра "Наказателноправни науки",УНСС,
p_smolichki@abv.bg

Резюме

Въпросът за кръга на лицата, които имат право да получат обезщетение за претърпените неимуществени вреди при смърт на техен близък поради непозволено увреждане, не е спорен и се решава почти еднозначно от съдилищата през последните повече от петдесет и пет години. Висшата съдебна инстанция изгради безпротиворечива, през годините, съдебна практика, в която се приема, че кръгът от тези лица е изчерпателно изброен в тълкувателните решения и няма основания, той да бъде разширен с включване на други правоимащи. Развитието на обществените отношения и новите социално-икономически условия на живот обаче налагат преосмисляне и надграждане на съдебната практика по въпроса. Направен е опит да се обоснове необходимостта от допълване и надграждане на практиката на съдилищата по въпроса – какъв е кръгът на легитимираните лица, имащи право да получат обезщетение за неимуществени вреди от смъртта на техен близък, чрез собствени разсъждения на автора и съпоставителен анализ относно регламентирането на този кръг от лица в други държави в Европа. Изследването на въпросът има не само наказателноправни, но и гражданскоправни, търговскоправни и трудовоправни измерения. Въпросът за легитимираните лица се изследва и от морална, етична и житейска гледна точка.

Ключови думи: кръга на лицата, правоимащи, обезщетение, вреди, техен близък, легитимирани лица

Abstract

The issue about the scope of people entitled to receive indemnification for non-pecuniary damages in case of death of a close one due to unlawful harm is not disputable and is settled almost unambiguously by the courts in the last more than fifty five years. Higher instance of court built a consistent, over the years, case law where adopted is that the scope of those people is described in details in the interpretative resolutions and there are no grounds it to be extended with inclusion of other entitled. The development of public relations and new social and economic conditions of life, however, impose reconsideration and upgrading of the case law on that matter. An attempt is made to explain the necessity of completion and upgrading of the case on the issue – what is the scope of legitimated people entitled to receive indemnification for non-pecuniary damages in case of death of a close one, through own considerations of the author and comparative analysis regarding the regulation of this scope of people in other countries in Europe. The research of the issue has not only punitive but also civil, commercial and labor law measurements. The legitimate people issue is examined in moral, ethical and life point of view.

Key words: scope of entitled people, indemnification, damages, close one, legitimate people

В българското законодателство липсва правна норма, която да регламентира изчерпателно кръга от лицата, които могат да търсят и получат обезщетение за претърпените от тях неимуществени вреди при причиняване смърт на техен най-близък човек. Тъй като няма правна норма, която да урежда кръга на тези лица, нашият законодател е предоставил на съда да определи не само размера на вредите, а и кръга на лицата, имащи право да бъдат обезщетени.

Що се отнася до обема на вредите, съдът ги определя при всеки конкретен случай. Размерът на вредите от неимуществен характер се определят по справедливост съгласно разпоредбата на чл. 52 от Закона за задълженията и договорите. При тази преценка съдът оценява доколко са съществували отношения на близост между претендиращите обезщетението и починалия техен най-близък. Разбира се, съдът следва да се съобразява и с много други конкретно съществуващи обстоятелства – възраст; семейно положение; обществена значимост на личността; периода, през който са търпени болките, страданията и другите неудобства от увреждането и за който ще се търпят; настъпилите инфлационни процеси в страната и др. Задължението да докаже всички тези обстоятелства е установено за материално легитимирания да получи обезщетение за неимуществени вреди при причинена смърт на негов близък. Известно е, че болките и страданията са неизмерими в пари, но обезщетението има за цел да компенсира в относително пълен обем тези неимуществени вреди, възникнали от непозволено увреждане, чрез създаване на положителни емоции за претърпелия ги.

Кръгът от легитимираните лица да получат обезщетение за неимуществени вреди при причинена смърт на техен близък се определя единствено от практиката на Върховния съд на Република България. Според ППВС № 4/1961 г. този кръг обхваща най-близките роднини – "като низходящи, възходящи и съпруга". С ППВС № 5/1969 г. е допълнено предходното постановление, като кръгът на материално легитимираните лица е разширен с включване в него на още две категории правоимащи, а именно: 1) отглежданото, но не осиновено дете, съответно отглеждащият го, ако единият от тях почине в следствие на непозволено увреждане и 2) лицето, което е съжителствало на съпружески начала с починалия при непозволено увреждане, без да е сключило граждански брак. С ППВС № 2/1984 г. е прието, че при смърт на пострадалия поради непозволено увреждане не се дължи обезщетение за неимуществени вреди на други лица извън кръга на тези, посочени в ППВС № 4/1961 г. и ППВС № 5/1969 г.

Позовавайки се на задължителния характер на горе цитираните Постановления на Пленума на Върховния съд, съдилищата не присъждат обезщетение за неимуществени вреди на други лица извън посочените по-горе, отхвърляйки като неоснователни предявените искове. Аргументите са, че те не попадат в кръга на лицата, които са материално легитимирани да получат претендираното обезщетение. В своята практика Висшата съдебна истанция се стреми към конкретизация на понятието "справедливост, въведено като основен принцип при определяне размерите на обезщетенията за неимуществени вреди. В цитираните по-горе три Постановления на Пленума на Върховния съд се утвърждава разбирането, че принципът на справедливост, въведен в чл. 52 от ЗЗД трябва да се прилага не само при определя-

не размера на обезщетението за неимуществени вреди, но и при определяне кръга на материалноправно легитимираните лица да получат такова обезщетение при причинена смърт на техен близък. Изхождайки от това разбиране, по-новата съдебна практика конкретизира един по-широк кръг от легитимирани лица, като приема за критерий не само родствената връзка между починалия и лицата, претендиращи обезщетението, но и фактическата близост между тях. Доказателство за този извод е трайната практика на Върховния съд, материализирана в посочените по-горе постановления. Както стана ясно, през изминалите години е разширен кръгът на правоимащите лица. Вече наред с низходящи, възходящи и съпруг, материално легитимирани да получат такова обезщетение са и преживелия съпруг при фактическо съжителство, както и взетото за отглеждане, но още не осиновено дете. Според мен в случаите, когато е причинена смърт на близък и отсъстват някои от посочените лица, неговите братя, сестри, внуци, баба и дядо също имат право на такова обезщетение при отчитане спецификите на всеки конкретен случай. Братята и сестрите на починалия са роднини по сребърна линия от втора степен, а внуците, бабата и дядото са съответно низходящи роднини по права линия от втора степен и възходящи роднини по права линия от втора степен. В живота има немалко случаи, при които починалият е живял в едно домакинство до смъртта си с някои от посочените по-горе роднини. Отношенията между тях са били на пълно разбирателство и взаимопомощ. Следователно тези лица ще отговарят и на двата критерия, от които изхожда Върховният съд при определяне кръга на легитимираните – лица, с които е имал родствена връзка и едновременно с това – лица, които са били фактически най-близките му хора. От друга страна има примери, сочещи взаимна нетърпимост и неразбирателство между починалия и неговите низходящи. Това фактическо състояние може да се установява с всички позволени от закона доказателства. Ако по конкретното дело се установи, че между претендиращите обезщетение за неимуществени вреди и починалия им близък (брат, сестра, внук, дядо, баба) са съществували отношения, характеризиращи се със силна привързаност един към друг, взаимно разбирателство и пълна сплотеност, готовност за взаимопомощ и ако тези отношения далеч надхвърлят обикновената житейска близост, която съществува между други лица, няма да бъде нарушен принципът на справедливост, ако им бъде призната легитимация и им бъде присъдено обезщетение за морални вреди. При положение, че тези лица са живели в едно общо домакинство, купували са си общи вещи за домашно потребление, били са заедно в радост и несгоди, ако са преживели смъртта изключително тежко – какво по-голямо доказателство от това, че именно те са най-близките хора, които са претърпели най-големи болки и страдания. Затова именно те имат и най-голямо основание да претендират обезщетение за неимуществени вреди, явяващи се пряка последица от смъртта на техния близък. И обратно – ако претендиращите обезщетение – деца, родители или съпруг – са били в лоши лични отношения с починалия, справедливо би било те да бъдат изключени от категорията "най-близки" и да не им се присъжда такова обезщетение – в този смисъл е и ППВС № 4/1961 г.

Независимо, че в ППВС № 2/1984 г. изчерпателно е посочен кръга на активно легитимираните лица, имащи право на обезщетение за неимуществени вреди и е

направено уточнението, че няма основание за разширяване на този кръг, като изхождам от общите принципи на правото, считам, че такова основание има в случаи като посочените по-горе. Становището ми е, че е необходимо надграждане, допълване на съдебната практика, като в кръга на материално легитимираните да получат обезщетение, бъдат включени братя, сестри, внуци, дядо и баба, като се държи сметка за особеностите на конкретния случай. Това мое разбиране е продиктувано от обстоятелството, че от издаването на ППВС № 2/1984 г. са изминали 33 години, през който период коренно се промениха както социалните и икономически условия на живот, така и отношенията между хората. Така например в съдебната практика от осемдесетте години на миналия век като рядка хипотеза се приемаше фактическото съжителство и оттук правото на преживелия фактически съжител да получи такова обезщетение, но днес случаите на фактически семейства изобилстват. За да бъде правилно определен кръга на материално легитимираните лица във всеки конкретен случай, е необходимо и да се държи сметка за икономическите условия, при които претендиращите обезщетение и починалият са живели в едно домакинство. В последните години това са условия на тежки икономически проблеми, които водят до очуждаване между хората и обезличаване на изконните човешки ценности. При положение, че между претендиращите обезщетението за морални вреди и починалия техен близък, са съществували отношения на взаимна привързаност и обич, критерият за справедливост изисква присъждане на обезщетение и на брат, сестра, внук, дядо и баба. В този смисъл следва да се надгради съдебната практика, като се даде възможност и на лицата, чиято легитимация е била отричана през изминалия повече от половин век, да получат обезщетение за неимуществени вреди при причинена смърт на техен близък. Така и тези лица ще бъдат справедливо овъзмездени за вредите от неимуществен характер, които са им причинени със смъртта, последвала от непозволено увреждане на техния близък. Това следва да важи в пълна мяра особено в случаите, когато са налице едновременно двата критерия – родство по права или съребрена линия и фактическа близост, установена по безспорен начин в производствата по делата. Струва ми се обаче, че от изложеното по-горе е очевидна нуждата от законодателна намеса с приемане на текстове, даващи критерии за определяемост на кръга от лицата, носители на правото да бъдат обезщетени за вредите от неимуществен характер при смърт на техен близък. Това ще облекчи работата както на правораздавателните органи, така и на всички останали практикуващи юристи. Намирам за остаряло разбирането на Върховния съд, застъпено в ППВС № 2/1984 г., че "ако се приеме разширение на установения с ППВС № 4/1961 г. кръг на лицата, имащи право на обезщетение за неимуществени вреди, ще се окаже невъзможно да се сложи граница на случаите и лицата, за които се дължи обезщетение за неимуществени вреди". Според мен това не е невъзможно предвид обстоятелството, че вътрешното убеждение на съда се изгражда на база събраните по конкретното дело доказателства и закони. Доказателствата по делото могат да сочат на изключително близки отношения между някои от лицата, посочени в настоящото изложение и починалия, а законът не посочва изрично кръга от легитимирани да получат обезщетение. Ето защо на съдилищата следва да бъде предоставена възможност да преценяват основателността на исковите претенции по

същество на делото и да определят кръга от материалноправно легитимираните лица, които имат право да получат обезщетението. Смятам, че при определяне на този кръг лица – не е необходимо съдилищата да се ръководят единствено от най-близкото родство по права линия и съпружеската връзка. В практиката се срещат случаи, при които децата се отглеждат и възпитават от дядовците и бабите при починали родители на децата, както и в случаите, когато родителите са заминали трайно да живеят и работят в чужбина. Това фактическо положение може да е продължило с години и то се явява сходно като отношение между родители и деца и тук възниква резонният въпрос: "При причинена смърт от непозволено увреждане на дядото, бабата или внука, кои лица в действителност търпят най-големи страдания и губят морална опора в живота?" Според мен, прилагайки критерия за справедливост, съдилищата имат пълно основание да приемат, че на живите баба, дядо и внук следва да се присъди обезщетение за неимуществени вреди при доказано родство и съществувала фактическа близост между тях.

В различните европейски страни няма еднозначно решение на въпроса относно кръга на увредените лица, които имат правото да претендират и получат обезщетения за неимуществени вреди в резултат от смъртта на техен близък. Право на обезщетение за неимуществени вреди при загуба на близък поради наличието на особена емоционална връзка съществува в сравнително голяма част от страните в Европа, въпреки че кръгът от лица, имащи право на обезщетение за неимуществени вреди, се различават в отделните държави.

В държави като Испания, Франция, Италия, Люксембург, Полша, Австрия, Германия, Гърция, близките имат право на иск за неимуществени вреди, причинени им от смъртта на близък. Същото е положението и в държави като Хърватска и Чехия.

В други държави като Дания и Финландия, правоимащите нямат право на иск за неимуществени вреди, причинени им от смъртта на близък. Във Финландия наследниците могат единствено да продължат производството по предявен иск за неимуществени вреди, започнато приживе от пряката жертва, но не и да търсят вреди на собствено основание. В Холандия, съществуващият правен режим също не позволява на близките на починалия да търсят обезщетение за неимуществени вреди при смърт на любим човек, освен в изключителни случаи, когато лицето, претендиращо неимуществени вреди, може да докаже, че смъртта на неговия близък му е причинила психично заболяване.

В Германия лицата, на които починалото лице е имало законово задължение да предоставя издръжка приживе, като съпруг, деца (включително осиновените), както и партньора, с когото лицето е имало регистрирано фактическо съжителство, имат право на обезщетение само за имуществени вреди, целящи да компенсират загубата на издръжка. Извън този кръг остават лицето, с което починалият е живял във фактическо съжителство, доведените деца, братята и сестрите. Все пак обезщетение за неимуществени вреди на близък би могло да се присъди, когато причинените болки и мъка надминават обичайното страдание, свързано със смъртта на близък човек.

В Италия правото на обезщетение за неимуществени вреди при смърт на близък е признато както на най-близките членове на семейството – родители, деца, съпруг и партньора, с когото починалото лице е живяло във фактическо съжителство, така

и на лицата, които са извън тесния семеен кръг – като братя и сестри, баба, дядо, внуци и по-далечни роднини. Лицата, претендиращи обезщетение, следва да докажат съществуването на близки емоционални взаимоотношения с жертвата. Съжителството с починалото лице е важен елемент за установяването на наличие на емоционална връзка.

Без да отричам необходимостта от ограничаване на кръга от материално легитимираните лица да получат обезщетение за неимуществени вреди, становището ми е, че този кръг следва да бъде разширен с тълкувателно дело № 1 от 2016 г. на Общото събрание на Наказателната, Гражданската и Търговската колегии на ВКС. Налага се изводът, че кръгът от легитимирани лица трябва да се определя с оглед на всеки конкретен случай, като се изхожда от критерия за справедливост. Въведеното, с цитираните по-горе постановления на Пленума на Върховния съд, изчерпателно посочване на кръга от правоимащи, създава невъзможност за прилагане на принципа за справедливост в случаите, при които най-близките до починалия хора са лишени от възможността да бъдат обезщетени за претърпените болки и страдания. Решението трябва да се търси в две насоки – да отпадне изчерпателното посочване на правоимащите в тълкувателните постановления на Пленума на ВС или законодателна промяна със създаване на правни норми, уреждащи тези обществени отношения.

От гледна точка на приложимия критерий за справедливост, не е оправдано нито предварителното изключване на братята, сестрите на починалия и неговите низходящи и възходящи от втора степен, нито предварителното им и задължително включване към вече постановения кръг на легитимирани лица. Справедливо е разширяването на кръга на правоимащите лица да не става чрез задължителното прибавяне на нов, изчерпателно ограничен по линията на родството кръг от лица и по задължителен за съдилищата начин. Необходимо е да има гаранции, че ще бъдат възмездени най-близките на починалия, които действително са претърпели неимуществени вреди за всеки конкретен случай.

Използвана литература

1. Павлов, Стефан. Наказателен процес на Република България. Обща част. София: Сиби, 1996.

2. Павлов, Стефан. Осигуряване на гражданите право на защита в наказателния процес на Народна Република България. София: Издателство на БАН, 1986.

3. Павлов, Стефан. Основни начала на наказателния процес на Народна Република България. София: Наука и изкуство, 1956.

4. Смолички, Павел. Гражданският иск в наказателния процес. София, Сиела, 2012.

5. Чинова, Маргарита. Досъдебното производство по НПК. София: Сиела, 2013.

ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА ДРУЖЕСТВЕН ДЯЛ В ДРУЖЕСТВО – ДЛЪЖНИК И НЕПРИЛОЖИМОСТ НА ЧЛ. 255А ОТ НК

гл.ас. д-р Анна Николова, ас. Нина Тагарова,
ЮФ, Русенски университет "Ангел Кънчев",
nina_dzhurova@abv.bg

Резюме

През последните години в Република България е широко разпространена идеята, че когато едно дружество с ограничена отговорност натрупа големи задължения, този проблем лесно може да се реши, като съдружниците прехвърлят своите дружествени дялове на трето лице. Практическите проблеми, които се разглеждат в настоящия труд са от гледна точка на ощетяването на държавния фиск вследствие посочените сделки, както и разграничение на правомерната стопанска сделка от недобросъвестната практика, водеща до избягване плащането на данъчни задължения в големи размери.

Ключови думи: дружество, задължения, дружествени дялове, държавния фиск

Abstract

During the last years in the Republic of Bulgaria widespread is the idea that when a limited liability company comes in great debts, this problem could be easily solved when the owners transfer their shareholdings to a third party. In this way they have nothing in common with the debtor company. The practical issues that are reviewed in this work concern the government treasury suffer caused by the inquired transfers, as well as distinguishing the rightful commercial deal from the unscrupulous practice, leading to tax obligations in large amounts avoiding.

Key words: company, obligations, shareholdings, government treasury

В българското законодателство с чл. 255а от Наказателния кодекс определени сделки, които се сключват с цел избягване установяването или плащането на данъчни задължения в големи размери, са криминализирани. Един от начините за извършване на инкриминираното деяние е уреден в предложение второ на същия член, а именно сключване на сделка с търговско предприятие, чрез която лицата постигат вредоносния резултат. Остават открити въпросите дали съставът на чл. 255а, предл. 2 обхваща всички сделки, сключвани с цел избягване на данъчни задължения и дали интересите на държавата са защитени. Във връзка с това е необходимо да се изясни какви порочни практики съществуват към момента и какъв е начинът за справяне с тях. Тези въпроси се разглеждат в настоящия доклад в опит да се очертае най-пълно проблемът и да се осмисли рационалното му решение. Акцентът се поставя върху дружество с ограничена отговорност, което е най-предпочитаната правноорганизационна форма за осъществяване на стопанска дейност.

С оглед очертания предмет на доклада е нужно да се изследва съставът на чл. 255а НК "Който избегне установяването или плащането на данъчни задължения в

големи размери" и по-конкретно предложение второ "чрез извършване на сделка с търговско предприятие".

За субект на това престъпление законодателят не е предвидил специални качества, което насочва към хипотезата, че субектът е общ. Въпреки това, ако анализираме състава, то следва, че, за да има престъпление, първо трябва да е налице данъчно задължено лице. Това понятие е по-широко от субект на престъплението, тъй като включва освен физически, така и юридически лица, както и неперсонифицирани образувания. След като данъчно задълженото лице е факт, то субектът на престъплението може да е и субектът на данъчно право (ако е физическо лице) или всяко друго физическо лице, *което го представлява по закон* или осъществява фактическа дейност и функции на данъчно задълженото лице – точка 3 на ТР № 4 от 12.03.2016 по тълк.д. № 4/2015 г., ОСНК на ВКС. В ООД задължителен изпълнителен и представителен орган е управителят т.е той е най-вероятният субект на престъплението. Тъй като изпълнителното деяние е сделка с търговско предприятие е необходимо да се направи уточнението, че законово изискване за прехвърляне предприятието на ООД, е да се вземе решение от общото събрание на дружеството с мнозинство ¾ от капитала. Възможно е да се стигне до следния парадокс, в случаите, в които управител е лице, различно от съдружниците или от едноличния собственик на капитала. Съдружниците може да приемат решението за прехвърляне, ръководени единствено от целта да се избегне установяването или плащането на данъчни задължения. Като изпълнителен орган управителят е длъжен да предприеме действия в изпълнение решението на общото събрание, а когато той не е съдружник в дружеството, може да не е запознат с преследваната от съдружниците цел. Съгласно чл. 255а от НК субект на престъплението е този, който извърши сделката и при прехвърляне на предприятието на ООД това винаги е управителят. Така или иначе в тази хипотеза е много трудно, дори невъзможно, да се докаже субективната страна на престъплението, тъй като липсва решение от негова страна.

От субективна страна деянието се извършва при пряк умисъл, тъй като субектите съзнават общественоопасния характер на деянието, предвиждат общественоопасните последици и целят престъпния резултат – избягване установяването или плащането на данъчни задължения в големи размери. Ако няма вина, няма и престъпление. В хипотезата, при която управителят не е съдружник или едноличен титуляр на капитала в ООД, субективната страна се осъществява от съдружниците, гласували "за" прехвърлянето, но при тях отсъства деянието, тоест сключването на сделката.

Деянието е резултатно, като последиците са ощетяването на фиска. Пострадала се явява държавата, която има право да се конституира като граждански ищец чрез министъра на финансите.

Изпълнителното деяние на състава се извършва чрез сключване на сделка с търговско предприятие. Следователно, за да се определи изпълнителното деяние, е нужно да се отговори на въпроса обект на какви сделки може да е търговското предприятие. Последните са уредени в Глава четвърта на Търговския закон – чл. 15, чл. 16 и чл. 16а. Съгласно чл. 15, ал. 1 ТЗ предприятието като съвкупност от права, задължения и фактически отношения може да бъде прехвърлено чрез сделка. Зак-

лючението, което може да се направи е, че на първо място предприятието може да е обект на прехвърлителни сделки. В търговскоправната доктрина се приема, че под прехвърлителна сделка се има предвид сделките с облигационно – вещно действие като договори за продажба, замяна, дарение, даване вместо изпълнение, апортиране в търговско дружество, завещание, делба-дарение, делба завещание. Необходимо е да се направи уточнението, че с оглед ал. 2 на чл. 15 ТЗ законодателят допуска да се прехвърли както цялото, така и част от търговското предприятие (както идеални, така и реални части от него). Дискусионният въпрос, породил полемики в доктрината, е за приложението на чл. 15, ал. 2 ТЗ при сделки с част от предприятието. Все още не е безусловно изяснено, поради оскъдната съдебна практика дали тези отделни сделки ще са съставомерни. Трябва да се вземе предвид, че за наказателната отговорност по чл. 255а, предл.2 е ирелевантно дали са спазени всички изисквания от търговскоправна гледна точка по отношение на прехвърляне на предприятието и дали сделката е действителна. Тоест и при пороци в процедурата праводателят може да бъде привлечен към наказателна отговорност.

Също така предприятието може да бъде обект на непрехвърлителни сделки: договори за учредяване право на ползване, наем, заем за послужване, аренда, концесия, лизинг, загог. Тъй като в практиката този вид сделки са рядкост, те все още не са били обект на изследване като средство за избягване установяването или плащането на данъчни задължения.

От гореизброените сделки с обект търговско предприятие, трябва да се отграничи прехвърлянето на отделни активи от неговия състав, което също може да бъде способ за избягване плащането на данъчни задължения. Не се нуждае от коментар обстоятелството, че цената (парите) по прехвърлителните сделки много лесно може да се укрие. След сключването на няколко сделки, извършени за кратък период от време, в състава на търговското предприятие могат да останат само пасиви или амортизирани активи, което прави безпредметно бъдещите действия на данъчните органи по принудителен ред да съберат дължимите данъчни задължения. Отделните продажби не са сделки с търговско предприятие и дори и да са сключени единствено с намерението да се избегне плащане на данъчни задължения не подлежат на наказателно преследване по реда на чл. 255а НК.

Пълнотата на изследваната проблематика, изисква да се анализира съдебната практика по чл. 255а, предл.2. Справки в правноинформационните системи "Апис" и "Сиела" сочат, че към момента са постановени около 30 съдебни акта. За сравнение по чл. 255 НК практиката е много по-многобройна. Налице са повече оправдателни присъди, отколкото осъдителни. Анализът на практиката, сочи че, според прокуратурата избягване на плащане на данъчни задължения може да се постигне не само като се прехвърли търговското предприятие, но и чрез прехвърляне на дружествен дял по реда на чл. 129 ТЗ. При прехвърляне на предприятието се прехвърлят публичноправните задължения. Сделката може да се сключи само между лица, които имат търговско качество и по правило се извършва от управителя на ООД. Сделката по чл. 129 ТЗ, от своя страна, се сключва между съдружник (той може да бъде физическо или юридическо лице, в това число и търговец) и трето лице. При прехвърлителни сделки с дружествен дял – не се променя данъчно за-

дълженото лице, не се прехвърлят публичноправни задължения, а се прехвърлят членствените права и задължения (т.е това е производен способ за възникване на членство в ООД).

Формално, не се укриват данъчни задължения, нито се избягва установяването или плащането им, тъй като данъчно задълженото лице не се променя. Ако дружество притежава имущество, държавата може да събере дължимите данъчни задължения. Прехвърлянето на дружествен дял в ООД, което има данъчни задължения в големи размери, не е забранено съгласно действащото законодателство. По правило в тези дружества няма активи, тъй като те предварително са отчуждени. ТЗ не ограничава броя ООД, които едно лице може да учреди или в които да членува. По този начин физически лица безпроблемно могат да учредят n… на брой дружества, които да не плащат данъчните си задължения или да водят счетоводство, без да начисляват всички дължими данъци. При вероятност от данъчна проверка, при опасения, че ще бъдат предприети действия за принудително събиране на данъчни задължения или при последваща данъчна ревизия, съдружниците в много кратки срокове могат да прехвърлят дружествените си дялове – най-често на неграмотни лица без имущество и доходи. Не е изключено последните да сключват сделките срещу определена сума. Това е схемата, чрез която се избягват неблагоприятни последици за съдружниците-прехвърлители – да бъдат свързвани с дружеството-длъжник. В резултат данъчната администрация е поставена в невъзможност да събере дължимите публични вземания, а лицата могат да продължат по същия начин, т.е да учредят нови дружества, които отново да не плащат данъци. Всичко това води до сериозно ощетяване на фиска, защото се върши от много голям кръг данъчно задължени лица.

Следователно, сделката по чл. 15 ТЗ както по правни последици, така и с оглед на лицата, които я сключват се различава от сделката по чл. 129 ТЗ, с оглед на което чл. 255а, предл. 2 е неприложим при прехвърляне на дружествени дялове.

Заслужава да се отбележи фактът, че в края на 2016 г. бяха направени изменения в Търговския закон с цел, както по-голяма защита срещу представяне на документи с невярно съдържание пред Агенция по вписванията, така и за ограничаване на безконтролната продажба на дружествени дялове. Беше въведена нотариална заверка освен на подписите, така и на съдържанието на договора, с който се прехвърля собствеността върху дяловете. На практика, това не се оказва обективна пречка за съдружниците да продължат недобросъвестната си практика. Преди промените от 2016 г. лицата също извършваха нотариална заверка, но само на подписите си. Ефектът от промените е, цената на нотариалната заверка на договора за прехвърляне на дружествени дялове се оскъпи. Ако се съобрази отражението върху наказателната отговорност и доказването на деянието, то последващи твърдения на купувача, че не е разбирам документите, които подписва, биха били недостоверни. Заверява се не само, че конкретно това лице е приобретател по сделката, но се удостоверява и съдържанието, като лицето се пита от нотариуса дали разбира това, което подписва. След всички тези процедури и заверки, които да осигурят действителната воля на лицата, то на един по-късен етап, твърденията, че субектът не е разбирал какво прави, звучат недостоверно. Следователно, всички изискуеми законови заверки допринасят по-скоро за защитата на отчуждителите на дружествени дялове

при евентуално наказателно производство, отколкото за защита интересите на държавата.

Изводите, които могат да се направят са в няколко насоки. Възможността за прехвърляне на дружествен дял в ООД е присъща на тази правноорганизационна форма, но в същото време с нея не трябва да се злоупотребява. Съдружници в ООД, които дължат данъци в големи размери, прехвърляйки дружествените си дялове на лица, неграмотни и без доходи, поставят държавата в невъзможност да се удовлетвори по отношение на вземанията си за данъчни задължения. На второ място, тези действия не влекат след себе си наказателна отговорност, тъй като са несъставомерни на съществуващия към момента чл. 255а, предл.2 НК. И на последно място, необходимо е да се задълбочи наказателноправната защита в тази насока. Предвидените състави на престъпленията против данъчната система са неефективни, с оглед динамичността на материята и нейната важност. Държавата пропуска да събере милиони левове и по този начин позволява на престъпността да се развива и да нанася още по-големи щети на фиска. За ефективна борба с практиката на неплащане на данъчни задължения трябва да се подходи в съвкупност с промени, както в наказателното законодателство, така и в търговското и данъчното. Би могло да се помисли за възможността да се ограничи участието на лицата в търговски дружества, ако те са били или са съдружници в ООД, които дължат данъци в особено големи размери. Каквито и мерки, обаче да се предприемат, те биха били безсмислени, ако липсва своевременен контрол от страна на данъчните органи, за да се предприемат мерки още от момента, в който дружество спре да плаща данъчните си задължения.

Използвана литература

1. Гиргинов, А., Наказателно право – особена част, Софи – Р, С, 2005.
2. Калайджиев, А. Търговско право. Обща част, С., 2010.
3. Наказателен кодекс.
4. Присъда № 2 от 24.01.2011 г. на ОС – Перник по н. о. х. д. № 205/2010 г.
5. Присъда № 37 от 26.09.2011 г. на ОС – Пазарджик по н. о. х. д. № 310/2011 г.
6. Присъда от 02.06.2011 г. на ОС – Разград по н.о.х.д. № 93/2011.
7. Стефанов, Г., Търговско право – обща част, Велико Търново, 2009.
8. Стойнов, А. Наказателно право – обща част, Сиела, С, 2013.
9. ТР № 4 от 12 март 2016 година, ОСНК на ВКС.
10. Търговски закон.

ПРАВНО РЕГУЛИРАНЕ НА ДЕЙНОСТТА НА БАНКИТЕ

гл.ас. д-р Аглика Кънева,
катедра "Финанси", УНСС,
aglika.kaneva@abv.bg

Резюме

В доклада се посочват нормативни документи, регламентиращи функционирането на банките в България. Представят се националната и европейска правна рамка за банковата дейност. Разгледани са измененията на нормативната база във връзка с въвеждането на изискванията на Базел III в европейското и българското законодателство.

Ключови думи: банки, банкова система, правно регулиране.

Summary

In this paper, normative documents have been specified regulating the functioning of banks in Bulgaria. The national and European legal frameworks concerning banking activity have been presented. The amendments to the legal regulations have been examined in connection with the implementation of the Basel III requirements in the European and Bulgarian legislation.

Key words: banks, banking system, legal regulation.

Правното регулиране на банките обхваща от една страна нормативни документи на ЕС, а от друга страна националното законодателство в тази област.

1. Европейска правна рамка

Българската банкова система е обект на международната регулаторна рамка – Базел III в Европейския съюз чрез въвеждането на Регламент и Директива за капиталовите изисквания. Регламентът за капиталовите изисквания (Регламент 575/2013/ЕС относно пруденциалните изисквания за кредитните институции и инвестиционните посредници и за изменение на регламент № 648/2012/ЕС) е пряко приложим за държавите членки, докато Директивата за капиталовите изисквания (Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за осъществяването на дейност от кредитните институции и относно пруденциалния надзор върху кредитните институции и инвестиционните посредници, за изменение на Директива 2002/87/ЕО и за отмяна на Директиви 2006/48/ЕО и 2006/49/ЕО) е транспонирана в националното законодателство чрез Закона за кредитните институции (ЗКИ) и актовете по прилагането му. Дейността на кредитните институции се регулира и чрез регламенти, приети от Европейския парламент и Съвета, както и делегирани регламенти на Европейската комисия, които са част от европейската правна рамка, пряко приложима за България. Тези регламенти имат задължителен характер и следва да се прилагат в своята цялост във всички страни от ЕС. Контролът по тяхното прилагане се извършва от БНБ така и официалните европейски институции ЕБО, Евро-

пейска комисия и др. Последователното прилагане на правно обвързващите актове на ЕС, установяването на висококачествени общи регулаторни и надзорни стандарти и практики се осигурява и чрез издаваните от Европейския банков орган насоки и препоръки.

Основните регламенти са:

- Регламент (ЕС) № 1092/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 г. за пруденциалния надзор върху финансовата система на Европейския съюз на макроравнище и за създаване на Европейски съвет за системен риск;

- Регламент (ЕС) № 1093/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 г. за създаване на Европейски надзорен орган (Европейски банков орган), за изменение на Решение № 716/2009/ЕО и за отмяна на Решение 2009/78/ЕО на Комисията;

- Делегиран регламент (ЕС) № 183/2014 на Комисията от 20 декември 2013 г. за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета относно пруденциалните изисквания за кредитните институции и инвестиционните посредници по отношение на регулаторните технически стандарти, определящи изчисляването на корекциите за специфичен и общ кредитен риск;

- Делегиран регламент (ЕС) № 241/2014 на Комисията от 7 януари 2014 г. за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за капиталовите изисквания за институциите;

- Делегиран регламент (ЕС) № 342/2014 на Комисията от 21 януари 2014 г. за допълване на Директива 2002/87/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и Регламент (ЕС) № 575/2013 Европейския парламент и на Съвета, по отношение на регулаторните технически стандарти за приложение на методите за изчисляване на изискванията за капиталова адекватност на финансовите конгломерати;

- Делегиран регламент (ЕС) № 526/2014 на Комисията от 12 март 2014 г. за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за определяне на използвания като приближение спред и на критерия за ограничен брой по-малки портфейли за риска във връзка с корекцията на кредитната оценка;

- Делегиран регламент (ЕС) № 529/2014 на Комисията от 12 март 2014 г. за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета с регулаторни технически стандарти за оценяване на степента на същественост на разширяването на обхвата и изменянето на вътрешнорейтинговия подход и на усъвършенствания подход за измерване;

- Делегиран регламент (ЕС) № 530/2014 на Комисията от 12 март 2014 г. за допълнение на Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за по-конкретно определяне на значимите експозиции и праговете за вътрешните подходи към специфичните рискове в търговския портфейл;

- Делегиран регламент (ЕС) № 1151/2014 на Комисията от 4 юни 2014 г. за допълване на Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за информацията, която трябва да се

съобщава при упражняване на правото на установяване и свободата на предоставяне на услуги;

- Делегиран регламент (ЕС) № 1152/2014 на Комисията от 4 юни 2014 г. за допълване на Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за установяване на географското местоположение на съответните кредитни експозиции за изчисляване на специфичното за институцията ниво на антицикличния капиталов буфер;

- Делегиран регламент (ЕС) № 1222/2014 на Комисията от 8 октомври 2014 г. за допълване на Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за уточняване на методиката за определяне на глобалните системно значими институции и за определяне на подкатегориите глобални институции със системно значение;

- Делегиран регламент (ЕС) 2015/61 на Комисията от 10 октомври 2014 г. за допълнение на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на изискването за ликвидно покритие за кредитните институции;

- Делегиран регламент (ЕС) 2015/63 на Комисията от 21 октомври 2014 г. за допълване на Директива 2014/59/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на предварителните вноски в механизмите за финансиране на преструктурирането;

- Делегиран регламент (ЕС) 2015/850 на Комисията от 30 януари 2015 г. за изменение на Делегиран регламент (ЕС) № 241/2014 за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за капиталовите изисквания за институциите;

- Делегиран регламент (ЕС) 2015/923 на Комисията от 11 март 2015 г. за изменение на Делегиран регламент (ЕС) № 241/2014 на Комисията за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за капиталовите изисквания за институциите;

- Делегиран регламент (ЕС) 2015/942 на Комисията от 4 март 2015 г. за изменение на Делегиран регламент (ЕС) № 529/2014 за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за оценяване на степента на същественост на разширенията и измененията на вътрешните подходи при изчисляването на капиталовите изисквания с оглед на пазарния риск;

- Делегиран регламент (ЕС) 2016/101 на Комисията от 26 октомври 2015 г. за допълване на Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета по отношение на регулаторните технически стандарти за пруденциална оценка;

- Делегиран регламент (ЕС) 2016/1608 на Комисията от 17 май 2016 г. за изменение на Делегиран регламент (ЕС) № 1222/2014 по отношение на регулаторните технически стандарти за уточняване на методиката за определяне на глобалните системно значими институции и на техните подкатегории.

Съгласно Закона за кредитните институции БНБ следи за прилагането на насоките, препоръките и другите мерки, публикувани от Европейския банков орган. Във връзка с уеднаквяването на надзорните практики и управлението на риска в ЕС

кредитните институции следва да се съобразят с изискванията на тези насоки и препоръки. Основните насоки и препоръки на ЕБО са:

- Насоки на Европейския банков орган относно стресирана стойност под риск (Stressed VaR);
- Препоръка относно разработването на планове за възстановяване;
- Насоки относно оповестяването на обременени и свободни от тежести активи;
- Насоки относно прехвърляне на значителен кредитен риск във връзка с членове 243 и 244 от Регламент (ЕС) № 575/2013;
- Насоки относно набора от сценарии, за използване при плановете за възстановяване;
- Насоки относно видовете тестове, прегледи или симулации, които могат да доведат до мерки за подкрепа съгласно член 32, параграф 4, точка г), подточка iii) от Директивата за възстановяване и преструктуриране на банките;
- Насоки относно критериите за определяне на условията за прилагане на член 131, параграф 3 от Директива 2013/36/ЕС във връзка с оценяването на други системно значими институции;
- Окончателни насоки относно сигурността на плащанията в интернет;
- Насоки относно общите процедури и методологии за процеса на надзорен преглед и оценка;
- Насоки за минималния списък с качествени и количествени показатели, свързани с плана за възстановяване;
- Насоки за тълкуването на различните обстоятелства, при които за дадена институция се приема, че е проблемна или има вероятност да стане проблемна съгласно член 32, параграф 6 от Директива 2014/59/ЕС;
- Насоки относно управлението на лихвения риск, произтичащ от дейности извън търговския портфейл;
- Насоки относно методите за изчисление на вноски в схеми за гарантиране на депозитите;
- Насоки на ЕБО относно оценката на кредитоспособността;
- Насоки на ЕБО относно просрочени задължения и реализиране на обезпечения;
- Насоки относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно;
- Насоки относно минималните критерии, които трябва да бъдат изпълнени по отношение плана за оздравяване на дейността;
- Насоки относно стрес тестовете на схемите за гарантиране на депозитите съгласно Директива 2014/49/ЕС;
- Насоки относно оповестяването на отношението на ликвидно покритие за допълване на оповестяването на управлението на ликвидния риск съгласно член 435 от Регламент (ЕС) № 575/2013.

2. Национална правна рамка

Законът за кредитните институции и актовете по прилагането му формират националната правна рамка, уреждаща правилата за достъп до осъществяване на дей-

ност за кредитните институции и инвестиционните посредници, както и приложимите за тях надзорна рамка и пруденциални правила.

Закони, регламентиращи дейността на банките, са и Закон за Българската народна банка и Закон за възстановяване и преструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници.

На основание на Закона за възстановяване и преструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници, приет на 30 юли 2015 г., БНБ организира преглед на качеството на активите на банковата система, включително проверка на качеството и адекватността на използваните оценки за стойност на активите, приетите обезпечения и практиките по обезценяване и провизиране, при участие на независими външни лица с висока професионална репутация.

Прегледът на качеството на активите следва да се извърши в срок до 12 месеца от влизането в сила на Закона за възстановяване и преструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници (т.е. до 14 август 2016 г.). След отчитане на резултатите от прегледа на качеството на активите БНБ провежда стрес тестове на цялата банкова система.

Сред най-важните наредби на БНБ са:

- Наредба № 2 на БНБ за лицензите, одобренията и разрешенията, издавани от Българската народна банка по Закона за кредитните институции;
- Наредба № 4 на БНБ от 21 декември 2010 г. за изискванията към възнагражденията в банките;
- Наредба № 7 на БНБ от 24 април 2014 г. за организацията и управлението на рисковете в банките;
- Наредба № 8 на БНБ от 24 април 2014 г. за капиталовите буфери на банките;
- Наредба № 10 на БНБ за вътрешния контрол в банките;
- Наредба № 11 на БНБ за управлението и надзора върху ликвидността на банките;
- Наредба № 14 на БНБ от 4 февруари 2010 г. за съдържанието на одиторския доклад за надзорни цели (в сила от 1 март 2010 г.);
- Наредба № 19 на БНБ от 20 октомври 2016 г. за кредитните посредници;
- Наредба № 20 на БНБ за издаване на одобрения за членове на управителния съвет (съвета на директорите) и надзорния съвет на кредитна институция и изисквания във връзка с изпълнение на техните функции;
- Наредба № 21 на БНБ за задължителните минимални резерви, които банките поддържат при Българската народна банка (в сила от 4 януари 2016 г.);
- Наредба № 26 на БНБ за финансовите институции;
- Наредба № 38 на БНБ за капиталовата адекватност на банките.

3. Изменения в нормативната база

Пакетът от Директивата за капиталовите изисквания IV/Регламента за капиталовите изисквания (ДКИ IV/РКИ) въвежда изискванията за изчисляване на съотношението на капиталова адекватност, съотношението на базовия собствен капитал от първи ред и съотношението на капитала от първи ред, както и капиталовите изисквания за кредитен, пазарен и операционен риск.[1] Дефинирани са минималния размер, елементите и структурата на собствения капитал на кредитните институции и

минималните капиталови изисквания за поеманите от тях рискове, както и изискванията за оповестяване.

Управителният съвет на Българската народна банка прие на 24.04.2014 г. наредби за изменение и допълнение на Наредби № 2, 4, 11 и 20 на БНБ, както и нови наредби за капиталовите буфери и за управление на рисковете в банките. Промените целят привеждане на българското законодателство в съответствие с новата правна рамка на ЕС за дейността на кредитните институции, създадена с приемането на Директива 2013/36 ЕС на Европейския парламент и Съвета от 26 юни 2013 г. и Регламент (ЕС) № 575/ 2013 на Европейския парламент и Съвета от 26 юни 2013 г., както и с извършените изменения и допълнения на Закона за кредитните институции.

С новата Наредба № 7 за организацията и управлението на рисковете в банките се въвеждат разпоредби, по отношение на изисквания за структурата и организацията на управлението на риска, обособяване на комитет по риска и разширяване на досега съществуващите изисквания по отношение на техническите критерии за третирането на отделните видове риск. Обхватът на надзорния преглед, който беше част от бившата Наредба № 8 на БНБ, е регламентиран по-подробно в новата наредба. Определят се конкретни разпоредби по отношение на квалифицираните дялови участия в предприятия извън финансовия сектор, третирането на експозиции, обезпечени с недвижими имоти, специфични изисквания към големите експозиции на банките, както и въвеждането на определени прагове на същественост по отношение на експозиции в неизпълнение.

С новата Наредба № 8 за капиталовите буфери на банките се въвеждат нормативни изисквания, свързани с установяването на методика за поддържане на предпазен капиталов буфер, специфичен за всяка банка антицикличен капиталов буфер, буфер за глобална системно значима институция (ГСЗИ), буфер за друга системно значима институция (ДСЗИ) и буфер за системен риск в съответствие с изискванията на Директива 2013/36/ЕС за въвеждането на глобалната регулаторна рамка Базел III в европейското законодателство. Капиталовите буфери се поддържат в допълнение към изпълнението на основните капиталови изисквания по Регламент (ЕС) № 575/2013. Определят се критериите, въз основа на които БНБ идентифицира банките в България като други системно значими институции.

Измененията и допълненията на Наредба № 11 на БНБ за управлението и надзора върху ликвидността на банките са свързани с въвеждане на няколко нови и допълване на досега съществуващи качествени изисквания за гарантиране на адекватно управление на ликвидния риск в банките.

Във връзка с представените изменения, допълнения и приети нови наредби Управителният съвет на БНБ отмени досегашните наредби:

- Наредба № 7 на БНБ за големите експозиции на банките;
- Наредба № 8 на БНБ за капиталовата адекватност на кредитните институции;
- Наредба № 9 на БНБ за оценка и класификация на рисковите експозиции на банките и за установяване на специфични провизии за кредитен риск;
- Наредба № 12 на БНБ за надзор на консолидирана основа;
- Наредба № 17 на БНБ за установяване размера на вложенията на банките по чл. 47 от Закона за кредитните институции.

Използвана литература

1. Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета за осъществяването на дейност от кредитните институции и относно пруденциалния надзор върху кредитните институции и инвестиционните посредници, за изменение на Директива 2002/87/ЕО и за отмяна на Директиви 2006/48/ЕО и 2006/49/ЕО.

2. Закон за възстановяване и преструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници.

3. Наредба № 7 на БНБ от 24 април 2014 г. за организацията и управлението на рисковете в банките.

4. Наредба № 8 на БНБ от 24 април 2014 г. за капиталовите буфери на банките.

5. Наредба № 11 на БНБ за управлението и надзора върху ликвидността на банките.

6. Регламент 575/2013/ЕС относно пруденциалните изисквания за кредитните институции и инвестиционните посредници и за изменение на регламент № 648/2012/ЕС.

7. http://www.bnb.bg

ВЪЗЛАГАНЕ НА УПРАВЛЕНИЕТО НА ТЪРГОВСКИ ДРУЖЕСТВА С ОБЩИНСКО УЧАСТИЕ В КАПИТАЛА

гл.ас. д-р Анастас Георгиев,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ, Русенски университет "Ангел Кънчев",
anastas_georgiev@abv.bg

Резюме

Общината съчетава в себе си качествата на носител на властнически правомощия и носител на права и задължения в частното право. Конституцията на Република България предвиди съществуването на общинската собственост, като самостоятелен вид собственост. Общината може да осъществява стопанска и нестопанска дейност. Встъпвайки в граждански правоотношения тя не е носител на властнически правомощия. Стопанската дейност се осъществява чрез търговски дружества с общинско участие в капитала или чрез граждански дружества по Закона за задълженията и договорите. Самостоятелно осъществяване на стопанска дейност може да се извършва чрез общински предприятия. Управлението на търговските дружества с общинско участие в капитала се осъществява от техните органи, които се състоят от лица, които са овластени и обвързани според закона и устройствения акт на дружеството да извършват определени действия на управление от името на юридическото лице. В доклада се разглеждат въпроси във връзка с възлагане на управлението на търговските дружества с общинско участие в капитала.

Ключови думи: община, стопанска дейност, търговски дружества с общинско участие в капитала

Summary

The municipality combines the qualities of a holder of powers of authority and a holder of rights and obligations in private law. The Constitution of the Republic of Bulgaria provided for the existence of municipal property as an independent property. The municipality can carry out economic and non-profit activities. By entering civil relations, she is not a holder of government powers. The business activity is carried out through trading companies with municipal participation in their capital or through civil companies under the Obligations and Contracts Act. Self-realization of a business activity can be done through municipal enterprises. The management of the trading companies with municipal shareholding in the capital is carried out by their bodies which consist of persons, who are authorized and bound by the law and the corporate act of the company to carry out certain management actions on behalf of the legal person. The current report deals with issues related to the assignment of the management of trading companies with municipal participation in their capital.

Key words: municipality, economic activity, trading companies with municipal participation in the capital

Управлението на търговско дружество с общинско участие в капитала се осъществява от неговите органи при условията и реда на Търговския закон (ТЗ), наредбата на общинския съвет по чл. 51а, ал. 4 от Закона за общинската собственост (ЗОС) и решенията на общото събрание, съответно на общинския съвет в случай, че той упражнява правата на едноличен собственик на капитала. Управлението представлява дейност по вземане на решения за организацията и ръководството на дейността на дружеството, в действия по осъществяване на тези решения, по контрол и санкциониране на нарушителите. Към управлението се отнася още и дейността по формирането на волята на юридическото лице във връзка с извършване на правни действия спрямо други правни субекти и самото извършване на такива действия.

Органите на дружеството с общинско участие в капитала се състоят от физически и/или юридически лица, които са овластени и обвързани според закона и устройствения акт на дружеството да извършват определени действия на управление от името на юридическото лице. Те не са отделни правни субекти като състав от физически и/или юридически лица, а представляват част от юридическото лице-ООД или АД, съответно ЕООД или ЕАД с общинско участие в капитала, поради което органите не могат да влизат в правоотношения с него. Такива правоотношения обаче има между отделните лица от състава на органите за управление и самото дружество.

Съгласно чл. 141, ал. 1 и 2 от ТЗ, управителят организира и ръководи дейността на ООД съобразно закона и решенията на общото събрание и го представлява. При няколко управители всеки един от тях може да действа самостоятелно освен ако дружественият договор предвижда друго. Други ограничения на представителната власт на управителя нямат действие по отношение на трети лица.

Членовете на съвета на директорите, съответно на управителния съвет, съгласно чл. 235, ал. 1 от ТЗ са овластени да представляват дружеството колективно освен ако в устава не е предвидено друго. Надзорният съвет не участва в управлението на дружеството. Той представлява АД само в отношенията му с управителния съвет.

Членовете на съветите, съгласно чл. 237, ал. 1 от ТЗ, имат еднакви права и задължения, независимо от вътрешното разпределение на функциите помежду им или разпоредбите, с които се предоставя право на управление на изпълнителните членове. Те са длъжни да изпълняват задълженията си в интерес на дружеството и да пазят тайните му и след като престанат да бъдат членове на съответния съвет.

Съгласно чл. 141, ал. 7 от ТЗ, отношенията между ООД и управителя се уреждат с договор за възлагане на управлението. Договорът се сключва в писмена форма от името на дружеството чрез лице, оправомощено от общото събрание на съдружниците, или от едноличния собственик.

При АД с двустепенна система на управление, съгласно чл. 241, ал. 6 от ТЗ, отношенията между дружеството и член на управителния съвет се уреждат с договор за възлагане на управлението. Договорът се сключва в писмена форма от името на дружеството чрез председателя на надзорния съвет или чрез упълномощен от него член. От друга страна, разпоредба на чл. 242, ал. 6 от ТЗ предвижда, че отношенията между дружеството и член на надзорния съвет се уреждат с договор. Договорът се сключва от името на дружеството чрез лице, оправомощено от общото събрание

на акционерите, или от едноличния собственик. Законът не предвижда изискване за спазване на конкретна форма като условие за действителност на договора, а такова изискване не може да бъде изведено по тълкувателен път.

При АД с едностепенна система на управление, съгласно чл. 244, ал. 7 от ТЗ, отношенията между дружеството и изпълнителен член на съвета се уреждат с договор за възлагане на управлението, който се сключва в писмена форма от името на дружеството чрез председателя на съвета на директорите. Отношенията с останалите членове на съвета могат да се уредят с договор, който се сключва от името на дружеството чрез лице, оправомощено от общото събрание на акционерите или от едноличния собственик.

Управлението на едноличните търговски дружества с общинско участие в капитала се възлага с договори за управление, сключени между всеки член от управителния орган на дружеството и общината като едноличен собственик на капитала, която се представлявана от кмета, въз основа на решението на общинския съвет за избора.

При ЕАД с общинско участие в капитала с двустепенна система на управление, договорите се сключват между председателя на надзорния съвет и всеки член на управителния съвет, а при ЕАД с едностепенна система на управление договорите за възлагане на управлението се сключват чрез председателя на съвета на директорите с изпълнителния член, като могат да се сключат и с останалите членове на съвета на директорите, въз основа на решението на общинския съвет за избора им.

Тези сложни отношения налагат да бъде разгледан въпроса за правната същност на правоотношенията, които съществуват между физическите и/или юридическите лица- членове на органи за управление на търговското дружество, от една страна, и самото търговско дружество с общинско участие в капитала – от друга. Юридическите факти, които пораждат тези правоотношения предопределят тяхната природа на граждански правоотношения. Според преобладаващото виждане това са вид мандатни отношения. Договорът за възлагане на управление на търговско дружество е предвиден в ТЗ. По силата на него, довереникът – мениджър се задължава да извърши от името и за сметка на доверителя възложените му действия по управлението и представителството на дружеството срещу възнаграждение. Съдържанието на правоотношението се определя отчасти от закона, от наредбата на общинския съвет по чл. 51а, ал. 4 от ЗОС, а отчасти и от устройствения акт на съответното търговско дружество с общинско участие в капитала и решенията на общото събрание – членовете на органите биват избирани и освобождавани, носят гражданска и наказателна отговорност и т.н. Правоотношенията между членовете на органите за управление и юридическото лице са сложни и двустранни граждански правоотношения. Те са сложни, тъй като от избора на съответното лице за член на орган за управление между него, от една страна, и дружеството- от друга, произтичат множество субективни права и правни задължения. Двустранният им характер се определя от това, че всяка от страните по правоотношението- търговското дружество с общинско участие в капитала и съответното лице- член на негов орган за управление, притежава субективни права, но заедно с това поема и правни задължения. По своята същност това са мандатни отношения, чиито специфики позволяват те да

бъдат разглеждани като самостоятелен вид правоотношения- договор за възлагане на управление и контрол или накратко- договор за управление и контрол. При капиталовите търговски дружества управлението и контрола се възлага на избрани лица- експерти, предприемачи, които притежават необходимите знания, умения, подготовка и опит срещу възнаграждение (по принцип) да осигуряват икономическия просперитет на дружеството и носят неограничена и солидарна отговорност за вредите, които евентуално могат да му причинят с виновното си поведение. Така по подобие на мандатните отношения, между дружество в лицето на неговите органи за управление – общо събрание или надзорен съвет – от една страна, и управител или членовете на съвета на директорите при едностепенната система за управление, съответно на управителния съвет при двустепенната система за управление, се сключва съглашение, по силата на което търговското дружество с общинско участие в капитала възлага, а съответните лица- членове на органи за управление и контрол, се задължават индивидуално или съвместно с останалите членове на управителния или контролния орган да извършват правомерни правни действия за сметка на търговското дружество. Този договор е двустранен, възмезден, консенсуален, комутативен и формален (ТЗ установява изискването за сключване на договора за възлагане на управлението в обикновена частна писмена форма, която следва да се приеме, че е форма за действителност), сключван с оглед личността на страните. ТЗ определя като единствено изискване с оглед действителността на договора наличието на писмена форма. Писмената форма е условие "ad solemnitatem". Следователно, неговото изменение следва да бъде осъществено само по взаимно съгласие на страните обективирано в писмена форма. Законът не поставя като условие за валидност на договора сключването му като трудов или регистрирането му като такъв. Възложените действия по управление обикновено са свързани с определена от доверителя бизнес-програма, която съдържа конкретни икономически показатели, чието изпълнение органите на управление следва да осигурят като: рентабилност, производителност, обем на продажбите, печалба, намаляване на загубите, разработване на нови пазари и др. По отношение на договорите за управление и контрол приложение намират разпоредбите на договора на поръчка – чл. 280 и сл. от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД).

Спецификите на описаното правоотношение между членовете на органите за управление и търговското дружество с общинско участие в капитала са толкова многобройни и съществени, че то може да се характеризира като самостоятелен вид правна връзка. Договорът за управление е самостоятелен договорен тип, който се урежда от гражданското законодателство. Според чл. 135, чл. 141, ал. 1 и ал. 2 от ТЗ управителят организира и ръководи дейността на дружеството съобразно закона и решенията на общото събрание, отговаря за дружествените работи и представлява дружеството пред всички лица и органи. По-важните особености на този договор са следните:

- на първо място, за разлика от мандата, при който страни могат да бъдат физически и юридически лица, страни по това правоотношение са търговското дружество с общинско участие в капитала и дееспособно физическо лице, което трябва да отговаря на изискванията на чл. 141, ал. 8 от ТЗ за управител на ООД, съответно по

чл. 234, ал. 2 от ТЗ за член на съвет на АД. Общината като юридическо лице може да бъде страна по това правоотношение само доколкото тази възможност е предвидена като допустима в друга сделка- многостранен договор, какъвто всъщност е уставът на АД с общинско участие в капитала. В случай, че общината е избрана за член на съвет на АД, тя е длъжна да определи свой представител за изпълнение на задълженията ѝ. Общо за двете отношения (мандатното и по договора за възлагане на управлението) е, че те почиват изцяло на личното доверие между страните, т.е. са intuitu personae. За разлика от мандатните отношения, при които довереникът е длъжен лично да извърши възложените му правни действия и може да възложи изпълнението на поръчката на друго лице само когато е овластен за това от доверителя, или ако това е станало необходимо с оглед запазването на неговите интереси, или накрая в случай, че доверителят би претърпял вреди от незаместването, при договорите за възлагане на управлението на търговски дружества и в частност на тези с общинско участие в капитала, няма каквато и да било възможност да се извършва заместване на избрания член на органа за управление.

- на второ място, предмет на мандатните отношения е извършването на каквито и да било правни действия. В този смисъл предметът им е изключително широк. По силата на правоотношението, в което се намират с търговското дружество с общинско участие в капитала, членове на органите за управление, имат право да участват при формирането и изразяването на волята на юридическото лице. Съответното физическото или юридическото лице е овластено да извършва правни действия, които се вземат предвид при приемането на решения, обвързващи този вид търговски сдружения.

- на трето място, особености на правоотношението, произтичащо от договора за възлагане на управлението на търговско дружество с общинско участие в капитала, се откриват и във връзка с това, че за разлика от мандата, разглежданото правоотношение възниква по необходимост за юридическото лице. Докато физическите или юридически лица са свободни в преценката си дали да участват или да не участват в орган за управление, за което с оглед вписването в търговския регистър представят нотариално заверено съгласие, за търговското дружество с общинско участие в капитала този въпрос изобщо не стои.

- на четвърто място, отношенията, свързани с управлението, възникват в резултат на проведен избор. Общинският съвет при едноличните търговски дружества, съответно общото събрание, са органите, които избират и освобождават управителя (чл. 137, ал. 1, т. 5 от ТЗ), съответно членовете на съвета на директорите или на надзорния съвет (чл. 221, т. 4 от ТЗ). Изборът на членовете на управителния съвет на АД с двустепенна система на управление, съгласно чл. 241, ал. 2 от ТЗ, се извършва от надзорния съвет. Актът, с който се осъществява избора, представлява гражданскоправна сделка- решение. Приемането на решенията за избор на управителите и членовете на съветите на търговските дружества с общинско участие в капитала се осъществява от общинския съвет- за едноличните търговски дружества, или от общото събрание по правило с обикновено мнозинство от присъстващите общински съветници, или от представения на заседанието капитал, или от представените на заседанието акции с право на глас, или съответно с обикновено мнозинс-

тво от присъстващите на заседанието членове на надзорния съвет. Избраният управител, съответно членовете на съветите са довереници на търговското дружество с общинско участие в капитала, а не на мнозинството от членовете на общинския съвет или на съответния орган на дружеството, които са подкрепили избора им. За проведения избор общинският съвет, общото събрание и/или надзорния съвет са длъжни да водят протокол, съгласно чл. 29 от Закона за местното самоуправление и местната администрация (ЗМСМА), чл. 143, ал. 1 от ТЗ, чл. 232 и чл. 239 от ТЗ. Протоколът от заседанието на общинския съвет се изготвя съобразно изискванията на ЗМСМА. Протоколите от заседанията на общото събрание на търговските дружества с общинско участие в капитала се изготвят съобразно изискванията на ТЗ. Протоколът се подписва от председателя и секретаря на събранието и от преброителите на гласовете, а протоколът за решенията на надзорния съвет- от всички присъстващи членове на съответния съвет.

Колективните органи на търговските дружества с общинско участие в капитала осъществяват своята работа на заседания. За да бъдат правновалидни приетите от тях решения, следва да бъдат спазени всички изисквания на закона и устройствения акт относно свикването и провеждането на заседанията.

В отклонение от принципа, че решенията на управителните органи на дружеството провеждат незабавно действие, освен ако то не бъде отложено, чл. 140, ал. 4 от ТЗ постановява, че решенията за увеличаване и намаляване на капитала, приемане и изключване на съдружник, преобразуване на дружеството, избор и освобождаване на управител, както и назначаване на ликвидатор имат действие от вписването им в търговския регистър. Аналогична е и разпоредбата на чл. 231, ал. 4 от ТЗ, която предвижда, че решенията за увеличаване и намаляване на капитала, преобразуване на акционерното дружество, избор и освобождаване на членове на съветите, както и назначаване на ликвидатори имат действие от вписването им в търговския регистър.

Основното задължение на управителя и членовете на съветите е да действат в интерес на търговското дружество с общинско участие в капитала и да бъдат лоялни към него, дори и след като загубят това си качеството, полагайки грижата на добрия търговец. Те са длъжни да се отчитат за дейността си пред общинския съвет, в случаите, в които упражнява правомощията на едноличен собственик на капитала на ЕООД и ЕАД, респективно пред общото събрание на съдружниците или акционерите.

За разлика от договора за поръчка по чл. 280 и сл. от ЗЗД, ТЗ установява принципа на възмездност при осъществяването на дейността по управлението, въпреки че е възможно договорът за управление да бъде и безвъзмезден. Когато договорът за възлагане на управлението е възмезден, търговското дружество с общинско участие в капитала е длъжно да заплати уговореното възнаграждение, съгласно решението на едноличния собственик на капитала при ЕООД и ЕАД, съответно на общото събрание при ООД и АД. Изпълнението на повтарящото се задължение за плащане възнаграждение на член на орган за управление, безспорно поето от търговското дружество, предпоставя "периодични плащания" по смисъла на чл. 111, б. "в" от ЗЗД.

Съгласно чл. 137, ал. 1, т.5 от ТЗ, общото събрание на ООД избира управителя, определя възнаграждението му и го освобождава от отговорност.

Членовете на съветите при АД, по принцип, упражняват функциите си срещу възнаграждение. Неговият размер, съгласно чл. 221, т. 4, и чл. 241, ал. 2 от ТЗ се определя от общото събрание на акционерите – за членовете на съвета на директорите или надзорния съвет и от надзорния съвет – за членовете на управителния съвет. В случаите когато юридическо лице е член на съвет на АД, то определя свой представител за изпълнение на задълженията му. Представителят поема изпълнението на задълженията към АД без да замества юридическото лице. То продължава да е член на съответния съвет и упражнява правата си, в т.ч. правото по всяко време да замени представителя си[1]. Възнаграждението представлява право на членовете на съветите на АД и следователно, то се дължи на юридическо лице, а не на представителя, който не е член на орган за управление или контрол. Представителят би могъл да получи възнаграждение, доколкото това произтича от вътрешните му отношения с юридическото лице. Що се отнася до представителите на общината в съветите на АД с общинско участие в капитала, някои от тях могат да осъществяват функциите си на възмездни, а други на безвъзмездни начала. Основание за това дават разпоредбите на Закона за държавния служител (ЗДСл) и Кодекса на труда (КТ). Съгласно чл. 7, ал. 3 от ЗДСл, държавен служител може да участва като представител на държавата или общината в органите на управление или контрол на търговските дружества с държавно или общинско участие в капитала или на юридическите лица, създадени със закон в съвети, комитети, одитни комитети, комисии, работни или експертни групи, органи на управление или контрол на фондове, сметки и други, които не са юридически лица, за което не получава възнаграждение. Аналогично е съдържанието на разпоредбата на чл. 107а, ал. 2 от КТ – за служителите, работещи по трудово правоотношение в държавната администрация.

Разпоредбата на чл. 234, ал. 1 от ТЗ предвижда, че юридическото лице- член на съвет, а не представителят, е солидарно и неограничено отговорно заедно с останалите членове на съвета за задълженията, произтичащи от неговите действия. Следователно, за действията на представителя гражданска отговорност носи юридическото лице- член на съвет. Солидарна отговорност носят и останалите членове на съвета, въпреки че те не участват в избора.

Въпросите свързани с възлагането на управлението и контрола и съдържанието на договорите, съставът и компетенциите на органите за управление и контрол, редът за определяне на представителите на общината в органите за управление и контрол, техните права и задължения, възнаграждението и отговорността при неизпълнение на задълженията трябва да бъдат уредени в наредбата на общинския съвет по чл. 51а, ал. 4 от ЗОС.

Дружеството трябва да заплати разноските, които членовете на съветите са направили при изпълнение на договорите си, както и ги обезщети за вредите, които са претърпели при това изпълнение.

Съгласно чл. 142, ал. 1 от ТЗ, без съгласие на ООД управителят няма право:

1. от свое или от чуждо име да извършва търговски сделки;

2. да участва в събирателни и командитни дружества и в дружества с ограничена отговорност;

3. да заема длъжност в ръководни органи на други дружества.

Ограниченията се прилагат, когато се извършва дейност, сходна с тази на дружеството. При нарушаване на задълженията управителят дължи обезщетение за причинените на ООД вреди.

Съгласно чл. 237, ал. 3 от ТЗ, лице, предложено за член на съвет, е длъжно преди избирането му да уведоми общото събрание на акционерите, съответно надзорния съвет, за участието си в търговски дружества като неограничено отговорен съдружник, за притежаването на повече от 25 на сто от капитала на друго дружество, както и за участието си в управлението на други дружества или кооперации като прокурист, управител или член на съвет. Когато тези обстоятелства възникнат, след като лицето е избрано за член на съвета, то незабавно дължи писмено уведомление. Чл. 237, ал. 4 и ал. 5 от ТЗ предвиждат, че членовете на съвета на директорите и на управителния съвет нямат право от свое или от чуждо име да извършват търговски сделки, да участват в търговски дружества като неограничено отговорни съдружници, както и да бъдат прокуристи, управители или членове на съвети на други дружества или кооперации, когато се извършва конкурентна дейност на дружеството. Това ограничение не се прилага, ако уставът изрично допуска това или когато органът, който осъществява избора е дал изрично съгласие за това. Членовете на съветите са длъжни да не разгласяват информацията, станала им известна в това им качество, ако това би могло да повлияе върху дейността и развитието на дружеството, включително след като престанат да бъдат членове на съвета. Това задължение не се отнася за информация, която по силата на закон е достъпна за трети лица или вече е разгласена от дружеството. Чл. 237, ал. 1- 5 от ТЗ се прилагат и за физическите лица, които представляват общината като юридическо лице- член на съвет на АД с общинско участие в капитала, съгласно чл. 234, ал. 1 от ТЗ.

Съгласно чл. 240, ал. 1 от ТЗ членовете на надзорния и на управителния съвет, както и на съвета на директорите задължително дават гаранция за своето управление в размер, определен от общото събрание, но не по-малко от тримесечното им брутно възнаграждение. Гаранцията може да се състои и в депозирани акции или облигации на дружеството. Членовете на съветите отговарят солидарно за вредите, които са причинили виновно на дружеството. Общото събрание на акционерите може да освободи от отговорност член на съвет, ако се установи, че той няма вина за настъпилите вреди.

Използвана литература

1. Джидров П., "Коментар на търговския закон", т. 3, С., ’94 г., с. 843,

2. Златарев Е., "Учебник по търговско право" – I част, С., ‘92 г., с. 127.

3. Кацаров К., "Систематичен курс по българско търговско право", С., ’90 г., с. 241.

4. Павлова М., "Гражданско право – обща част", т. 1, С., ’95 г., с. 307, 308.

5. Стойчев К., "Имуществена отговорност на членовете на управителните съвети, директорите и управителите на търговските дружества на капитала" – сп. "Търговско право", С., ’92 г., кн. 2, с. 23.

СЪТРУДНИЧЕСТВО МЕЖДУ ДАНЪЧНИТЕ АДМИНИСТРАЦИИ НА ДЪРЖАВИТЕ – ЧЛЕНКИ НА ЕС, ВЪВ ВРЪЗКА С ДАНЪЧНИЯ КОНТРОЛ

гл.ас. д-р Елина Маринова,
катедра "Публичноправни науки",
РУ "Ангел Кънчев",
elina_marinova@abv.bg

Резюме

Сътрудничеството по данъчни въпроси между държавите членки понастоящем е сред основните приоритети за данъчната политика на Европейския съюз. Съюзното законодателство регламентира като форма на административно сътрудничество по данъчни въпроси и съдействието при установяването на данъчни задължения – обмен на информация, връчване на актове и документи, едновременни данъчни проверки и участие в данъчни проверки в чужбина. В доклада са разгледани основните правни положения, актуалната регулаторна рамка и тенденции в нормотворческия процес по така очертаната тема.

Ключови думи: административно сътрудничество, данъчни органи, данъчен контрол

Abstract

EU Member states' cooperation regarding tax issues is currently one of the key priorities for EU's tax policy. As a form of administrative tax cooperation EU legislation regulates also the cooperation regarding the establishment of tax liabilities – exchange of information, notification of acts or documents, simultaneous tax audits and participation in tax audits abroad. The paper analyses the basic legal positions, the current regulatory framework and tendencies in legislative process on this topic.

Key words: administrative cooperation, tax authorities, tax audit

1. Въведение

Данъчният контрол представлява форма на специфичен административен контрол, целяща чрез използване на регламентираните в данъчно-процесуалните разпоредби способи и средства да се установи спазването на материалното данъчно законодателство от задължените лица. Той е от основно значение като гаранция за правилното функциониране на установената данъчна система в съответната държава. Липсата на ефективно трансгранично сътрудничество между данъчните администрации в тази връзка обаче често препятства правилното установяване и събирането на националните данъчни вземания. С глобализирането на стопанския живот се увеличава и броя на трансграничните ситуации с данъчно значение. Не само предприятията, но и гражданите, все по-активно развиват стопанска дейност зад граница. Тази икономическа мобилност в рамките на Европа е както желана, така и юридически защитена, като част от основните свободи на лицата, предвидени в Договора

за функционирането на Европейския съюз (ЕС)[1] и утвърдени от съдебната практика на Съда на ЕС. Успоредно с това обаче, свободата на установяване и предоставяне на услуги води до затруднения за държавите членки при гарантиране на ефективното установяване и събиране на дължимите данъчни постъпления, попадащи в обхвата на фискалната им юрисдикция. За разлика от правно гарантираната социална и икономическа мобилност на данъкоплатците, националните данъчни органи поначало не могат да осъществяват компетентност извън границите на държавата и властническите им правомощията се простират само в рамките на територията, върху която се упражнява фискален суверенитет. Това може да доведе до несъответствие между материалното данъчно облагане, закрепено с материалните данъчни закони в държавата и възможността за формалното, процесуалното му реализиране. Подобна конюнктура, заедно с комплексността на националните данъчни системи и пропуските в тях, е благоприятна среда за данъчни злоупотреби – отклонение от данъчно облагане (данъчни измами, укриване на данъци) или избягване на данъци (например чрез агресивно данъчно планиране). Тези предпоставки обуславят необходимостта от засилено трансгранично взаимно сътрудничество между данъчните администрации с оглед данъчния контрол.

2. Регулативни инструменти

В последните години в ЕС се наблюдава тенденция към постоянно актуализиране и разширяване на правната рамка за административното сътрудничество по данъчни въпроси между държавите членки. Понастоящем тя включва: **Директива 2011/16/ЕС** на Съвета от 15 февруари 2011 г. относно административното сътрудничество в областта на данъчното облагане и за отмяна на Директива 77/799/ЕИО, включително измененията ѝ с **Директива 2014/107/ЕС** на Съвета от 9 декември 2014 г., **Директива 2015/ 2376/ЕС** от 8 декември 2015 г. и **Директива 2016/881/ЕС** от 25 май 2016 г. по отношение на задължителния автоматичен обмен на информация в областта на данъчното облагане; **Регламент 904/2010/ЕС** на Съвета от 7 октомври 2010 г. относно административното сътрудничество и борбата с измамите в областта на данъка върху добавената стойност и **Регламент 389/2012/ЕС** на Съвета от 2 май 2012 г. относно административното сътрудничество в областта на акцизите и за отмяна на Регламент 2073/2004/ЕО. Работи се в тясно сътрудничество и с Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) и нейните инициативи и глобални стандарти в областта на данъците и административното сътрудничество. Така, наред с актовете на ЕС, правни инструменти, които регламентират трансграничното административно сътрудничество по данъчни въпроси между държавите членки, са: Конвенцията за взаимно административно сътрудничество по данъчни въпроси, резултат на съвместната работа на ОИСР и Съвета на Европа, Многостранно споразумение между компетентните органи за автоматичен обмен на информация за финансови сметки, Многостранното споразумение между компетентните органи за автоматичен обмен на информация за финансови сметки (MCAA) и Единният световен стандарт за автоматичен обмен на информация (Common Reporting Standard, CSR) на ОИСР, Моделът за данъчна спогодба на ОИСР и по специално чл. 26 и чл. 27. Двустранните споразумения на Съединените

американски щати (САЩ) с партньорски държави относно прилагането на FATCA законодателството (Foreign Account Tax Compliance Act или Акт за спазване на данъчното законодателство във връзка със задгранични сметки) първи дават тласък на международните инициативи и реформи в сферата на автоматичния обмен на информация по данъчни въпроси, подети от ОИСР и ЕС. Така се очертават множество регулативни системи по отношение на административното сътрудничество по данъчни въпроси между държавите членки на ЕС, като тенденцията е за разширяване в субектен и предметен обхват на общата среда за данъчно сътрудничество между държавите и въвеждането на все по-високи и унифицирани международни стандарти в тази връзка.

В Данъчно-осигурителния процесуален кодекс са въведени правилата на международните и европейските правни инструменти, които Република България прилага по отношение на административното сътрудничество по данъчни въпроси. Раздел V-ти урежда процедурата за административно сътрудничество с държавите членки на Европейския съюз, в областта на данъците, като тук не се включват данъка върху добавената стойност и акцизите, административното сътрудничество по отношение на които е уредено непосредствено от ЕС с регламенти (**Регламент 904/2010/ЕС** на Съвета от 7 октомври 2010 г. относно административното сътрудничество и борбата с измамите в областта на данъка върху добавената стойност и **Регламент 389/2012/ЕС** на Съвета от 2 май 2012 г. относно административното сътрудничество в областта на акцизите). Всяка държава членка избира и уведомява Комисията за органа, компетентен да осъществява административно сътрудничество със съответните компетентни органи на останалите държавите членки на ЕС. За Република България такъв орган е изпълнителният директор на Националната агенция за приходите (НАП) (оправомощени от него длъжностни лица), който определя със заповед звено в структурата на НАП, което осъществява контактите с други държави членки на ЕС, изпълнява функциите на запитан, съответно запитващ орган на територията на Република България и осъществява контактите с Европейската комисия (чл. 143 в ДОПК).

3. Форми на административното сътрудничество във връзка с данъчния контрол

Установените процедури за административно сътрудничество с държавите членки на Европейския съюз в областта на данъците включват различни форми на съдействие в установително-контролните данъчни производства, които са в основата на данъчния контрол като обобщаваща ги категория. Те се изразяват в:

- обмен на информация (при поискване, спонтанен, автоматичен);
- искане за връчване;
- присъствие и участие в административни производства;
- паралелни проверки и ревизии.

3.1. Обмен на информация

3.1.1. Обмен на информация при поискване

Държавите членки обменят всякаква информация, която може да се предвиди, че е от значение (предполагаема значимост) за администрирането или привеждането в изпълнение на националните закони относно съответните данъци. Обмен при поискване е обменът на информация, направен въз основа на искане, отправено от запитващ орган на една държава до запитан орган на друга държава членка на ЕС за конкретен случай. Искането и всички документи, свързани с него, се изпращат при възможност по електронен път чрез мрежата CCN,[1] като се използва стандартен формуляр и език, договорен с другата държава членка. Искането за информация може да съдържа мотивирано искане за провеждане на определено административно производство, както и искане за изпращане на оригинали на документи – под обмен на информация се разбира не само предоставянето на данни, но и всякакви писмени доказателства, с които разполага държавата членка За да получи исканата информация или да извърши обуславящото я административно разследване, запитаният орган следва същите процедури, както ако би действал по собствена инициатива (прилага се местното данъчно законодателство). Предвидени са срокове за предоставяне на информацията. При всички случаи това е възможно най-краткият срок, но не по-късно от шест месеца след датата на получаване на искането (ако запитаният орган вече разполага с тази информация – два месеца), а по отношение на сътрудничеството в областта на ДДС и акцизите – три месеца след датата на получаване на молбата (ако информацията е вече налична – един месец). В някои конкретни случаи запитващият и запитаният орган могат да договорят помежду си срокове, различни от предвидените.

3.1.2. Спонтанен обмен н информация

При спонтанния обмен на информация една държава членка предоставя информация на друга държава членка, когато счита, че тази информация ще ѝ е необходима или полезна за установяване на задължения за данъци. Без предварително искане се препраща налична информация в следните случаи: – когато компетентният орган на едната държава членка има основания да предполага, че е възможно да има загуба на данъчни приходи в другата държава членка или когато има вероятност данъчното законодателството в областта да е било нарушено; – когато информацията е необходима за гарантиране на ефективността на системата за контрол на държавата членка по местоназначение; – когато данъчнозадължено лице ползва намаление на данъка или освобождаване от данък в едната държава членка, което би довело до увеличаване на данъка или възникване на данъчно задължение в другата държава членка; – когато търговски сделки между данъчнозадължено лице от една държава членка и данъчнозадължено лице от друга държава членка се осъществяват в рамките на една или повече държави по начин, който може да доведе до намаляване на дължимите данъци в едната или другата държава членка, или и в двете; – когато компетентният орган на държава членка има основания да предполага, че намаляването на данъчното задължение може да е следствие от фиктивни прехвърляния на печалби в рамките на групи предприятия; – когато информацията,

предоставена на едната държава членка от компетентния орган на другата държава членка е дала възможност да се получи информация, която може да е полезна за определяне на данъчно задължение в другата държава членка и др. Компетентният орган на едната страна предоставя информацията на компетентния орган на заинтересованата държава членка във възможно най-кратък срок, когато разполага с нея (не по-късно от един месец от датата, на която информацията му е станала известна по отношение на обмена на информация, свързан с преките данъци).

3.1.3. Автоматичен обмен на информация

Автоматичен обмен на информация е системното предоставяне на друга държава членка на предварително определен вид информация за местни лица на тази държава членка, без отправено искане, на определен интервал от време. По отношение на определени категории информация е установено изискването за автоматичен обмен. По отношение на преките данъци това е информация относно: доходи от трудови правоотношения; възнаграждения по договори за управление и контрол; застрахователни обезщетения/премии, изплатени при настъпило застрахователно събитие по договори за застраховки "Живот", когато не попадат в обхвата на друг обмен на информация между държавите членки на Европейския съюз; пенсии; собственост и/или доходи от продажба или замяна на недвижимо имущество, включително от ограничени вещни права върху такова имущество; доходи от наем или друго възмездно предоставяне за ползване на недвижимо имущество. Информацията се изпраща в стандартизиран електронен формат в срок до 30 юни на годината, следваща данъчната година, през която е станала налична. Предоставена е възможност на държавите членки по взаимно споразумение да обменят информация за допълнителни доходи, извън тези, регламентирани като задължителни – например, за доходи от граждански договори и пр. Държавите членки уведомяват Европейската комисия за сключени споразумения за автоматичен обмен на информация за допълнителни видове доходи. Компетентният орган на дадена държава членка уведомява компетентните органи на останалите държавите членки и Европейската комисия за нежеланието си да получава информация за някоя от посочените категории доходи, включително за такива, които не надвишават определените прагови стойности.

Сключването на споразумения, свързани с FATCA, със Съединените американски щати и последвалите инициативи на ОИСР от 2014 г. (типово споразумение между компетентните органи и общ стандарт за предоставяне на информация по финансовите сметки), предпоставя и кореспондиращо изменение на Директива 2011/16/ЕС. С Директива с 2014/107/ЕС за изменение на Директива 2011/16/ЕС по отношение на задължителния автоматичен обмен на информация в областта на данъчното облагане се разширява обхвата на член 8 от Директива 2011/16/ЕС с информацията, съдържаща се в типовото споразумение между компетентните органи и в общия стандарт за предоставяне на информация, разработени от ОИСР. Регламентира се особен вид административно сътрудничество чрез осъществяването на автоматичен обмен на финансова информация (автоматичен обмен на информация за финансови сметки) за данъчни цели относно местни лица, без отправено искане,

на предварително определени интервали от време. Финансовата информация, която трябва да се предоставя и обменя, засяга всички свързани доходи (лихви, дивиденти и други подобни видове доход), а също и наличностите по сметки и постъпленията от продажба на "финансови активи", за да се уредят и случаите, когато данъчнозадълженото лице се опитва да скрие капитал, който сам по себе си представлява доход или активи, данъкът върху които е укрит.

От друга страна в рамките на Съюза е констатирана тенденция, че практиката по издаване на данъчни становища във връзка със стопански структури води до ниско равнище на данъчно облагане на изкуствено завишен доход в държавата, която издава, изменя или подновява данъчното становище, както и до изкуствено занижаване на облагаемия доход в други свързани държави. В този контекст и с оглед засилването на прозрачността се предприема следващо изменение на Директива 2011/16/ЕС и разширяване обхвата на автоматичния обмен на информация между държавите членки с Директива 2015/2376/ЕС на Съвета от 8 декември 2015 г. По силата на новата нормативна рамка компетентните органи на държавите членки обменят автоматично помежду си и с Европейската комисия и информация за издадени, изменени или подновени предварителни трансгранични данъчни становища[1] и предварителни споразумения за ценообразуване,[1] с изключение на случаите, в които предварителното трансгранично данъчно становище се отнася единствено за данъчните задължения на едно или повече физически лица. Горната информацията се обменя в срок до три месеца след изтичането на шестмесечието, през което предварителните трансгранични данъчни становища или предварителните споразумения за ценообразуване са издадени, изменени или подновени, като се използва стандартен формуляр и всеки официален или работен език на Европейския съюз.

Съгласно последната Директива 2015/2376/ЕС за изменение на Директива 2011/16/ЕС по отношение на задължителния автоматичен обмен на информация в областта на данъчното облагане, компетентните органи на държавите членки осъществяват административно сътрудничество и чрез автоматичен обмен на отчети по държави, съдържащи информация за разпределението на приходите, печалбите, активите и данъците на предприятия, които са част от многонационална група предприятия (МГП). Отчетите по държави се предоставят на държава членка или на друга юрисдикция, на която съставно предприятие на многонационална група предприятия е местно лице за данъчни цели или има място на стопанска дейност. В обхвата на обмена попадат само групи, които имат общи консолидирани приходи в размер над която има общи консолидирани приходи на групата в размер до 750 000 000 EUR или приблизителна сума в местна валута за данъчната година, предхождаща отчетната данъчна година, както е отразено в нейните консолидирани финансови отчети. Отчетите включват обобщена информация относно: размер на приходите, печалба/загуба преди данък върху дохода, платен данък върху дохода, начислен данък върху дохода, регистриран капитал, натрупана печалба, броя на наетия персонал, материални активи, различни от парични средства или парични еквиваленти. Предоставянето на информацията се извършва по електронен път чрез мрежата CCN в 15-месечен срок, считано от края на данъчната година на групата, за която се отнася отчетът по държави. Това ново разширяване на обхвата на адми-

нистративното сътрудничество е свързано с Плана за действие за преодоляване на свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби (Base Erosion and Profit Shifting, BEPS), приет от ОИСР и държавите от Г-20 през 2013 г. и необходимостта от оценка на рисковете, свързани с трансферно ценообразуване, неспазване на правилата в тази връзка, свиването на данъчната основа и прехвърляне на печалби, икономическия и статистически анализ.

По отношение на автоматичния обмен на информация във връзка с данъка върху добавената стойност (ДДС) в рамките на Съюза е изградена информационна система за обмен на ДДС информация (VAT Information Exchange System – VIES), като система за контрол върху вътреобщностната търговия за нередности и измами с ДДС, която обработва и съхранява данни от VIES декларациите на регистрираните по ДДС лица, осъществяващи сделки в рамките на ЕС. Данъчната администрация на всяка държава членка поддържа електронна база от данни, съдържаща информация за регистрираните по ДДС търговци и детайлна информация за всички вътреобщностни доставки и придобивания, извършени от местните търговци, която се обобщава, анализира и обменя между данъчните администрации на държавите членки с помощта на обща комуникационна среда, както изисква и Регламент 904/2010/ЕС относно административното сътрудничество и борбата с измамите в областта на ДДС. С регламента е създаден и нов механизъм за борба с ДДС измамите и възможност за целенасочен и бърз обмен на информация, наречен Eurofisc. Това е децентрализирана мрежа без юридическа правосубектност, чиято цел е да се насърчава и улеснява многостранното и децентрализираното сътрудничество, с оглед по-бързото идентифициране на случаите на измама и по-бързото разпространяване на информацията за правонарушителя. Съгласно чл. 13 от Регламент 904/2010/ЕС компетентният орган на всяка държава членка предава на компетентния орган на всяка друга заинтересована държава членка без предварително запитване и автоматично всякаква информация, която би подпомогнала правилното определяне на ДДС, мониторинга върху правилното облагане с ДДС, в следните случаи: а) когато се счита, че данъчното облагане се извършва в държавата членка по местоназначение, и информацията, предоставена от държавата членка по произход, е необходима за гарантиране на ефективността на системата за контрол на държавата членка по местоназначение; б) когато една държава членка има основания да счита, че законодателството в областта на ДДС е било нарушено или има вероятност да е било нарушено в другата държава членка; в) когато съществува риск от данъчни загуби в другата държава членка.

По отношение на обмена на информация във връзка с акцизите, Европейският съюз е разработил система за наблюдение на движението на стоки в режим отложено плащане на акциз в рамките на вътрешния пазар – "Система за движение и контрол на акцизни стоки" (EMCS). Тя е създадена с Решение № 1152/2003/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 юни 2003 г. за компютризиране на движението и контрола върху акцизните стоки и позволява проследяването на движението на стоките в "реално време" и незабавното събиране на информация, което дава възможност за по-лесен и по-задълбочен анализ и автоматизиран анализ на риска. Така се ускоряват административните процедури, тъй като всички движения се придру-

жават от електронен административен документ, който заменя документите на хартиен носител, много от задължително изискваните документи са стандартизирани, а интернет подкрепата дава възможност да се прави проверка на валидността на разрешителните на потенциалните търговски партньори. Съгласно чл. 15 от Регламент № 389/2012/ЕС на Съвета от 2 май 2012 година относно административното сътрудничество в областта на акцизите компетентните органи на всяка държава членка изпращат до компетентните органи на всички други заинтересовани държави членки, без предварително искане и посредством редовен автоматичен обмен или автоматичен обмен, предизвикан от възникнало събитие, информацията, необходима да се гарантира правилното прилагане на акцизното законодателство, в следните случаи: а) при наличие или съмнения за нередност или нарушение на акцизното законодателство в друга държава членка; б) когато възникнала или предполагаема нередност или нарушение на акцизното законодателство на територията на една държава членка може да има последствия в друга държава членка; в) при наличие на риск от измама или загуба на акциз в друга държава членка; г) в случай на пълно унищожаване или безвъзвратна загуба на акцизни стоки под режим отложено плащане на акциз; д) при възникване на изключително събитие по време на движение на акцизни стоки в рамките на Съюза, което не е предвидено в разпоредбите на Директива 2008/118/ЕО и което може да окаже влияние върху изчисляванията на задълженията за акциз на даден икономически оператор.

3.2. Искане за връчване (уведомяване)

Следващата форма на административно сътрудничество е искането за връчване на актове и документи във връзка са данъчното облагане. Тя следва да се прилага, когато е невъзможно или има особени затруднения това връчване да бъде осъществено на територията на съответната запитваща страната. В този случай държавата членка може да поиска съдействие за връчване извън територията ѝ на актове и документи, издадени от нейни административни органи, свързани с прилагането на законодателството в областта на данъците. В искането за уведомяване се посочва предмета на инструмента или решението, които трябва да бъдат съобщени, както и името и адреса на адресата и всяка друга информация, която може да улесни идентифицирането на адресата. Запитаният компетентен орган на другата държава членка следва да осъществи връчването по съответния вътрешен процесуален ред, в съответствие с правилата за уведомяване относно подобни инструменти. Той информира незабавно запитващия орган за отговора си и по-специално за датата, на която адресатът е уведомен за решението или инструмента. На лицата, намиращи се на територията на друга държава членка на ЕС, може да се връчват актове и документи и чрез изпращане на писмо с обратна разписка или по електронен път.

3.3. Присъствие и участие в административни производства

За разлика от обмена на информация и връчването (уведомяването), които представляват *форми на съдействие* между данъчните администрации, следващите видове сътрудничество са *форми на съвместни действия* на данъчните администрации. Присъствието и участието в административни производства на територията на

друга държава членка като вид сътрудничество включва намеса на чужд властнически орган във въпроси от юрисдикцията на суверенна държава. Поради това условие за него е изричното волеизявление на държавите, което го допуска и индивидуализира. Съгласно регулативна рамка, при запитване компетентният орган на запитаната държава може да позволи на представители на компетентен орган на запитващата държава да присъстват на подходящ етап от данъчна проверка в запитаната държава. Ако искането бъде уважено, компетентният орган на запитаната държава уведомява във възможно най-кратък срок ответната страна относно часа и мястото на проверката, органа или служителя, определени да извършат проверката, процедурите и условията, изисквани от запитаната държава за провеждането на проверката. Всички решения по отношение провеждането на данъчната проверка се вземат от запитаната държава. По споразумение между запитващия орган и запитания орган и съгласно правилата, определени от последния, длъжностните лица, упълномощени от запитващия орган, могат: – да присъстват в службите, в които административните органи на запитаната държава членка изпълняват своите задължения; – да присъстват по време на административни разследвания, извършвани на територията на запитаната държава членка. Когато исканата информация се съдържа в документи, до които длъжностните лица на запитания орган имат достъп, на длъжностните лица на запитващия орган се предоставят копия на тези документи. Споразумението може да предвижда възможност оправомощените длъжностни лица от държава членка, когато присъстват в административно производство, да искат обяснения от физически лица и отказът на лицата да съдействат има същите последици както при отказ за съдействие на местен орган по приходите. Длъжностните лица, които присъстват в друга държава членка, по всяко време следва да могат да представят писмен документ, удостоверяващ самоличността и служебното им положение.

3.4. Паралелни проверки и ревизии

Трансграничните ситуации с данъчно значение често изискват и съвместни, координирани усилия на държавите с оглед установяването на релевантните факти и действително дължимите данъчни задължения. С оглед на това европейското законодателство, свързано с административното сътрудничество по данъчни въпроси, предвижда възможността две или повече държави членки да се споразумеят за извършването на паралелни (едновременни) проверки на собствената си територия на данъчните дела на дадено лице или лица, по отношение на които имат общ или свързан интерес, за да обменят получената в резултат на това информация. Компетентният орган на всяка държава членка сам определя лицата, за които възнамерява да предложи извършването на паралелна проверка. Той уведомява компетентния орган на другите заинтересовани държави членки за всички случаи, за които предлага паралелна проверка, като обосновава избора си и посочва периода, в който трябва да се извършат тези проверки. Компетентният орган на всяка заинтересована държава членка решава дали да участва в паралелните проверки. Той потвърждава съгласието си или съобщава мотивирания си отказ на органа, предложил паралелната проверка.

4. Общи правила за административното сътрудничество във връзка с данъчния контрол

Административно сътрудничество между държавите членки по данъчни въпроси се основава на правилата за стандартизация на използваните инструменти и процедурите, поверителност на обменяната информация, възможност за отказ от съдействие и принципите за взаимност, субсидиарност и еквивалентност.

Молбите за съдействие и обменът на информация по регламентите и директивите, уреждащи административното сътрудничество по данъчни въпроси се извършва посредством стандартизирани формуляри, формати и канали за комуникация.[1] Молбите, документите и информацията се предоставя, доколкото е възможно, по електронен път,[1] като могат да се изготвят на всякакъв език, уговорен между запитания и запитващия орган. Държавите членки се отказват от всякакви претенции за възстановяване на направените във връзка с осъщественото сътрудничество разходи, освен по отношение на възнагражденията, заплатени на експерти.

Информацията във връзка със сътрудничеството по данъчни въпроси, предавана между държавите членки в каквато и да е форма, представлява служебна тайна и е защитена по същия начин, както подобна информация съгласно националното законодателство на държавата членка, която я получава. Такава информация може да се използва за целите на администрирането и прилагането на националните закони на държавите членки относно данъците. Информацията и документите могат да бъдат използвани за различни цели, само с разрешението на компетентния орган на държава членка, който изпраща информацията и само доколкото това е разрешено от законодателството на държавите членки на компетентните органи, получаващи и изпращащи информацията.

Административното сътрудничество по данъчни въпроси не следва да води до неоправдано прехвърляне на административна тежест между държавите членки. Условие за осъществяването му е запитващият орган да е изчерпал обичайните източници на информация, които би могъл да използва при дадените обстоятелства, за да получи исканата информация без да застрашава постигането на целите си (принцип на субсидиарност). При осъществяване на административното сътрудничество запитаната държава прилага същите процесуални мерки, каквито би приложила за идентичен национален случай (принцип на еквивалентност). Няма задължение за провеждане на разследвания и предоставяне на информация по конкретен случай, ако в законодателството или административната практика на държавата членка, която би трябвало да предостави информацията, не са предвидени правомощия за провеждане на такива разследвания за събиране или използване на тази информация за собствените цели на тази държава членка или това би противоречало на законодателството ѝ (принцип на взаимност). Предоставянето на информация може да бъде отказано, ако води до разкриването на търговска, промишлена, професионална тайна, на търговски процес или противоречи на обществения ред. Запитаният орган информира запитващия орган за основанията, поради които отказва да изпълни искането за информация.

Правните инструменти на ЕС не засягат изпълнението на задължения за предоставяне на по-разширено съдействие съгласно двустранни или многостранни спора-

зумения или договорености. Ако държава членка предоставя по-широко сътрудничество на трета държава от сътрудничеството, предвидено нормативните актове на ЕС, тази държава членка не може да отказва същото по-широко сътрудничество на никоя друга държава членка, която желае да установи такова по-широко взаимно сътрудничество с нея.

5. Заключение

Данъчният контрол и съвместните усилия на държавите членки в тази връзка са от голяма важност за гарантирането на справедливо поделяне на тежестта между данъкоплатците, лоялна конкуренция между предприятията и равнопоставеност между държавите при събирането на данъци. По този начин се предоставя охрана за легитимните интереси както на държавите, така и на редовните данъкоплатци. Избягването на данъчно облагане и данъчните правонарушения са глобални проблеми, ето защо ЕС и страните членки работят в международни партньорства за прилагане на глобални стандарти в данъчната област. От друга страна е необходимо мерките, които държавите членки използват в изпълнение на поетите по двустранни и многостранни договорености ангажименти, да бъдат в съответствие със стандартите, установени в целия Европейски съюз, с цел да се обезпечи правна сигурност както за данъкоплатците, така и за данъчните администрации.

В последните години, с въведените общи за целия Съюз законодателни инструменти, значително е разширен обхвата на административното сътрудничество между държавите членки, свързано с данъчния контрол. Това подчертано се наблюдава в категориите информация, която подлежи на автоматичен обмен. Актуалните изменения на Директива 2011/16/ЕС в тази връзка са транспонирани в разпоредбите на ДОПК, което доведе до положение, обширна част от кодекса да е заета със съдържание, описващо обхвата и различните процедури за обмен на информация, свързана с данъчното облагане. De lege ferenda тази специфична материя може да бъде обособена в самостоятелен нормативен акт.

Следва да се има и предвид, че административно-контролните мерки имат ограничен възпиращ ефект по отношение на отклонението и избягването на данъчно облагане. Необходимо е да се търсят широки социално-икономически лостове за въздействие и мотивация на данъкоплатците (включително ниско данъчно бреме), да се заложат мерки за контролирани и ефективни публични разходи, доверие в институциите и апелиране към чувството за социална солидарност, включително чрез активно сътрудничество с предприятията и гражданските участници при формулирането на данъчните политики.

The study was supported by contract of University of Ruse "Angel Kanchev", № BG05M2OP001-2.009-0011-C01, "Support for the development of human resources for research and innovation at the University of Ruse "Angel Kanchev". The project is funded with support from the Operational Program "Science and Education for Smart Growth 2014 – 2020" financed by the European Social Fund of the European Union.

Изследванията са подкрепени по договор на Русенски университет "Ангел Кънчев"с № BG05M2OP001-2.009-0011-C01, "Подкрепа за развитието на човешките

ресурси в областта на научните изследвания и иновации в Русенски университет "Ангел Кънчев", финансиран по Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014-2020", съфинансирана от Европейския социален фонд на Европейския съюз".

Литература

1. Jestin, K., Mutual legal assistance in tax Matters recent trends and challenge ahead, 2008.

2. Wettner, Die Amtshilfe in Europaischen Verwalting, Tubingen, 2005.

3. Интернет страницата на Европейската комисия, раздел "Данъчно облагане и митнически съюз" – https://ec.europa.eu/taxation_customs/home_en

4. Резолюция на Европейския парламент от 25 март 2015 г. относно Годишния доклад в областта на данъчното облагане (2014/2144(INI)).

5. Становище на Европейския икономически и социален комитет относно "Предложение за регламент на Съвета – Административно сътрудничество в областта на акцизите" (COM (2011)).

6. Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Европейския икономически и социален комитет от 7.4.2016 г. относно план за действие във връзка с ДДС.

7. Съобщение на Комисията до Европейския парламент и Съвета от 28.1.2016 г. относно външна стратегия за ефективно данъчно облагане.

СТОПАНСКИ И ПРАВЕН ПОРЯДЪК: ИКОНОМИЧЕСКА КОНСТИТУЦИЯ

доц. д-р Ивайло Беев,
катедра "Икономикс", УНСС,
ibeev@unwe.bg

Резюме

Всяко действие на "държавата" е нормативно регламентирано. Същевременно "държавата" изпълнява присъщите ѝ макроикономически функции – по разпределение на оскъдните ресурси, по стабилизиране на икономиката, по преразпределението на доходите и т.н. Следователно – всяка от функциите се изпълнява на основата на съществуващи нормативни регулации. Поставя се въпросът: дали тези регулации са разписани съобразно функциите или функциите се изпълняват (по необходимост) по съществуващи регулации, които не са нарочно създадени с оглед на тях.

Защитава се становището, че правните регулации не винаги и не задължително "превеждат" икономическата логика в операционализирана технология за осъществяването ѝ, а сами по себе си и във взаимодействие с релевантни норми водят да генериране на ефекти различни от вложената икономическа логика, респ. не водят до реализиране на релевираната цел; или съдействат за реализиране на целта, но пораждат вторични ефекти, чийто икономическите последици могат да са нежелани.

Така се стига до заключението за наложителното реорганизиране на законодателството, с оглед съвпадение на средства (нормативни регулации) и цели (гладко протичане на макроикономическите функции), концептуална основа за което е т.нар. "икономическа конституция".

Ключови думи: икономическа конституция, стопански порядък, правен порядък, макроикономически функции, закон за обществените поръчки, квази-пазарен сектор.

Summary

Every "state" action is legally regulated. At the same time, the "state" performs its inherent macroeconomic functions – by scattering scarce resources, stabilizing the economy, redistributing income, and so on. Consequently, each of the functions is performed on the basis of existing regulations. The question arises: whether these regulations are assigned according to the functions or functions are (necessarily) fulfilled by existing regulations that are not deliberately created with respect to them.

Autor defend the view that legal regulations do not always "translate" economic logic into an operative technology for its realization, and in interaction with relevant norms lead to generating different effects.

This leads to the conclusion of the necessity of reorganizing the legislation with a view to conceptual basis of "Economic constitution".

Key words: economic constitution, business order, legal order, macroeconomic functions, public procurement law, quasi-market sector.

Адекватен стопански порядък, се поражда
от адекватна стопанска конституция…

Валтер Ойкен (Eucken, 1939)

Правото и икономиката са немислими без обществото, но обособяването им като самостоятелни научни дисциплини, освен диктриналната им раздалеченост, води и до "скъсването" на взаимовръзката между теза два обществени феномена и в практиката: макар за всеки юрист, както и за всеки икономист, да е ясно, че те си взаимодействат – от това разбиране рядко произтича комплексно решение на даден проблем/казус. Така решенията на икономическите проблеми са "запазена територия" за икономистите, а на юридическите казуси – за юристите. Действително – има множество проблеми/казуси, които не налагат комплексен поглед, респ. решение. Проблемът е там, че където това е наложително и видно – то не се прави. Например:

Закона за обществените поръчки (ЗОП) е начина, по който разпоредителите с бюджетни кредити (и въобще всички субекти, на които ЗОП признава качеството "възложител"), могат **законосъобразно** да разходват разполагаемия им финансов ресурс. Това, съвсем схематизирано, вероятно е гледната точка на юриста.

Зад законосъобразното разходване на финансовите средства по бюджетите, управленците вероятно съзират изпълнение на дейности – в съответствие с предварително обявени политики, респ. цели. Това определя качеството "**целесъобразност**" на съответния разход.

Но зад **законосъобразността и целесъобразността на разходите**, икономистите съзират **трансмисионен механизъм с пряко въздействие върху икономиката**, чрез макроикономическата величина на т.нар. "колективно потребление" (по Системата на национални сметки – СНС). На свой ред колективното потребление е елемент на брутния вътрешен продукт (БВП). Става ясно, че разходите през ЗОП са нормативно разписан механизъм, чрез който държавата разходвайки публичния финансов ресурс, на практика стимулира икономиката чрез трансакционния механизъм на съвкупните разходи и в частност – на колективното потребление. Задвижва се мултипликативен процес, който далеч надхвърля рамките на първоначално ангажирания ресурс, т.е реализират се съществени за икономиката ефекти.

Посоченото е само първо равнище на икономическо въздействие на правните регулации, касаещи разходването на публичен финансов ресурс.

В по-дълбоко измерение, **въвеждането на нормативно правило за разходване на публичен финансов ресурс в смесените стопански системи** (т.е такива с "пазарен" и "държавен" сектори, каквато е българската), **което правило имитира пазарен механизъм** (какъвто е случаят със ЗОП), автоматично я предефинират от дву- в три-секторна, като секторите са:

- **"пазарен"**, определен чрез принципите на равенство на икономическите субекти, диспозитивен метод на уреждане на отношенията, еквивалентността на размяната и еднородността на субектите (частно-правни);

- **"не-пазарен"**, определен чрез принципите на "власт и подчинение" (императивен метод на уреждане), разпределение и също чрез еднородността на субектите (публично правни);

- **"квазипазарен"**, на който разнородните субекти влизат в "икономически" отношения. Последните имат "квазипазарен" характер (имитиращ пазарни отношения) – осъществява се размяна, но чрез административен подход, т.е. императивният метод на уреждане на отношенията, последователно е съчетан с диспозитивния. Полученият "правен микс" резултира в псевдопазарен характер на протичане реализацията на отношенията. Посоченото е определящо при обособяването на тези отношения в "квази (псевдо) пазарен" сектор.

Макроикономическата интерпретация на горното заключение, както е отбелязано има и друго измерение: **ЗОП се явява нормативният ред "операционализиращ" трансмисионния механизъм на публичните разходи.**

С други думи: **ЗОП е правния "инструмент", чрез който държавата осъществява една от макроикономическите си функции** (т.нар. "стабилизираща" макроикономическа функция).

Посоченото е достатъчно за да се направи очевидния извод: качеството на законодателството не зависи единствено от виртуозното прилагане на правните технологии – много по-съществено негово качество е връзката му с действителността и в частност: икономическите последствия, които предизвиква дадена регулация.

Във връзка с последното – положителна оценка заслужава факта, че след четвърт век "пазарни реформи" (които се осъществяват с юридически средства), в Правилника за организацията и дейността на Народното Събрание (ПОДНС), изискването всеки законопроект да е придружен с оценка за въздействието си (вкл. и икономическите последици) е формализирано като технология за оценка, чиято методологическа основа е анализа "разходи-ползи". Макар това да изглежда като ex-ante анализ (и той в определен смисъл е такъв), всъщност той има вторичен характер: съгласно КРБ, никой закон или нормативен акт с по-ниска йерархия, не могат да ѝ противоречат. Става ясно, че **"пълната" оценка на отделен законодателен акт, е само "част" от общата стопанска картина, положена от Конституцията**. От тук не е сложно да се стигне до идеята за т.нар. "икономическа конституция".

Изследването на **конституцията в нейната икономическа същност** – като направление в доктрината се счита, че бележи своето начало с труда на Beard, представено в неговата книга "An Economic Interpretation of the U.S. Constitution". Апропо – още Смит (Smith) обръща внимание на това, че **степента на развитие на отделна държава се постига *съобразно с характера на законите и институциите* в тази страна**, като при това отбелязва, че "…тази степен може да е много по-ниска *(респ.: по-висока)* от това, което характерът на неговата почва *(на страната)*, климат и положение би допускал ***при други закони и институции***". Всъщност, Смит (Smith) често реферира един или друг икономически феномен – като нормата на лихвата[1]; сдружаването[1]; търговията и конкуренцията, заетостта и др. – със **"закона", който *регулира* съответното обществено отношение**. Този специфичен момент в анализа на Смит (Smith) е основата, на която векове по-късно се развива

"икономическа теория за конституцията", основана на концепцията за "Homo Economicus". Ако се приеме, че под формулировката **"закони и институции"** по Смит (виж по-горе в текста), в съвременен смислов еквивалент може да се говори за **"конституционен контекст"** ("constitutional perspective") на съответното отношение (феномен) – както това правилно е отбелязано от Buchanan и Brennan (два века по-късно), то установената обвързаност може да се генерализира в извода за **определящото значение на *конституцията* по отношение на съвкупния икономически резултат**. На практика Beard, на основата на "политическата доктрина" на Hamilton (и въобще: на "федералистите"), **обвързва** вида и характера на **демокрацията, правовата държава, държавното устройство и съдебната система – като предпоставени от равнището на развитието на производителните сили, създаващи материалните основи на общественото устройство и държавната организация**.

Понятието "икономическа конституция" е плод на **немската *юридическа* мисъл** от началото на XX в. и намира отражение при създаването на "Ваймарската конституция"[1] (1919 г.). Този факт е показателен за това, че колкото и да са разнообразни индивидуалните интереси, **то социалния ред** (разбиран във възможно най-широк смисъл) **е явление от друго качествено измерение и като такова, не е проста (механична) сума на индивидуалните интереси или резултат от определена "технология" на съгласуването им**, а като качествено явление от по-високо равнище, се определя от други обективни дадености, а именно: **равнище на развитие на производителните сили, създаващи материалните основи на държавната организация.** Посочения факт – първоначалното "изкристализиране" на понятие за "икономическа конституция" в правната, а не в икономическата доктрина, е и блестящ пример за това, че когато икономическата доктрина изостава от икономическата реалност, именно те: **реалностите**, налагат необходимостта от адекватно уреждане на новите обществени отношения. В съвременните общества, техен основен регулатор е обективното (писаното) право. Резонно създаденият "вакуум" – в конкретния случай, се запълва от юридическа трактовка на икономическата реалност. Тук се налага интересен паралел с Американската конституция: и двете са "генетично" икономически програмирани. В този смисъл – и двете са ***"съзнателно"*** (в смисъл на целенасочено) **създавани като икономически документ в юридическа форма**. Нещо повече: и тук **формата на държавното устройство, правомощията на законодателната и изпълнителна власти, съдебната система** – са разработвани, при ясното разбиране на обвързаността им с най-съществената задача на държавното управление – икономиката. Естествено, както отбелязва и Ойкен (Eucken) "…общи, **рационално обмислени** *"устройствени принципи"*, които са в основата на създаването на стопанските порядки, се установяват **само в някои исторически ситуации**". Според Ойкен (Eucken) "..частната собственост, свободата на сключване на договори и конкуренцията са устройствените принципи, с помощта на които трябва да бъде създаден стопанския порядък… **в този случай стопанските порядки възникват чрез създаване на "стопанска конституция"** (т.е. икономическа конституция)"[1].

В икономическата доктрина термина **"икономическа** (или още: стопанска) **конституция"**[1] се налага с работите на Walter Eucken, Franz Böhm и Hans Großmann-Doerth, респ. се свързва с възникналата през 30-те години на XX в. в Германия "Фрайбургска школа", определяна и като "Ордолиберална школа" – по името на разработваната от тях стопанска концепция. В тази връзка веднага трябва да се подчертае, че **въпросната концепция е *Теория за стопанския порядък*** (или: икономическия ред) (ордолиберална школа)**, а не *Икономическа теория за конституцията*** (англо-американска традиция)**, нито *Теория за "икономическата конституция"*** (разработвана тук).

"Икономическата конституция", макар и да е централно понятие в теорията на ордолибералистите, има предимно **инструментално значение** за изграждането на теорията за реда (порядъка). В този смисъл, както е отбелязано и по-горе, стопанските порядки възникват чрез създаване на "стопански конституции", като **под "стопански конституции" трябва да се разбира "…цялостното решение за порядъка на стопанския живот на дадена публично-правна общност"**. Даденото определение е в съответствие с програмния документ на Ордолибералната школа "The Ordo Manifesto of 1936" (1936), където **"икономическата конституция"** е определена като "…цялостно ***политическо*** решение за това как стопанския живот трябва да се структурира".

Аторовата концепция за "икономическата конституция" е по-пълно разработена в монографичния труд: "Икономическа конституция. Функционална и фактическа" – тук представяме нейна стипулативна дефиниция: така, според автора, "икономическата конституцзия" е структура, организирана на три йерархични нива, уреждаща обществените отношения на конституционно равнище. Всеки компонент от структурата ѝ е подчинен на идеята за постигането и утвърждаването на конституционно определените цели на държавната организация. В съдържателно отношение "икономическата конституция" е завършена система, организирана на три равнища, от конституционно уредени обществени отношения, които задават същностните характеристики (типа) на икономическата система ("системно" равнище); на възпроизводствения процес ("базово" равнище) и на вменените за изпълнение от държавата функции ("функционално" равнище), обезпечаващи реализирането им (т.е. на конституционно зададените характеристики на държавната организация).

Използвана литература

1. Беев, Ив. "Икономическа конституция. Функцианална и фактическа", ИК – УНСС, С., 2017.

2. Беев, Ив. "Смесена стопанска система: квази-пазарен сектор", УНСС, С., 2011.

3. Беев, Ив. "Макроикономически функции на държавата в контекста на правните регулации", ИК – УНСС, С., 2017.

4. Беев, Ив. "Икономическа теория на конституцията: англо-американска школа", сп. "Икономическа мисъл", кн. 3, 2017.

5. Беев, Ив. "Икономическа теория за конституцията: ордолиберална школа", сп."Икономическа мисъл", кн.4/2017.

6. Миркович, К. "Стопанство и икономика", УИ "Стопанство", 2009.
7. Неновски, Н. "Паричният ред", Сиела, 2007.
8. Ойкен, В. Основи на националната икономия (1939), ЛИК, 2001
9. Смит, А. Богатството на народите: изследване на неговата природа и причини, С., 1983.
10. Acemoglu, D. Constitutions, Politics and Economics: a review essay on Persson and Tabellini's The Economic Effect of Constitutions, NBER working paper series – Working Paper, 11235, Cambridge, MA. 2005.
11. Beard, Ch. An Economic Interpretation of the U.S. Constitution, The Macmillan Company. NY, 1923 (1913).
12. Buchanan, J. & Brennan, G. "The Reason of Rules: Constitutional Political Economy", Liberty Fund, IN, 2000(Cambridge University Press, 1985).
13. Cruz, J. "Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community", Hart Publishing, 2002.
14. Nörr, Knut Wolfgang. "Economic Constitution: On the Roots of a Legal Concept." Journal of Law and Religion, vol. 11, no. 1, 1994, стр. 343.
15. Peacock, A. & Willgerod, H. "Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution", Palgrave Macmillan, 1989.
16. Posner, A. The Constitution as an Economic Document, Law Review, vol. 4 (1987).

ЗА ПРАВОМОЩИЯТА НА КОМИСИЯТА ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА В ПРОИЗВОДСТВОТО ПО ОБЖАЛВАНЕ ПО РЕДА НА ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

гл.ас. д-р Илонка Горанова,
катедра "Публичноправни науки", УНСС,
ilgoranova@unwe.bg

Резюме

В зависимост от вида и етапа на съответната процедура за възлагане на обществена поръчка, публичните и секторните възложители издават различни решения, на които законодателят придава характер на индивидуални административни актове. По правило, посочените актове подлежат на контрол за законосъобразност пред Комисията за защита на конкуренцията (КЗК) по реда на глава двадесет и седма от Закона за обществените поръчки. На обжалване по същия ред подлежат и всички действия или бездействия на възложителите, с които се възпрепятства достъпът или участието на лица в процедурите за възлагане на обществени поръчки.

Предмет на настоящия доклад са конкретните правомощия, с които КЗК разполага в рамките на производството по обжалване (както по съществото на повдигнатия пред нея правен спор, така и по процесуални въпроси). Страните по производството, държавните органи и длъжностните лица са задължени да оказват съдействие на КЗК при изпълнение на нейните функции. В противен случай, както и при неизпълнение на влезли в сила решения и/или определения на КЗК законът предвижда налагането на глоба на физическите лица, съответно имуществена санкция на юридическите лица и едноличните търговци, като установяването на извършеното нарушение и налагането на съответното наказание е в компетентността на самата КЗК.

Ключови думи: обществена поръчка, контрол за законосъобразност, временна мярка "спиране на процедурата", предварително изпълнение на решение за определяне на изпълнител, налагане на санкция

Summary

Depending on the type and stage of the procurement procedure concerned, contracting authorities and contracting entities issue different decisions which, in practice, are treated by the legislator as individual administrative acts. As a rule, those acts are subject to a review procedure before the Commission for the Protection of Competition (CPC) under Chapter Twenty-Seven of the Public Procurement Act. Subject to a review procedure under the same chapter shall also be any act of omission or commission by the contracting authorities, by means of which the persons are prevented from access to or participation in public procurement procedures.

The present report deals with the specific powers of the CPC in the context of, or in relation to, review procedures (both in the substance of the litigation before it and on procedural issues). The parties to the review procedure, state bodies and officials are obliged to provide assistance to the CPC in the performance of its functions. Otherwise, as in the case of non-fulfillment of effective

CPC decisions or rulings, the law provides for the imposition of a fine on natural persons, respectively a proprietary sanction for legal persons and sole traders, the establishment of the violation committed and the imposition of the respective penalty being within the competence of the CPC itself.

Key words: public procurement, control over legality, a decision on the application for interim measures, anticipatory enforcement of a contract award decision, alternative penalties

От 15 април 2016 г. в Република България (РБ) е в сила изцяло нов Закон за обществените поръчки[1] (ЗОП). Причина за приемането му е задължението на РБ, в качеството на държава-членка на Европейския съюз (ЕС), да транспонира в срок до 18 април 2016 г. две нови директиви в областта на обществените поръчки – Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО и Директива 2014/25/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО. Що се отнася до предвидения ред за обжалване обаче, видно от мотивите към проекта на ЗОП, той "по същество не се отличава принципно" от действащия дотогава, "доколкото по отношение на тази материя няма промяна в приложимото европейско законодателство, а наблюденията на практиката показват, че изградената система функционира стабилно". Подчертава се, че направените предложения, свързани със системата на обжалване са "в посока на нейното оптимизиране с цел ускоряване на производството и предотвратяване на случаи на злоупотреба с правото на обжалване" като в тази връзка се предвижда "тарифата, свързана с обжалването на процедурите, да се издаде на ново правно основание и определените в нея размери на таксите също да са коригиращ фактор в случаите на злоупотреба с право".

И при действието на новия ЗОП, подобно на действието на ЗОП от 2004 г. (след промените в него от 2006 г.) се запазва традиционния за последните години подход на законодателя органът, пред който се развива производството по обжалване на актовете на възложителите на обществени поръчки да бъде Комисия за защита на конкуренцията (КЗК). Контролът, упражняван от КЗК е само за законосъобразност и се реализира на основание жалба, подадена в срок от лице, което разполага с право на обжалване съгласно изискванията на ЗОП.

Предмет на настоящия доклад са конкретните правомощия, с които КЗК разполага в рамките на производството по обжалване пред нея в зависимост от предмета на обжалване и допуснатите от възложителя нарушения на закона в частта относно сключването на договор за обществена поръчка, респ. нарушения, засегнали възможността на лицето, подало жалбата, да участва в съответната процедура за възлагане на обществена поръчка или да бъде определено за изпълнител.

1. По аргумент от чл. 196, ал. 1, 4 и 5 от ЗОП (озаглавен "Актове, подлежащи на обжалване") предмет на обжалване пред КЗК по реда на Глава двадесет и седма от ЗОП може да бъде:

- решение на възложител по процедура за:

- възлагане на обществена поръчка, включително въз основа на рамково споразумение, динамична система за покупки или квалификационни системи;
- сключване на рамково споразумение;
- създаване на динамична система за покупки или квалификационни системи;
- конкурс за проект.

- решение по чл. 175, ал. 5 от ЗОП;
- обявление за доброволна прозрачност;
- действия или бездействия на възложителя, *с които се възпрепятства достъпът или участието на лица в процедурата*.

За яснота и прецизност, тук следва да бъдат направени някои уточнения.

1.1. В разпоредбата на чл. 196, ал. 1 от ЗОП се посочва, че на обжалване по реда на Глава двадесет и седма от ЗОП подлежи *всяко* решение на възложителите по процедура за: възлагане на възлагане на обществена поръчка, включително чрез сключване на рамково споразумение, динамична система за покупки или квалификационни системи; сключване на рамково споразумение; създаване на динамична система за покупки или квалификационни системи; конкурс за проект. Изразът "всяко" не е прецизен, тъй като непосредствено след ал. 1, в ал. 2 на същия член изрично е изключена възможността да се обжалват решенията за:

- определяне на изпълнител на обществената поръчка чрез вътрешен конкурентен избор, *когато общата стойност на поръчките, възложени по рамковото споразумение от съответния възложител, е по-ниска или равна на стойността по чл. 20, ал. 3 от ЗОП*;
- откриване *в частта относно мотивите за невъзможността за разделяне на предмета на поръчката на обособени позиции*.

И така, в контекста на чл. 196, ал. 1 от ЗОП, кои решения на възложителите подлежат на обжалване пред КЗК по реда на Глава двадесет и седма от ЗОП?

Отговорът на този въпрос се съдържа в разпоредбата на чл. 22, ал. 1 от ЗОП, която гласи, че *в зависимост от вида и етапа на процедурата* възложителите издават следните решения:

- за откриване на процедура;
- за одобряване на обявление за изменение или допълнителна информация;
- за одобряване на покана за потвърждаване на интерес;
- за предварителен подбор;
- за приключване на диалог;
- за определяне на изпълнител;
- за класиране на участниците в конкурс за проект и/или за присъждане на награди и/или други плащания в конкурс за проект;
- за прекратяване на процедура;
- за създаване на квалификационна система;
- за включването или за отказа за включване на заинтересовани лица в динамична система за покупки или в квалификационна система;
- за прекратяване участието в динамична система за покупки или в квалификационна система на лица, които са включени в нея.

По своята правна същност, посочените в чл. 22, ал. 1 от ЗОП решения представляват *индивидуални административни актове*, които се издават по реда на ЗОП. Такава характеристика им дава самият законодател в ал. 9 на същия член.

Прави впечатление, че за разлика от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), където в чл. 21, ал. 5 изрично се посочва, че волеизявленията, когато са част от производства по издаване на индивидуални административни актове нямат характер на индивидуални административни актове, поради което и не подлежат на обжалване като такива, то по аргумент от чл. 22, ал. 9 от ЗОП всички решения, които възложителите издават в рамките на процедури за възлагане на обществени поръчки са индивидуални административни актове и *по правило* подлежат на обжалване по реда на Глава двадесет и седма от ЗОП. С други думи, по реда на ЗОП се обжалват не само окончателните, а *по правило* всички решения на възложителите, *независимо от това на кой етап от съответната процедура за възлагане на обществена поръчка са издадени*.

1.2. В разпоредбата на чл. 196, ал. 4 от ЗОП се посочва, че на обжалване по реда на Глава двадесет и седма от ЗОП подлежи и решението по чл. 175, ал. 5 от същия закон.

Систематичното място на чл. 175, ал. 5 е в част четвърта от ЗОП с наименование "Специални правила при възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност" и по-конкретно в Глава двадесет и четвърта "Правила за избор на подизпълнители". Съгласно § 2, т. 34 от Допълнителните разпоредби на ЗОП, "подизпълнител" е трето лице, което е дало съгласие да изпълни определен дял от предмета на обществената поръчка.

По правило, законът позволява изпълнителят да използва подизпълнител/и при изпълнението на част от обществената поръчка, но за целта преди това в своето заявление, респективно в своята оферта още в качеството си на кандидат, респективно участник той трябва да посочи не само подизпълнителите, но и дела от поръчката, който ще им бъде възложен. От своя страна, подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях не трябва да са налице основания за отстраняване от процедурата, тъй като в противен случай възложителят ще изиска замяна на подизпълнителя (аргумент от чл. 66, ал. 2 и 4 от ЗОП).

Конкретно, при възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност, на основание чл. 174, ал. 1 от ЗОП, в обявлението за обществена поръчка възложителят *може* да определи дял от обществената поръчка, който да се изпълни от подизпълнители, като определя минималния и максималния процент от стойността на поръчката, но не повече от 30 на сто. В същото време, обаче няма пречка в офертата си участниците да предлагат дял от общата стойност на поръчката, който надхвърля максималния размер по чл. 174, ал. 1 от ЗОП да се изпълни от подизпълнител (аргумент от чл. 174, ал. 2 от ЗОП). Важно е да се има предвид, че законът изисква от участниците в своите оферти да посочат видове работи от предмета на поръчката, които ще възложат на подизпълнители, и съответстващия на тези работи дял от нея, който не може да бъде по-малък от минималния процент, определен от възложителя, както и подизпълнителите, които вече са определили. Участникът е

длъжен да представя документи, с които *доказва спазването на изискванията за подбор* на всеки от подизпълнителите *съобразно вида и дела на тяхното участие*.

Разпоредбата на чл. 175 от ЗОП въвежда подробни правила за избор на подизпълнители, като прави ясно *разграничение между случаите когато участникът, определен за изпълнител има качеството възложител на обществена поръчка и когато няма това качество*.

Когато участникът, определен за изпълнител, е възложител, той е длъжен да сключва договорите за подизпълнение чрез процедура, проведена съгласно разпоредбите на част четвърта от ЗОП ("Специални правила при възлагане на обществени поръчки в областите отбрана и сигурност"), а когато не е – подизпълнителите се избират при спазване на принципите на прозрачност и конкуренция (аргумент от чл. 175, ал. 1 и 4 от ЗОП).

Важно е да се има предвид, че по аргумент от чл. 175, ал. 7 от ЗОП, решенията на определения за изпълнител участник, свързани с избора на подизпълнител, *не подлежат на обжалване в случаите, когато участникът, определен за изпълнител, не е възложител*.

На основание чл. 175, ал. 8 от ЗОП, възложителят *може* да задължи участника, определен за изпълнител, да избере подизпълнителите по реда на чл. 175, ал. 1 – 4 от ЗОП за всички или за част от дейностите, предложени за подизпълнение, ако те са на стойност по чл. 20, ал. 1, т. 4 от ЗОП. Това изискване задължително се посочва в обявлението за обществената поръчка. Освен това, възложителят е длъжен да посочи в решението за определяне на изпълнител по кои от дейностите, предложени за подизпълнение, трябва да се изберат подизпълнителите по реда на чл. 175, ал. 1 – 4 от ЗОП.

Съгласно чл. 175, ал. 10 от ЗОП, при избор на подизпълнител се прилагат критериите за подбор, посочени от възложителя на обществената поръчка. Освен това, участникът, определен за изпълнител, може да определи и други критерии, които съответстват на посочените от възложителя. При всички случаи обаче, критериите за подбор трябва да са обективни, недискриминационни, да са свързани с предмета на договора за подизпълнение и да са пропорционални на неговия обем. Важно е да се отбележи, че законът категорично забранява на възложителите да поставят ограничения, основани на националната принадлежност на подизпълнителите.

Разпоредбата на чл. 175, ал. 5 от ЗОП гласи: "Възложителят *има право* да отхвърли подизпълнители, избрани от участника, определен за изпълнител, *в случай че те не отговарят на посочените в обявлението и документацията критерии за подбор* (к.м. – Ил. Г.). Отхвърлянето на подизпълнител става с мотивирано решение, което се изпраща на участника, определен за изпълнител. В този случай участникът, определен за изпълнител, е длъжен отново да приложи съответния ред за избор на подизпълнител." Именно решението по чл. 175, ал. 5 от ЗОП подлежи на обжалване пред КЗК по реда на Глава Двадесет и седма от ЗОП.

1.3. С промените в ЗОП от юни 2018 г. в разпоредбата на чл. 196, ал. 4 от ЗОП сред актовете, подлежащи на обжалване беше добавено и т.нар. *обявление за доброволна прозрачност*, което възложителите *могат* да публикуват в случаите, когато прилагат изключенията по чл. 13-15 и чл. 149 от ЗОП. Макар досега то да не беше

посочено изрично в разпоредбата на чл. 196 от ЗОП, на практика подлежеше на обжалване пред КЗК по аргумент от чл. 28, ал. 3, във връзка с чл. 197, ал. 1, т. 8 и чл. 198, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Законодателят е придал на обявлението за доброволна прозрачност характер на *индивидуален административен акт* (съгласно чл. 28, ал. 2 от ЗОП). Преимуществото възложителите да публикуват обявление за доброволна прозрачност се състои в това, че с влизането му в сила, то се явява пречка съответното заинтересовано лице, респ. заинтересован кандидат или заинтересован участник да иска унищожение на сключен договор за обществена поръчка или рамково споразумение (аргумент от чл. 224, ал. 2, т. 2 от ЗОП).

1.4. По аргумент от чл. 196, ал. 5, изречение първо от ЗОП, на обжалване по реда на Глава двадесет и седма подлежат и онези *действия или бездействия* на *възложителите, с които се възпрепятства достъпът или участието* на лица *в процедури* за възлагане на обществени поръчки. Важно е да се отбележи, обаче, че що се касае до *действията на възложителите по издаване на решенията по чл. 196, ал. 1 от ЗОП*, то те *не подлежат на самостоятелно обжалване* (чл. 196, ал. 5, изречение второ от ЗОП). Този подход на законодателя следва възприетото от АПК правило за необжалваемост на административнопроизводствените действия на административния орган по издаване на индивидуален административен акт (аргумент от чл. 64 от АПК).

2. И така, контролът, който упражнява КЗК върху посочените в чл. 196 от ЗОП актове на възложителите на обществени поръчки е *само за законосъобразност*. Той включва и *проверка за наличие на дискриминационни* икономически, финансови, технически или квалификационни *изисквания* в обявлението, документацията или във всеки друг документ, свързан със съответната процедура за възлагане на обществена поръчка. Ето защо, възложителите на обществени поръчки (без значение дали са публични или секторни) следва винаги да имат предвид една от най-важните разпоредби в ЗОП – тази, регламентираща *принципите при възлагане на обществени поръчки*.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, пропорционалност; публичност и прозрачност. Този текст почти буквално възпроизвежда *съображение 1*[1] от преамбюла на *Директива 2014/24/ЕС* на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО[1], съответно *съображение 2* от преамбюла на *Директива 2014/25/ЕС* на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги и за отмяна на Директива 2004/17/ЕО.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП по категоричен начин забранява на възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които *дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието*

на стопански субекти в обществените поръчки и които *не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка*.

3. По своя правен статут КЗК се явява *специализиран държавен орган*, състоящ се от *седем членове*, в т. ч. председател, заместник-председател и петима членове, които се избират и освобождават от Народното събрание за срок 5 години (арг. от чл. 3, ал. 1 във вр. с чл. 4, ал. 1 от Закона за защита на конкуренцията).

Разпоредбата на чл. 215, ал. 1 от ЗОП изисква КЗК да взема решения и постановява определения *с явно гласуване и с мнозинство от 4 гласа*.

Правомощията на КЗК по ЗОП могат да се реализират под формата на:

- постановяване на решение по същество на спора;
- налагане на временна мярка "спиране на процедурата";
- допускане на предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител;
- налагане на санкции във връзка със сключен от възложител договор за обществена поръчка;
- произнасяне по отговорността за разноски;
- налагане на глоби и имуществени санкции при неизпълнение на влезли в сила решения и/или определения, постановени от КЗК, съответно при неизпълнение на задължението по чл. 208, ал. 5^1 от ЗОП.

3.1. Преписката се разглежда от КЗК на открито заседание, но самото решение се постановява на закрито (аргумент от чл. 209, ал. 2 и чл. 215, ал. 2 от ЗОП).

Съгласно чл. 215, ал. 2 от ЗОП, КЗК постановява решение, с което:

- оставя жалбата без уважение;
- отменя незаконосъобразното решение за откриване на процедура за възлагане на обществена поръчка;
- отменя решението *и връща* преписката за продължаване на процедурата за възлагане на обществена поръчка от последното законосъобразно решение или действие или за прекратяване на процедурата – в тази хипотеза КЗК може да даде *задължителни указания по хода на процедурата*;
- установява незаконосъобразност на решението, *като в случаите по чл. 215, ал. 5 и 6 от ЗОП налага предвидените санкции* – **тук следва да се направят някои уточнения**. Когато се обжалва решението за определяне на изпълнител, възложителят може в срока за представяне на становище по жалбата да поиска от КЗК допускане на предварително изпълнение на решението. КЗК допуска предварително изпълнение по изключение, когато това се налага, за да се осигури животът или здравето на гражданите, да се защитят особено важни държавни или обществени интереси, включително такива, свързани с отбраната и сигурността, или ако от закъснението на изпълнението може да последва значителна или труднопоправима вреда. Освен това, КЗК допуска предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител във всички случаи, когато би се застрашило сериозно изпълнението на мащабна програма в областта на отбраната или сигурността, която е от съществено значение за интересите на страната. На основание чл. 215, ал. 5 от ЗОП, КЗК *установява незаконосъобразност на решението и налага санкция в размер до 10 на сто от стойността на сключения договор за обществена поръчка, когато е*

допуснала предварително изпълнение, но при постановяване на решението установи нарушение на закона, засегнало възможността на лицето, подало жалбата, да участва в процедурата или да бъде определено за изпълнител. Влизането в сила на решението на КЗК по чл. 215, ал. 5 от ЗОП е пречка за искане на унищожаване на сключения договор за обществена поръчка. По правило, по аргумент от чл. 112, ал. 6 от ЗОП, възложителят сключва договора за обществена поръчка в едномесечен срок след влизането в сила на решението за определяне на изпълнител или на определението, с което е допуснато предварително изпълнение на това решение, но не преди изтичане на 14-дневен срок от уведомяването на заинтересованите кандидати и/или заинтересованите участници за решението за определяне на изпълнител. Също така, на основание чл. 112, ал. 8 от ЗОП, възложителят няма право да сключи договор с определения изпълнител преди влизането в сила на всички решения по процедурата, освен когато е допуснато предварително изпълнение или когато процедурата е открита на основание чл. 79, ал. 1, т. 4, чл. 138, ал. 1, чл. 164, ал. 1, т. 3 или 4, или чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП. И така, на основание чл. 215, ал. 6 от ЗОП, *когато договорът за обществена поръчка е сключен в нарушение на чл. 112, ал. 6 или 8 от ЗОП, но не се установи нарушение на закона, засегнало възможността на лицето, подало жалбата, да участва в процедурата или да бъде определено за изпълнител, КЗК налага санкция в размер три на сто от стойността на сключения договор*. Когато стойността на договорите не е посочена в тях, конкретният размер на санкцията се налага от Комисията за защита на конкуренцията въз основа на назначена експертиза за очакваната стойност на сключения договор. При назначаване на експертиза разноските за възнаграждението на експерта се заплащат от възложителя. Важно е да се обърне внимание, че съгласно чл. 219 от ЗОП, сумите в изпълнение на санкциите по чл. 215, ал. 5 и 6 от ЗОП се заплащат от бюджета на юридически лица, чиито ръководители са възложители – физически лица.

- обявява за нищожно решението на възложителя;
- отменя незаконосъобразното действие или установява незаконосъобразното бездействие *и връща* преписката за продължаване на процедурата за възлагане на обществена поръчка от последното законосъобразно решение или действие или за прекратяване на процедурата – в тази хипотеза КЗК може да даде *задължителни указания по хода на процедурата*;
- отменя решението, когато установи, че договорът е сключен в нарушение на чл. 112, ал. 6 или 8 от ЗОП, *и когато установи нарушение на закона, засегнало възможността на лицето, подало жалбата, да участва в процедурата или да бъде определено за изпълнител*.

3.2. Съгласно чл. 203, ал. 1 от ЗОП, жалба срещу решение, действие или бездействие на възложителя, с изключение на тази срещу решението за определяне на изпълнител, *не спира процедурата за възлагане на обществена поръчка, освен когато е поискана временна мярка "спиране на процедурата"*. Такова искане се прави едновременно с подаването на жалбата. Законът не допуска да се прави искане за налагане на временна мярка, когато се обжалва решение, действие или бездействие на възложителя, свързано с процедура по чл. 79, ал. 1, т. 4, чл. 138, ал. 1, чл. 164, ал. 1, т. 3 или 4, или чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП. След редакцията на чл. 203, ал. 3 от ЗОП

от ДВ, бр. 49 от 2018 г., когато с жалбата е поискана временната мярка, процедурата за възлагане на обществена поръчка спира от уведомяване на възложителя *за образуване на производство* от Комисията за защита на конкуренцията до влизане в сила на определението, с което се оставя без уважение искането за временна мярка, или на решението по жалбата, ако е наложена временната мярка.

И така, когато в жалбата е направено искане за налагане на временна мярка, КЗК се произнася по него *в закрито заседание с мотивирано определение в 7-дневен срок от образуването на производството*. Преди да се произнесе по искането, КЗК е *длъжна* да прецени възможните последици от налагането на временна мярка за всички интереси, които могат да се увредят, включително за обществения интерес и интересите, свързани с отбраната и сигурността. Преценката следва да бъде направена въз основа на твърденията по жалбата, становището на възложителя и приложените доказателства от страните. Разбира се, КЗК е в правомощието си да откаже налагането на временната мярка, когато отрицателните последици за всички интереси, които могат да се увредят, превишават ползата от нейното налагане.

Важно е да се отбележи, че *произнасянето по временната мярка не обвързва КЗК при решаване на спора по същество*, както и не засяга останалите искания на жалбоподателя.

Определението на КЗК *не е окончателно*, а подлежи на обжалване пред тричленен състав на Върховния административен съд в тридневен срок от съобщаването му на страните. Обжалването на определението за налагане на временна мярка *не спира* производството пред КЗК.

3.3. Както вече беше обърнато внимание в настоящия доклад, по своята правна същност посочените в чл. 22, ал. 1 от ЗОП решения на възложителите представляват индивидуални административни актове, които се издават по реда на ЗОП. За разлика от чл. 60, ал. 1 от АПК, по силата на който авторът на индивидуален административен акт има право да включи разпореждане за предварително му изпълнение при определени условия, съответно от чл. 60, ал. 3 от АПК, който позволява предварително изпълнение да бъде допуснато и след постановяването на акта, то *разпоредбата на чл. 22, ал. 7 от ЗОП категорично забранява на възложителите да допускат предварително изпълнение на своите решения*.

В предходната точка от доклада беше посочено, че жалба срещу решение, действие или бездействие на възложителя, *с изключение на тази срещу решението за определяне на изпълнител*, не спира процедурата за възлагане на обществена поръчка, освен когато е поискана временна мярка "спиране на процедурата".

Съгласно чл. 203, ал. 4 от ЗОП, жалба срещу решението за определяне на изпълнител *спира* процедурата за възлагане на обществена поръчка *от момента на подаването ѝ*[1] до окончателното решаване на спора, *освен когато* е допуснато предварително изпълнение или когато решението е взето в процедура, открита на основание чл. 79, ал. 1, т. 4, чл. 138, ал. 1, чл. 164, ал. 1, т. 3 и 4, или чл. 182, ал. 1, т. 1 от ЗОП. С промените, направени със ЗИДЗОП от октомври 2018 г. разпоредбата на чл. 203 е прецизирана чрез добавянето на нова ал. 5 (в сила от 1 март 2019 г.), която гласи, че в случаите, когато обществената поръчка е разделена на обособени позиции, жалба срещу решение, действие или бездействие на възложителя, включител-

но срещу решението за определяне на изпълнител, не спира процедурата за възлагане на обществената поръчка за онези обособени позиции, които не са включени в предмета на оспорването.

Законът дава право на възложителя на обществената поръчка да поиска от КЗК допускане на предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител. Важно условие е искането да бъде направено *в срока за представяне на становище по жалбата*. Освен това, искането следва *да бъде мотивирано и подкрепено с доказателства*. В този връзка, следва да се има предвид разпоредбата на чл. 205, ал. 5 от ЗОП, която забранява на КЗК да допуска предварително изпълнение в случаите, когато възложителят се е мотивирал, посочвайки икономически интереси, свързани с разходи за отлагане изпълнението на договора, съответно с разходи за провеждане на нова процедура за възлагане на поръчката.

На основание чл. 205, ал. 3 от ЗОП, КЗК се произнася по искането за допускане на предварително изпълнение *с определение в закрито заседание в тридневен срок от получаване на становището на възложителя*.

Предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител се допуска *по изключение*, когато това се налага, за да се осигури животът или здравето на гражданите, да се защитят особено важни държавни или обществени интереси, включително такива, свързани с отбраната и сигурността, или ако от закъснението на изпълнението може да последва значителна или труднопоправима вреда. На основание чл. 205, ал. 6 от ЗОП, КЗК е *длъжна* да допусне предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител във всички случаи, когато би се застрашило сериозно изпълнението на мащабна програма в областта на отбраната или сигурността, която е от съществено значение за интересите на страната.

Тук е важно да се обърне внимание и на разпоредбата на чл. 206 от ЗОП, която вменява в задължение на КЗК когато е образувано производство срещу решение за определяне на изпълнител и не е допуснато предварително изпълнение, *служебно да проверява за наличие на висящо производство срещу друго решение на възложителя по същата процедура* и *ако установи такова да спре производството, образувано по жалба срещу решение за определяне на изпълнител*. След отпадане на основанието за спиране, производството се възобновява служебно или по искане на една от страните

Определението, с което КЗК се произнася по искането на възложителя да бъде допуснато предварително изпълнение на решението за определяне на изпълнител *не е окончателно*, а подлежи на обжалване пред тричленен състав на Върховния административен съд в тридневен срок от съобщаването му на страните. Частната жалба срещу определението на КЗК *не спира* неговото изпълнение.

3.4. Още при действието на ЗОП от 2004 г. (отм.), макар и на доста по-късен етап беше въведено правомощие на КЗК да присъжда разноски в производството по обжалване пред нея.

По силата и на сега действащия ЗОП, по аргумент от чл. 215, ал. 8, във връзка с чл. 217, ал. 1, със своето решение по правния спор, КЗК се произнася и по отговорността за разноските в съответствие с уреденото в Глава двадесет и седма от ЗОП *и при условията и по реда на чл. 143 от АПК*. Изрично в разпоредбата на чл. 215, ал. 8,

т. 6 от ЗОП се посочва, че решението на КЗК съдържа в тежест на кого се присъждат разноските.

Систематичното място на чл. 143 от АПК с наименование "Отговорност за разноски" е в Дял трети "Производства пред съд", Глава девета "Общи разпоредби". Съгласно чл. 143, ал. 1 от АПК, когато съдът отмени обжалвания пред него административен акт или отказа да бъде издаден административен акт, държавните такси, разноските по производството и възнаграждението за един адвокат, ако подателят на жалбата е имал такъв, се възстановяват от бюджета на органа, издал отменения акт или отказ, като се уточнява, че *подателят на жалбата има право на разноски по чл. 143, ал. 1 от АПК и при прекратяване на делото поради оттегляне на оспорения от него административен акт* (аргумент от ал. 2 на същия член). Когато обаче съдът отхвърли оспорването или подателят на жалбата я оттегли, страната, за която административният акт е благоприятен, има право на разноски. В този случай всички направени по делото разноски, включително минималното възнаграждение за един адвокат, определено съгласно наредбата по чл. 36, ал. 2 от Закона за адвокатурата (ако другата страна е ползвала такъв) се заплащат от подателя на жалбата.

Съгласно чл. 217, ал. 2 от ЗОП (след редакцията в ДВ, бр. 49 от 2018 г.), по искане на страните, *направено в срока за обжалване*, КЗК може да допълни или да измени постановеното решение в частта му за разноските. За направеното искане, КЗК има задължение да съобщи на насрещната страна с указание за представяне на отговор в тридневен срок. Определението за разноските се постановява в закрито заседание и се връчва на страните. То подлежи на обжалване пред ВАС по същия ред, по който се обжалват и решенията на КЗК по ЗОП. Когато, обаче съответното решение на КЗК е необжалваемо, определението за разноските е окончателно.

3.5. Както вече беше посочено в доклада, КЗК разполага и с правомощие да налага глоби на физическите лица, съответно имуществени санкции на юридическите лица и едноличните търговци при неизпълнение на влезли в сила нейни решения и/или определения, респективно при неизпълнение на задължението по чл. 208, ал. 5 от ЗОП. Това нейно правомощие е регламентирано в чл. 258 от ЗОП.

Що се касае до разпоредбата на чл. 208, ал. 5 от ЗОП, то нейното систематично място е в Раздел IV "Производство за разглеждане на жалбата" от Глава двадесет и седма "Производство по обжалване". По силата на тази разпоредба страните по производството пред КЗК, държавните органи и длъжностните лица са длъжни да оказват съдействие на КЗК при изпълнение на възложените ѝ със закона задължения.

Страни в производството пред КЗК се явяват възложителят на обществената поръчка в качеството му на автор на индивидуален административен акт (такъв се явява съответното решение, издадено във връзка с процедура по възлагане), респективно в качеството му на субект, чиито действия или бездействия възпрепятстват достъпа или участието на лица в съответната процедура за възлагане на обществена поръчка, както и съответното заинтересовано лице, заинтересован кандидат или заинтересован участник. Страна в производството пред КЗК би могло да бъде професионално сдружение и организация в съответния бранш, в случаите когато с цел защита интересите на своите членове оспорва решението за откриване на процеду-

рата и/или решението за одобряване на промени в условията на обявена процедура. На основание чл. 229, ал. 1, т. 10, във връзка с чл. 221, ал. 6, т. 1 от ЗОП жалби пред КЗК може да подава и изпълнителният директор на Агенцията по обществени поръчки. Тук се касае до правомощие на изпълнителния директор на АОП да обжалва пред КЗК решения на възложителите, с които са допуснати нарушения при провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, установени от Европейската комисия.

Специфичното при отговорността по чл. 258 от ЗОП е, че установяването на административното нарушение се извършва от самата КЗК, която и налага предвидената в ал. 1 глоба (спрямо физически лица) в размер от 1000 до 5000 лв., респективно имуществена санкция (спрямо юридически лица и еднолични търговци) в размер от 2000 до 10 000 лв. с решение, което подлежи на обжалване пред Върховния административен съд.

В заключение, българският законодателят запазва традиционния за последните над 10 години подход производството по обжалване на актовете на възложителите на обществени поръчки да се развива пред КЗК. В рамките на упражнявания контрол за законосъобразност, КЗК разполага с различни правомощия в зависимост от предмета на обжалване, допуснатите от възложителя нарушения на закона в частта относно сключването на договор за обществена поръчка, както и нарушения, засегнали възможността на лицето, подало жалбата, да участва в съответната процедура за възлагане на обществена поръчка или да бъде определено за изпълнител. В компетентността на КЗК е и налагането на временна мярка "спиране на процедурата", както и допускане на предварително изпълнение на решението, с което възложителят на обществената поръчка определя нейния изпълнител. При неизпълнение на влезли в сила решения и/или определения, постановени от КЗК, съответно при неизпълнение на задължението по чл. 208, ал. 5 от ЗОП за оказване на съдействие, КЗК има право да налага административни санкции (глоби на физическите лица и имуществени санкции на юридическите лица и едноличните търговци).

ПРАВЕН РЕЖИМ НА НАЦИОНАЛНИТЕ ПАРКОВЕ В РУСИЯ

гл.ас. д-р Надежда Христова,
катедра "Публичноправни науки", УНСС,
e-mail: nadia75hristova@abv.bg

Резюме

Докладът разглежда правния режим на националните паркове в Русия, които са особено защитени природни територии по смисъла на закона. Основен обект на защита в тях е природата. Има обаче и друга страна на въпроса, а именно правото на човека да се ползва от ресурсите на природата. Поради това е отделено място на основните тенденции за справяне с екологичните проблеми и ролята на правото за опазване на околната среда.

Ключови думи: защитени природни територии, национални паркове, природа.

Summary

The paper examines the regulation of National Parks in Russia. They are legally protected natural territories. The main object of legal protection is nature on one hand. On the other, however, nature is protected to ensure the right of the people to benefit from the natural resources. That's why the paper is focused on an analysis of the tendencies in handling ecological issues and the role of law in preserving the environment.

Key words: protected natural territories, national parks, environment.

В руската правна доктрина, на основание действащото законодателство, се разглеждат три групи особено защитени територии: екологично проблемни територии (зони с екологични бедствия и извънредни ситуации); санитарно защитени зони(зони за санитарна охрана на източниците за водоснабдяване, водохранилища и др.); особено защитени природни територии в собствен смисъл. Правният режим на всяка една от трите групи защитени територии се определя в съответствие с целта, за която съответната територия се поставя под особена защита. Националните паркове се отнасят към третата група особено защитени територии, която включва следните основни категории особено защитени природни територии:

1. Природни резервати, в това число и биосферни – територии включващи особено защитени природни комплекси и обекти (земя, вода, недра, растителни и животински видове), които са образци на естествената природна среда. Природните резервати са с федерално значение и създаването им има за цел съхранението и изучаването на естествения ход на природните процеси и явления, генетичния фонд на растителния и животинския свят и на уникалните екологични системи. На територията на природните резервати е забранена стопанска дейност.

2. Национални паркове – територии, които включват природни комплекси и обекти с особена екологична и историческа ценност, които са предназначени за

използване с научна, просветителска и културна цел, и за регулиране на туризма. Националните паркове са с федерално значение.

3. Природни паркове – особено защитени природни територии с регионално значение. Те включват природни комплекси и обекти със значителна екологична ценност, които са предназначени за използване с просветителска и рекреационна цел. Създаването на природните паркове има за задача опазване на природната среда и ландшафт, създаване на условия за отдих и съхранение на природните ресурси, разработка и внедряване на ефективни методи за поддържане на екологичния баланс.

4. Поддържани резервати ("заказники") – територии (акватории), имащи особено значение за съхранението или възстановяването на природни комплекси или техните компоненти и поддържането на екологичния баланс. Те могат да бъдат с федерално или регионално значение.

5. Природни паметници – уникални и ценни в екологично, научно и културно отношение природни комплекси и обекти с естествен произход или изкуствено създадени, които могат да бъдат с федерално или регионално значение.

6. Дендрологични паркове и ботанически градини – особено защитени природни територии, в които са създадени специални колекции от растения с цел опазване на разнообразието и обогатяване на растителния свят, осъществяване на научна, учебна и просветителска дейност. Дендрологичните паркове и ботаническите градини могат да бъдат с федерално или регионално значение.

7. Лечебно – оздравителни местности и курорти – територии(акватории), пригодени за лечение и профилактика на заболявания, а така също за отдих на населението и използване на лечебните природни ресурси(минерални води, лечебна кал, соли и др.). Създаването на тези особено защитени природни територии цели рационалното използване и опазване на лечебните природни ресурси и техните полезни за здравето свойства. Те могат да имат регионално или местно значение.

Освен законово предвидените основни категории особено защитени природни територии, Правителството на Руската Федерация, съответните органи на изпълнителната власт на субектите на Руската Федерация и органите на местно самоуправление могат да обявяват и други такива(територии на парковото изкуство, брегови линии, речни системи, биологични станции, микрорезервати и др.). Особено защитените природни територии могат да имат федерално, регионално или местно значение, което определя и вида собственост. Тези от тях с федерално значение са федерална собственост и са под управлението на федералните органи на държавна власт. Особено защитените природни територии с регионално значение са собственост на субектите на Руската Федерация и са под управлението на органите на държавна власт на съответните субекти, а тези с местно значение са собственост на общините и са под управлението на местните органи.

Правният режим(в частност административноправният режим) на националните паркове в Русия се регулира в общия Федерален закон за опазване на околната среда (Федеральный закон об охране окружающей среды – опубликован: Собрание законодательства Российской Федерации, № 2, 2002 г.), в специалния Федерален закон за особено защитените природни територии (Федеральный закон об особо

охраняемых природных территориях – опубликован: Собрание законодательства Российской Федерации, № 12, 1995г.) и в Постановлението на Правителството на Руската Федерация № 769 от 10.08.1993 г. за утвърждаване на правилник на националните паркове в Руската Федерация (Постановление Правительства РФ № 769 от 10.08.1993 г. "Об утверждении положения о национальных природных парках Российской Федерации" – опубликован: Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации, № 34, 1993 г.). Прави впечатление използването в заглавието на специалния закона, както и в отделните разпоредби от него, на понятието "защитени природни територии", които са под особена защита, а не "защитени територии". Те са "особено защитени" поради установената повишена потребност за тяхното опазване. Това е правилният законодателен подход, тъй като обект на опазване в тези защитени територии е именно природата, и de lege ferenda, следва да бъде приложен в нашето законодателство по примера на руския специален закон. Във връзка с направеното предложение, наименованието на Закона за защитените територии(ЗЗТ – обн., ДВ, бр. 133 от 11.11.1998 г., изм. и доп.) следва да бъде изменено на "Закон за защитените природни територии" и навсякъде в текста на закона "защитени територии" да бъде заменено със "защитени природни територии".

Националните паркове са една от седемте основни категории особено защитени природни територии. Те са с федерално значение и са федерална собственост, съответно са под управлението на федералните органи на държавна власт(арг. от чл. 2, ал. 6 и 7 от Федералния закон за особено защитените природни територии). Въпреки това е допустимо, в случаите, предвидени от федералните закони, в границите на особено защитените природни територии, включително и на националните паркове, да се включи земя, собственост на граждани и юридически лица. Съгласно чл. 12 от цитирания специален закон, земята, водите и земните недра, растителните и животински видове, намиращи се на територията на националните паркове се ползват съгласно федералните закони. В граничните на националния парк територии се създава охранителна зона с ограничен режим на природоползване. Когато в район от територията на парка има местно(коренно) население, може да се обособи специална зона на екстензивно природоползване, в която се допуска традиционна стопанска дейност(свързана със занаятчийство, и други традиционни дейности). Ползването на природните ресурси и извършването на традиционната стопанска дейност в зоната на местното население се осъществява след съгласуване с директорите на националните паркове. Постоянното разширяване на особено защитените природни територии, при което в границите им попадат населени места и промишлени обекти, както и места с висок производствен потенциал, се критикува в руската правна доктрина, тъй като това води до стагнация, безработица, понижава жизнения стандарт и препятства развитието на съответния регион.

Националните паркове се обявяват с постановление на Правителството на Руската Федерация. Културно-историческите обекти могат да бъдат предадени за ползване на националните паркове само ако органите по охрана на паметниците на историята и културата дадат съгласие за това. Съгласно чл. 3, ал. 1 от Федералния закон за особено защитените природни територии, органите на управление на на-

ционалните паркове са Правителството на Руската Федерация и федералните органи на изпълнителната власт, които имат правомощия в сферата на опазване на околната среда(министъра на природните ресурси и екологията и по конкретно федералните органи по надзора в сферата на природоползванията – Росприроднадзор). Прякото ръководство на националните паркове се осъществява от директорите на националните паркове в съответствие с федералните закони и актовете на федералните органи по управление на околната среда.

Федералният закон за особено защитените природни територии предвижда общ режим и диференциран режим за ползване и охрана (чл. 15). Общият режим включва забрани, които се отнасят за цялата територия на парка (напр. забрана за проучване и разработване на находища на полезни изкопаеми, нарушаване качеството на почвата, строителството на магистрали и тръбопроводи, както и строителството на бизнес или жилищни сгради, които не са свързани с функционирането на обекта и др.). С диференцираният режим се определят правила, съобразно зонирането на националните паркове. Зоните, които могат да се обособяват на територията на националните паркове са: резерватна зона, зона с особен режим на защита, зона за туризъм, рекреационна зона, зона за опазване на културно – историческите обекти, зона за обслужване на посетителите и зона със стопанско предназначение. За разлика от българското законодателство, в което са регламентирани само три зони, а други такива могат да се създават с плановете за управление, то в руското законодателство зонирането на парковете и определянето на режимните правила за отделните зони е регулирано във федералния закон. За да бъдат уеднаквени режимните правила за всички национални паркове в България, е необходимо, de lege ferenda, всички видове зони в националните паркове и дейностите, които могат да се извършват в тях, да се определят в ЗЗТ.

Във Федералния закон за особено защитените природни територии, националните паркове веднъж се определят като територия, която включва природни комплекси и обекти с особено природоохранително, научно и културно значение, и втори път като юридически лица, ръководени и представлявани от директор. Съгласно чл. 16 от закона, националните паркове имат "особено правно положение". Те са и юридически лица с нестопанска цел, които основно се финансират със средства от федералния бюджет. Националните паркове могат да се и самофинансират, извършвайки стопанска дейност, само ако последната не противоречи на основната им задача, за която са създадени(опазване на природата) и на установения административноправен режим, като използват прихода за развитието, управлението и охраната на съответните защитени природни територии. Националните паркове като юридически лица могат да бъдат учредители или да участват в асоциации и други организации, които допринасят за развитието на тези защитени природни територии. На националните паркове се възлагат следните задачи:

- опазване на природните комплекси и на уникалните природни обекти;
- опазване на историко – културните обекти;
- екологично просвещение на населението;
- създаване на условия за регулиран туризъм и отдих;
- разработване и внедряване на научни методи за опазване на природата;

- осъществяване на екологичен мониторинг и
- възстановяване на нарушени природни и историко – културни комплекси и обекти.

За особено защитените природни територии, каквито са и националните паркове се изготвя държавен кадастър, който съдържа сведения за категорията на защитените природни територии, за географското разположение и границите им, за режима на особена защита, за екологичните, научните, икономическите, историческите и културни ценности в тях. Държавният кадастър на особено защитените природни територии е официален документ, които се изготвя с цел оценка на природо – защитения фонд, определяне перспективите на развитие на тези територии, повишаване ефективността на държавния контрол за спазване на съответните режими, а така също и за отчет на данните за териториите при планиране на социално – икономическото развитие на регионите.[1] Редът за изготвяне и съдържанието на държавния кадастър на особено защитените природни територии се регламентира в Постановление на Правителството на Руската Федерация № 1249 от 19.10.1996 г. (Постановление Правительства РФ № 1249 от 19.10.1996 г. о порядке ведения государственного кадастра особо охраняемых природных территорий – опубликован: Собрание законодательства Российской Федерации, № 44, 1996 г.)

Първите национални паркове в Русия са обявени през 1983 г. ("Лосиный Остров" и "Сочинский национальный парк"). Първият национален парк в бившия СССР е обявен през 1971 г. ("Лахемаа" в Естония). Към настоящия момент в Русия са обявени 44 национални парка с обща площ над 110 000 км².

ПРАВНА ХАРАКТЕРИСТИКА НА КОНТРОЛА, ОСЪЩЕСТВЯВАН ОТ ОРГАНИТЕ НА НАЦИОНАЛНАТА ЗДРАВНООСИГУРИТЕЛНА КАСА, СЪГЛАСНО ЗАКОНА ЗА ЗДРАВНОТО ОСИГУРЯВАНЕ

гл.ас. д-р Нина Чилова,
ЮФ на УНСС
Nina.chilova@abv.bg

Правната характеристика на контрола осъществяван от органите на НЗОК, предпоставя изясняването на важни въпроси, като определянето вида на този контрол, органите, които го осъществяват, както и характеризиране на тяхната контролна компетентност, съответно правомощията, които те осъществяват.

Основният въпрос, който има принципно и доминиращо значение за темата е дали контрола на посочените органи има белезите и характеристиките на финансов или е друг вид контрол?

Отговора на поставения въпрос минава през систематичния анализ на две ключови понятия в правната литература, а именно: "финансова система" и "финансов контрол". Според проф. М. Костов, който е водещият теоретик в областта на финансовото право, не само в социалистическия му период, но и след това, финансовият контролът не е ограничен в рамките на финансовата администрация, а се упражнява във всички министерства, ведомства и организационни системи.

Авторът обосновава извода за несъвпадането на обхвата на финансовия контрол с обхвата на финансовата система, съответно на финансовоправното регулиране, който става основа на развитата от него дълбочина правна концепция за финансите.

Според нея финансите не са обективна икономическа категория, а властнически организирани парични отношения, възникващи и развиващи се при формиране и разходване на централизирани и децентрализирани фондове в процесите на разпределяне и преразпределяне на обществения продукт и националния доход. Властническият метод на регулиране, властническата организация е същностен, конститутивен белег на финансите, който ясно ги разграничава от други правни отношения с паричен характер, но регулирани с метода на равнопоставеност (гражданскоправни и трудовоправни). М. Костов изгражда цялостна, логически завършена теория на финансовите правни отношения и така прави успешен опит за освобождаване на финансовото право от опеката на административното право и защита на статуса му на самостоятелен правен отрасъл.

Финансовите правни отношения (основната категория – паричните, както и организационните, непарични отношения) са организирани по властнически начин[1], като активен субект тук е държавният орган като носител на властническа компетентност, независимо от това дали е титуляр на парично притезание или на парично задължение. Пасивни субекти са адресатите на тази властническа компетентност –

подчинени органи, както и организации и граждани, които участват в правоотношението чрез своята правоспособност. Според М. Костов активната правосубектност – компетентността във финансовоправното отношение, принципно има характер на обвързана компетентност, а не на оперативна самостоятелност. Авторът подчертава, че това е една от същностните особености на властническия метод на регулиране във финансовото право.

Основополагащо значение за съвременното определяне на структурата и обхвата на "финансовата система" има Законът за публичните финанси (в сила от 01.01.2014 г.). Систематичният анализ на разпоредбите на закона и на действащото финансово законодателство дават основание да се направи изводът, че **финансовата система** е съвкупност от бюджети и фондове в качеството им на приходно-разходни сметки, за които е характерно на първо място, че приходите и разходите по тези бюджети и фондове се осъществяват чрез механизма на финансови правни отношения, от органи, разполагащи с финансова властническа компетентност (правомощия), и на второ място, че се прилагат фискални правила и бюджетни взаимоотношения[1], при което държавният бюджет играе ролята на приходно-разходен балансиращ център на системата. Това е кумулативният критерий за определяне дали определени бюджети и парични фондове като приходно-разходни сметки принадлежат към финансовата система. Следователно тя може да се разглежда като интегрирана цялост, система от нормативно установени по властнически начин приходно-разходни сметки, в която държавният бюджет има качеството на интегративно ядро.

След дълбоките демократични промени в страната ни понятието "**финансов контрол"** е определян, като специфичен вид административен контрол, чиито особености произтичат от неразривната му връзка с управлението на финансите. Неговото основно предназначение е да не се допускат нарушения на финансовата дисциплина, която е проявна форма на принципа на законността в сферата на управление на финансите.

Европейското членство на България, наложи законодателна реформа във финансовоконтролното законодателство с оглед прилагане на принципите на добро финансово управление, прозрачност и законосъобразност при разходването на публичните средства.Тази реформа обективно проблематизира обхвата на съдържанието на понятието "финансов контрол".Традиционната му идентификация с ревизионният финансов контрол очевидно изгуби своето съдържателно значение и наложи нови нормативни решения относно неговото приложно поле, съдържание и видове. Законодателят, концептуално децентрализира вътрешния одит и управленката отговорност, което практически доведе до разделение на функциите по вътрешен одит и финансова инспекция. Тези законодателни промени свързани с финансовия контрол практически бяха материализирани в приемането на Закона за вътрешния одит в публичния сектор, Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор и Закона за държавната финансова инспекция.

Анализът на тези нормативни актове и други финансовоправни актове, дава основание в правната литература да се направи извода, че съвременното понятието "финансов контрол" е сборно, сложно и многостранно, което обхваща в съдържа-

нието си следните институционализирани, т.е. нормативно уредени форми или видове финансов контрол:

1. инспекционен финансов контрол, уреден в ЗДФИ, който е пряк "наследник" на финансовия ревизионен контрол;
2. данъчноосигурителен контрол, уреден в Данъчноосигурителния процесуален кодекс (ДОПК);
3. митнически контрол, уреден в Закона за митниците (ЗМ);
4. осигурителен контрол, уреден в КСО;
5. контрол, упражняван от министъра на финансите във връзка със съставянето, изпълнението и отчитането на държавния бюджет, уреден в ЗУДБ;
6. одитен контрол, упражняван от Сметната палата, уреден в ЗСП.
7. вътрешен финансов контрол като част от системата за финансово управление във всяка бюджетна организация в публичния сектор, уреден в ЗФУКПС;
8. вътрешен одитен контрол в бюджетните организации от публичния сектор, уреден в ЗВОПС.
9. одитен контрол върху управлението на средства, предоставени от Европейския съюз, упражняван от Изпълнителната агенция за одит на средствата от Европейския съюз (ИАОСЕС);

Всеки един от тези видове финансов контрол има свое приложно поле, специфичен предмет и съдържание, което говори за целенасочено усилие на законодателя да конструира финансовия контрол като системно цяло. Общото, което обединява разновидностите на контрола и им придава качеството "финансов контрол" **е обектът на контрола, а именно това са** парите и имуществата в рамките на финансовата система (публичните финанси), както и средствата и имуществата с публично предназначение.

Ако изходим от това принципно и аргументирано виждане за обхвата на финансовия контрол, принадлежността на контрола, който органите на НЗОК осъществяват е безспорена поради наличие на следните аргументи:

Основният предмет на дейност на НЗОК е управление и разходване на средствата от задължителни здравноосигурителни вноски за закупуване на здравни дейности, което се осъществява от НЗОК и от нейните териториални поделения – районни здравноосигурителни каси (чл. 2 от ЗЗО). Задължителното здравно осигуряване предоставя пакет от здравни дейности, гарантиран от бюджета на НЗОК. Националната здравноосигурителна каса купува от изпълнителите на медицинска помощ здравни дейности, определени по вид, обем, цена и съответстващи на критерии за качество и достъпност, в съответствие с този закон.

Съгласно чл. 23 от закона приходите на НЗОК се набират: т. 2 – от трансфери от държавния бюджет; т. 9 – целеви субсидии от държавния бюджет за изпълнения на задължения, които произтичат от прилагането на правила за кординация на системите за социална сигурност; т. 11 – други източници, включително трансфери от държавния бюджет, в т.ч. чрез бюджета на МЗ. При недостиг на средства, могат да се ползват краткосрочни безлихвени заеми от държавния бюджет.

Следователно тази разпоредба категорично доказва, че бюджетът на НЗОК е компонент на финансовата система, т.е. неговият бюджет (приходи и разходи) се

формира на база фискални правила и бюджетни взаимоотношения, при което държавният бюджет играе ролята на приходно-разходен балансиращ център. Обосновано може да се направи извода, че става дума за контрол, който попада в обхвата на финансовата ни система очертана от ЗПФ, или това е контрол върху публични парични средства.Тези аргументи дават основание към споменатата вече диференцияция на видовете финансов контрол, да се прибави и контролът на органите на НЗОК по ЗЗО, тъй като обекта на този контрол е идентичен с обекта на останалите, а именно става дума за контрол върху публични парични парични средства.

Изследваният контрол следва да бъде разгледан и с оглед на съществуващите в правната литература традиционни критерии, чрез които се диференцират видовете контрол на отделни подвидове.

А) С оглед на принадлежността на контролния орган и адресата на контрола към една система контролът се обособява на *вътрешноведомствен и външноведомствен*. На базата на този критерий принадлежността на контрола, който органите на НЗОК осъществяват по ЗЗО е безспорно външноведомствен поради обстоятелството, че адресатът на контрола стои извън организиционната и функционалната структура на контролните органи.

От гледна точка на органите на управление и тяхната компетентност външноведомственият контрол може да бъде общ и специален. Според мен контролът на органите на НЗОК е специален външноведомствен контрол, тъй като въз основа на разпоредбите на ЗЗО, органите на НЗОК упражняват *специфични* контролни правомощия в качеството си на органи на държавно управление.

Б) Общоприетият разграничителен критерий за делението на контрола на *предварителен, текущ и последващ* е свързан с момента, в който се реализира контролът. Анализът на разпоредбите на ЗЗО ни дава основание да твърдим, че органите на НЗОК упражняват и трите форми на контрол, чрез планови и внезапни проверки (чл. 74, ал. 2 от ЗЗО). Законодателят е дефинирал в т. 25 от допълнителните разпоредби на ЗЗО, че "внезапен контрол" е контролът, свързан със заплащане на медицинската/денталната помощ, оказвана в изпълнение на договор с НЗОК, както и съответствието на дейността на изпълнителите на медицинска и дентална помощ с критериите за достъпност и качество на медицинската помощ, регламентирани в НРД, която се извършва в момента на предоставяне на медицинска помощ на здравноосигурено лице. Съгласно т. 26, предварителен контрол е този, който се осъществява преди заплащане на оказаната медицинска/дентална помощ и се свързва с проверка в лечебното заведение или по документи на отчетена в РЗОК дейност преди заплащането ѝ. Съгласно т. 27, "последващ контрол" е проверка в лечебното заведение или по документи на отчетена в РЗОК дейност след заплащането ѝ.

Друг, критерии, който има концептуално отношение към характеристиката на контрола това е *контролната компетентност* на органите натоварени с контролни функции. Съгласно чл. 72, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗО органите, които осъществяват оперативния контрол са длъжностни лица – служители на НЗОК, определени със заповед на управителя на НЗОК или от оправомощено от него длъжностно лице, и от длъжностни лица от РЗОК – контрольори.

В правната ни литература убедително е обосновано становището *за правосубектността на държавните органи като компетентност.* Тя е призната от закона възможност за правообладание, програмирана от правната норма система от правомощия, която предхожда, обуславя и се реализира в конкретни правомощия. Контролната компетентност като всяка властническа правосубектност *е специална система от правомощия, очертана от нормативните актове.* Понятието "контролна компетентност" е обединителният център, основното ядро, върху което се наслагва и анализира цялата контролноправна материя.

Всяка контролна компетентност включва два дяла, две съставки, които иманентно са свързани една с друга, формират единството на контролния процес и същевременно формират двете му основни фази – установителната и фазата на въздействие. В своята съвкупност те дефинират видовата характеристика на контрола като специфична управленска административна дейност. Анализът на контролната компетентност на органите на НЗОК по ЗЗО показва следното:

На първо място трябва да се посочат *контролноустановителните правомощия*, които изпълват съдържанието на първата съставка на контролната компетентност. Контролните органи могат да проверяват, отчетните документи на изпълнителите на медицинска и/или дентална помощ, регламентирани в НРД (чл. 73 ал. 1 т.2/; договорите на изпълнителите на медицинска и/или дентална помощ, сключени с други лечебни заведения за изпълнение на част от дейността по договора с НЗОК (чл. 73, т.6). Други правомощия се свързват с извършване на контрол по законосъобразността на финансовата дейност на изпълнителите на медицинска и дентална помощ по договорите им с РЗОК (чл. 73 ал. 1 т.3). Контролните органи разполагат и с провомощието да извършват материално проверяване, което включва ред правни възможности. Съгласно чл. 73, т. 7, 8, 9 и 10 от ЗЗО те могат да проверяват съответствието на дейността на изпълнителите с критериите за достъпност и качество на медицинската помощ, регламентирани в НРД, да проверяват вида и обема на оказаната медицинска и/или дентална помощ по договор с НЗОК; да проверяват вида и количествата на закупените от изпълнителите на болнична медицинска помощ и вложени при изпълнение на договора с НЗОК медицински изделия, прилагани в условията на болничната медицинска помощ, заплащани от НЗОК напълно или частично; да проверяват съответствието между оказаната медицинска и/или дентална помощ и заплатените за нея суми от НЗОК. При изпълнение на своите контролни функции органи имат право на достъп до информация от работодателите, осигурените и изпълнителите на медицинска и/или дентална помощ (чл. 73, ал. 3).

В своята съвкупност така очертаните правомощия формират съдържанието на *установителната компетентност на контролните органи по ЗЗО.* Логичен завършек на всяка установителна компетентност е правомощието да се съставят актове с установителен характер, в които са инкорпорирани резултатите от извършените проверки. Нормативно основание за това установително-контролно правомощие намираме в чл. 74, ал. 3 от ЗЗО. Съгласно посочената разпоредба, съответното длъжностно лице съставя и подписва протокол, в който описва установените факти и обстоятелства. Екземпляр от протокола се предоставя на лицето – обект на проверката, срещу подпис, а копия от него се изпращат на управителя на НЗОК, съот-

ветно на директора на РЗОК и на съответната районна колегия на съсловната организация на лекарите или на лекарите по дентална медицина. Теоретически и практически е възможно контролната компетентност на органите по приходите да се изчерпят само с упражняването на контролноустановителните правомощия т.е със съставянето на констативен-установителен акт, без да се стигне до поставянето в действие на контролновъздействащите прамомощия. Практиката обаче доказва, че е налице хипотеза, в която въз основа на констатациите – резултат от упражняването на установителните правомощия, се стига до привеждане в действие на *правомощията за въздействие.*

На първо място трябва да се посочат правомощията, които се свързват с възможността за прилагане на юридическа отговорност спрямо проверяваните лица. При установяване на административни нарушения, длъжностните лица съставят с актовете за установяване на административните нарушения, а наказателните постановления се издават от управителя на НЗОК, съответно от директора на РЗОК или от оправомощени от него длъжностни лица (чл. 105з от ЗЗО). Поставянето в ход на административнонаказателната отговорност и възможността да се налагат имуществени санкции по същество реализират правомощията за контролно въздействие на органите на НЗОК.

На следващо място трябва да бъдат посочени и *правомощията посочени в чл. 76а и 76б от ЗЗО*. В случаите, когато изпълнителят на медицинска и/или дентална помощ е получил суми без правно основание, които не са свързани с извършване на нарушение по този закон или на НРД, и това е установено при проверка от контролните органи, изпълнителят е длъжен да възстанови сумите. В тези случаи се съставя протокол за неоснователно получени суми. Лицето – обект на проверката, има право да представи писмено възражение пред управителя на НЗОК, съответно пред директора на РЗОК в 7-дневен срок от връчване на протокола. След изтичане на срока за възражение управителят на НЗОК, съответно директорът на РЗОК издава писмена покана за възстановяване на сумите, получени без правно основание, която се връчва на изпълнителя на медицинска и/или дентална помощ (чл. 76а).

Друга хипотеза визира разпоредбата на чл. 76б, а именно, когато изпълнителят на медицинска или дентална помощ е получил суми без правно основание в резултат на извършено нарушение по този закон или на НРД, управителят на НЗОК, съответно директорът на РЗОК удържа неоснователно платените суми, като на нарушителя се налагат наказания, определени в този закон или в НРД. В тези случаи управителят на НЗОК, съответно директорът на РЗОК издава писмена покана за възстановяване на сумите, получени без правно основание, след влизане в сила на наказателното постановление и/или на заповедта за налагане на санкция.

Тези примери свързани с правомощията за въздействие на контролните органи освен, че доказват, че органите имат контролна компетентност, която е нормативно установена са белег и за друго, а именно, че става въпрос за неоснователно или неправомерно извършени разходи от изпълнители на медицинска и/или дентална помощ, които по своята правна същност са публични парични средства.

От направения анализ на контрола, който органите на НЗОК по ЗЗО осъществяват можем да изведем следните специфични характеристики:

Той е типичен финансов контрол, чиито предмет са публични парични средства (финанси), които са част от финансовата ни система.Той е специален външноведомствен контрол, който може да бъде предварителен, текущ и последващ. Този контрол се осъществява от органи на държавно управление, които по своята организационна и функционална характеристика са органи на финансова администрация. Контролната компетентност на тези органи включва контролноустановителни и контролновъздействащи правомощия.

АДМИНИСТРАТИВНИЯТ КОНТРОЛ И АДМИНИСТРАТИВНИТЕ ЮРИСДИКЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО НА БУРЖОАЗНАТА БЪЛГАРСКА ДЪРЖАВА

ас. Нели Радева,
катедра "Наказателноправни науки",
УНСС,
radeva.neli@abv.bg

Резюме

След Освобождението в българската държава се създават административни структури и се въвеждат административноправни механизми за контрол над актовете и действията на администрацията.

В правовата държава гражданите трябва да притежават средство, с което да контролират дейността на органите на държавна власт. В Буржоазна България такова средство е преди всичко административното правосъдие. То разглежда не само жалби за отмяна на актове на администрацията, но и спорове възникнали по повод дейността ѝ.

Освен от Върховният административен съд, административните актове подлежат на контрол от страна на отделните министри, ведомствата и различните комисии (окръжна контролна комисия по данъка върху общия доход и по данъка върху занятието, ревизионна комисия при министерство на финансите за митниците, контролна комисия по данъка върху сградите и др.). Законът изрично посочва, кой от органите на държавна власт е овластен да разгледа жалбата срещу конкретния административен акт. Издаденото постановление от последните може да се обжалва по касационен ред пред Върховния административен съд.

Ключови думи: административно правосъдие, административен акт, министерства, ведомства, комисии

Summary

In the Bulgarian state after the Liberation, were created administrative structures and were incorporated administrative mechanisms for control the acts and actions of the administration.

The citizens in the state must have a legal tool to control the activities of state authorities. In Bourgeois Bulgaria such a tool is administrative justice. It is competent for appeals for revocation of administrative acts and disputes arising from its activities.

Administrative acts are subject to control Apart from the Supreme Administrative Court and by the individual ministers, departments and various committees (Regional Audit Commission on Income Tax and Occupational Tax, Audit Commission at the Ministry of Finance for Customs, Control Commission on Building Tax, etc.). The law explicitly states which of the departments is empowered to consider the appeal against specific administrative act. The issued decree of the latter may be appealed by a cassation order at the Supreme Administrative Court.

Key words: administrative justice, administrative act, ministries, agencies, commissions

След Освобождението в българската държава се създават административни структури и се въвеждат административноправни механизми за контрол над актовете и действията на администрацията. Така неразделна част от административната дейност става административният контрол. Той служи за гаранция за изпълнението

на издадените актове на органите на администрацията и е средство за проверка на тяхното качество. Административният контрол е контрол за законност и за правилност. Представлява властническа дейност, която се осъществява вътре в системата на държавното управление от органи на това управление.

В правовата държава гражданите трябва да притежават средство, с което да контролират дейността на органите на държавна власт, чиято дейност е необходимо да е съобразена с действащото законодателство. В Буржоазна България такова средство е преди всичко административното правосъдие. То допълва функционирането на другите юридически способи за контрол в областта на администрацията. Върховният административен съд разглежда не само жалби за отмяна на актове на администрацията, но и спорове възникнали по повод дейността ѝ.

Освен от Върховният административен съд, административните актове подлежат на контрол от страна на отделните министри, ведомствата и различните комисии (окръжна контролна комисия по данъка върху общия доход и по данъка върху занятието, ревизионна комисия при министерство на финансите за митниците, контролна комисия по данъка върху сградите и др.). Законът посочва, кой от органите на държавна власт е овластен да разгледа жалбата срещу конкретния административен акт. Издаденото постановление от последните може да се обжалва по касационен ред пред Върховния административен съд.

* * *

Когато разглеждаме административния контрол упражняван по това време в България можем да го разграничим на: а) контрол упражняват от правителството и княза/царя; б) вътрешно ведомствен контрол; в) специализиран контрол и г) контрол в системата на местното управление[1].

Въпросът за контрола е уреден още в Търновската конституция. Съгласно чл. 12 изпълнителната власт принадлежи на княза. Органите на тази власт действат от негово име и под неговия Върховен надзор. Князът по силата на чл. 8 на основния закон се освобождава от всякаква отговорност: "Лицето на княза е свещено и неприкосновено". Народното събрание може да прави официални запитвания до правителството, на които министрите са длъжни да отговорят. Князът/царят упражнява контрол върху дейността на министрите. Съгласно чл. 153 от Конституцията министрите отговарят пред Княза и Народното събрание "съвкупно за всички общи мерки които те вземат лично всекой единь, за всичко което той е извършил по управлението на поверената му немо част". Следователно тяхната дейност се контролира от държавния глава и парламента.

Освен конституцията в отделни закони се регламентира упражняването на административен контрол от страна по-горестоящите органи спрямо подчинените им. Издаденият административен акт или наказателното постановление може да се обжалва пред по-горестоящ орган. Последния упражнява контрол върху дейността на подчинения орган на държавна власт. Например с наказателно постановление на селския кмет следва да се обжалва пред околийския управител. В чл. 35 "д" закона

[1] Дерменджиев, Ив, Д. Костов, Д. Хрусанов, Административно право в Република България, С., 2012, с. 260.

за общественото осигуряване (от 5 януари 1935 г.) се предвижда, че наказанието глоба в двоен размер на неплатените вноски се налага с наказателно постановление. Последното се издава от директора на труда и се обжалва пред министъра на търговията, "чието решение е окончателно и не подлежи на обжалване пред ВАС[1].

Задачата на административния контрол е да не се допусне издаване на решения, които нарушават принципите на законност и правилност.

През разглеждания период особен интерес представлява правораздавателния надзор, допълващ другите юридически способи за контрол в областта на администрацията и особено по въпросите за защита на субективните права и интереси на гражданите и организациите. С приемането на Закона за административното правосъдие през 1912 г. у нас законодателят поставя Върховният административен съд (ВАС) начело на административното правосъдие. Той е снабден с всички гаранции за състав и производство, каквито трябва да притежава като най-висша инстанция, която упражнява едно независимо правосъдие. ВАС по естеството на своята функция е една административна юрисдикция, която упражнява съдебен контрол върху дейността на администрацията. Освен него в Княжество/Царство България такъв контрол се упражнява от всички комисии, съвети, официални лица и места, които по силата на закон имат право да се произнасят по съдебен ред и да разрешават правни въпроси от областта на администрацията.

На ВАС са подсъдни всички жалби против административни актове на публичните власти. Той действа като: 1) като контролно-отменителна инстанция спрямо незаконосъобразни актове на администрацията; 2) касационна инстанция по отношение на издадените решения на съществуващите в страната юрисдикции. Съгласно Закона за административното правосъдие[2] ВАС може да отменя административни актове на следните основания: 1) некомпетентност или превишаване на власт; 2) неспазване на съществените законови форми; 3) нарушение на закона или някоя законна разпоредба; 4) превратно упражнение на власт; 5) извращение на фактите, на които е основан обжалваният административен акт (чл. 14).

За да бъде подадена жалба пред ВАС, законът предвижда изискването лицето да има правен интерес. Оставят се без разглеждане жалбите за отмяна, когато страните нямат личен и пряк интерес за отмяна на обжалвания акт (чл. 16). От сферата на съдебния контрол, упражняван от ВАС, са изключени "висшите правителствени актове, както и актовете по назначаване, преместване, командироване, повишение, понижение, отстранение и уволнение на всички чиновници (държавни, окръжни, общински) по всички ведомства; делата, разрешението на които по законите е предоставено на свободното усмотрение на органите на властта; всички дисциплинарни дела" (чл. 11, ал. 2–4).

Законодателят е имал сериозни основания от практическо естество, когато е отделил административния съд от групата на обикновените съдилища и го е причислил към администрацията. Юрисдикцията, която раздава върховният администра-

[1] Стойнов, П., Изпълнението на административните актове – В: Годишник на СУ, ЮФ, т. XXXI, 2. 1935/1936, С., 1936, с. 47.
[2] ДВ, бр. 74/1912 г.

тивен съд, ако не по естеството си, то по обекта си, е различна от юрисдикцията на обикновените съдилища.

Административното правосъдие е правосъдие, но в рамките на администрацията. Актът на административната юрисдикция е акт на правораздаване, а не административен акт. ВАС не може да дава заповеди на активната администрация, не може да видоизменя административните актове или на мястото на отменения като незаконен административен акт, да издаде сам административен акт, какъвто трябва да бъде по закона. Той няма компетентност за това, няма никакви функции на активна администрация, тъй като е едно чисто правосъдно учреждение.

Както решенията на ВАС, така и тези на административната юрисдикция има силата на присадено нещо. Те не могат да бъдат отменяни от никой административен орган, т.е. изключва се принципът на йерархията. Например "Министърът на финансите не е компетентен да отменя решения на контролните комисии по данъчните облагания. При наличността на едно решение, каквито и да са недостатъците му, контролната комисия не може да постановява второ решение, ако първото не е обжалвано и отменено от Административния съд, който е единствено компетентно учреждение да отменява решенията на контролните комисии"[1]. (Решение 21/24 на ВАС от 14 ноември 1924 г.).

Основният принцип, които е възприет в законодателството след Освобождението е, че само със закон се учредява административната юрисдикция.

Законът още посочва и случаите, в които решението на една административна юрисдикция може да бъде отменено от друга по-горна юрисдикция. Следователно по нашето законодателство през този период по-горната инстанция може да отменя неправилните решения на по-долната. Само по изричното указание на закона решенията на някои административни юрисдикции не подлежат на никакво обжалване пред по-висша административна юрисдикция или са освободени от юрисдикционния контрол на ВАС. Например по Закона за ограничение на кражбите, по Закона за подобрение на земеделското производство и др.[2]

Никой не може да оказва влияние върху решенията на административната юрисдикция. Например ВАС изрично е признал висшата съдебна административна комисия при министерството на благоустройството учредена по чл. 13 на Закона за благоустройството за юрисдикция. Съгласно решение от 15 маи 1915 г.: "Казаната комисия действува като специална административна юрисдикция, решенията на която са окончателни, не подлежат на обжалване пред никаква власт в страната и са задължителни за всички административни органи, включително и министъра на благоустройството". Когато обаче по силата на закона министърът е оправомощен да разгледа оплакване, направено от заинтересувано лице, следвайки сам едно производство, то той се явява тогава вече във функциите на административна юрисдикция и неговото решение ще бъде със силата на съдебно решение. ВАС с реше-

[1] Стайнов, П., Административният акт. – В: Годишник на СУ на ЮФ, т. XXIII 1927-1928, С., 1928, с. 141.
[2] Пак там.

ние от 6 март 1916 г. признава министъра на финансите за административна юрисдикция по оплаквания в свръзка с данъка занятие[1].

След като бъде издаден един административен акт от един орган на публична власт и изтече предвидения в закона срок, този акт става окончателен и не може да се атакува с правни средства. В установения от закона срок актът, обаче може да бъде обжалван пред една административна юрисдикция, например данъчните облагания пред съответната данъчна комисия. В този случай се касае за отмяна не на едно нищожно данъчно, а само за отмяна на неправилно облагане, което може да се поправи именно от тази административна юрисдикция. Последната на основата на закона ще постанови заключението: правилно или неправилно, законосъобразно или закононесъобразно е облагането. Когато заключението е, че облагането не е законосъобразно, то това облагане отпада, защото законодателят признава на заключението сила на присъдено нещо. Органът на публичната власт, който е издал акта, е обвързан от решение на административната юрисдикция, която го е отменила. Необходимо е и издаването на нов административен акт.

Административната юрисдикция не може да се произнася по свой почин, а трябва да бъде надлежно сезирана при спазване известни срокове. Когато се произнася, тя също трябва да спазва определената от закона процедура. Административната юрисдикция проверява само да не са преминати законно установените граници на дискреционната власт и сама установява чрез своето решение къде законът диктува те да се поставят в акта. Дискреционната власт може да се упражнява само от активната администрация.

Йерархическият началник, който сам е орган на активната администрация може да упражнява дискреционната власт, съобразно предвиденото в закона. Той може да издаде сам свой административен акт, вместо подчинения си и да упражни както той разбира дискреционната си власт. Неговият акт ще бъде правилен, защото в това се състои и йерархическата власт. Тя обаче трябва да се разграничава от контролната (правата на окръжния управител и министъра по решенията на окръжните съвети, общинските съвети и заповедите на кметовете). В този случай административният акт, който се обжалва, не е акт, с който се упражнява административния контрол, например заповедта, указът с който се утвърждава едно решение на общинския съвет, а самото решение на съвета. Но заповедта – актът на контрол на окръжния управител, е сама по себе административен акт и може отделно да бъде обжалвана пред ВАС[2].

Актът, с който окръжният управител отменя едно решение на общинския съвет, съгласно Закона за общините е административен, а не съдебен акт. Обаче актът, с който ВАС отменява решението на общински съвет е съдебен. Резултатът, който се постига и в двата случая, е един и същ, но начинът е различен. В първия случай администрацията, в лицето на своя орган, окръжния управител, отменя акта не защото има оплакване от заинтересувана страна, а по съображения във връзка с упражнявания от държавата административен контрол. Този контрол е подчинен на

[1] Стайнов, П., Административният акт. – В: Годишник на СУ на ЮФ, т. XXIII 1927-1928, С., 1928, с. 142.

[2] ДВ, бр. 226/1926 г.

други срокове, форми и е упражняван в по-различни случаи, от колкото съдебния контрол на ВАС. Последният може да се произнесе само ако има едно оплакване, жалба за отмяна, която следва специално производство и срокове. При това отмяната, която трябва да произнесе ВАС е възможна само в случаите указани в закона като поводи за отмяна. Като при упражнението на административния контрол администраторът не е длъжен винаги да се произнесе, да отмени. Той може дори да запази мълчание.

Административното правосъдие, както беше споменато не се произнася служебно, а по молба на заинтересованото лице. При производството за отмяна на административен акт, не се води спор за установяване едно спорно субективно право, спорно между гражданина и органа на държавата. Тук гражданинът иска от съда да определи окончателно кое е обективното право. Съдебният акт има сила на присъдено нещо за органа на административната власт. Ако се окаже, че административният акт не отговаря на обективното право, то той пада. При административното правосъдие не се атакува органа, а акта. Всеки гражданин, който евентуално е засегнат от издадения административен акт, може да се възползва от издаденото решение за отмяна, а не само онзи, който случайно е поискал отмяна.

Когато с решението на административния съд се отхвърля една жалба за отмяна, то няма сила на присъдено нещо спрямо всички, а само спрямо тъжителя. С това решение актът остава валиден във всяко отношение.

В правната литература от този период се прави едно разделение на институциите, които раздават административно правосъдие: на същински административни съдилища, които са напълно отделени от активната администрация, и които имат за задача само да отменят незаконните административни актове, или да се произнасят по касационен ред, и на административни юрисдикции в тесен смисъл на думата, които разглеждат актовете по същество, като могат и да ги изменят.

Административните юрисдикции не са чисто съдебно-административни органи, те са органи на администрация. Натоварени са с упражнението на власт на активна администрация. Понякога едно и също тяло има правото по закон да действа, било като орган на публична власт и да издава административни актове, било като орган на техническа администрация и да издава съвещателни, технически актове или да върши материални актове и сделки, било най-после като административна юрисдикция и да издава съдебни актове.

Следва да се направи различаване между решението на ***една комисия, съвет,*** която се произнася като административна юрисдикция и решението на една комисия, съвет, която се произнася като чисто съвещателно тяло или като орган на действащата администрация.

За да бъде едно решение на една комисия или съвет, решение на административна юрисдикция, трябва да има предявено право, нарушено от един административен акт. Наред с това необходимо е тази комисия, съвет, лице, да е оправомощено от закона да се произнесе с решение, което има задължителни последици. За да се произнесе компетентния орган, той следва да бъде надлежно сезиран.

Фактът, че един съвет, комисия, или орган на администрацията, се произнася само по молба, по поискване от заинтересования, не ги прави административна

юрисдикция, нито издадения акт—съдебно решение. Например когато се иска от администрацията едно разрешение за строеж, за отваряне кръчма, за пенсиониране, когато е стигнал изслужените години, чиновникът. В тези случаи актът, които се издава по тия искания не е съдебен. Той не е резултат от предявяване за нарушение на право[1].

Въпросът за нарушение на право може да се яви само след като този административен акт бъде издаден. В случай на необходимост той ще бъде обжалван пред една юрисдикция, за да издаде тя надлежен акт, дали защото администрацията със своя акт отказва да му издаде исканото разрешително, или че му го дава неправилно.

Министърът в определени случаи също може да бъде извикан да се произнесе не като орган на активната администрация с административен акт, а като еднолична административна юрисдикция. Като най-висш орган на администрацията, той може по изключение, да бъде натоварен от законодателя, с оглед на някои съображения, да се проявява като административна юрисдикция. Министърът обаче си остава в кадрите на изпълнителната власт, защото административната юрисдикция спада формално към администрацията. Така например министърът на финансите по изричното указание на закона е повикан да се произнася като административна юрисдикция било в областта на облаганията, било при издаване постановления по актовете съставени от финансовите инспектори.

В този случай решенията, постановленията на министъра на финансите са различни и не са административни актове. Те ще подлежат на апелативно или касационно обжалване пред ВАС, при по-други условия, процедура и сроковете.

Във всички останали свои актове, както министъра на финансите, така и останалите министри, не се проявяват като съдии, техните актове не са съдебни, а административни. Министърът не може с една своя заповед да натовари друго лице, негов подведомствен да се произнася вместо него като юрисдикция.

Не винаги комисиите имат качеството на административни юрисдикции. Такъв е случаят, когато комисиите са натоварени да закръглят мерите или държавните имоти, гори. Те следва да вземат отношение не с цел да разрешат един правен въпрос за собственост, а само да определят административно съдържанието на обществения имот. Но окръжният съд, който се произнася по иска на собственика на съседния до държавния имот, издава един съдебен акт. И комисията и съдът разрешава един правен въпрос. Само че съдът има за цел само да го разреши, а комисията се явява като представителка на активната администрация и се намесва с друга цел, за постигането на която тя разрешава правния въпрос. За нея решаването на въпроса е средство, не цел[2].

Понякога юрисдикционални функции упражнявани от министерствата на финансите и земеделието се изразяват в произнасяне на едно наказание. В този случай юрисдикцията няма за предмет да се произнесе по една административна дейност, да прецени един административен акт, по тъжба от едно частно лице, а да наложи наказание на едно частно лице.

---

[1] Стайнов, П., Административният акт…, с. 160.
[2] Пак там, с. 165.

За да се определи каква е тази юрисдикция, трябва да се знае, кога това наказание е наложено направо от административния орган в качеството му на юрисдикция и кога то е наложено от един административен орган като глоба с административен акт за неизпълнение на заповед или на закона. Последното следва да се обжалва пред административния началник или пред една друга юрисдикция.

В първия случай е налице едно нарушение, престъпление. Един административен служител от едно ведомство сезира административния орган, натоварен като първа инстанция да се произнесе по това нарушение. Това той прави с постановление. Такъв случай представлява чл. 55 от Закона за горите от 1912 год. по силата на който министърът на земеделието налага с постановление наказание глоба срещу горски стражар, когато в поверените му гори, са констатирани нарушения без да са открити извършителите им. Това е едно дисциплинарно наказание. ВКС приема, че в случая министърът на земеделието действа като първа съдебна, наказателна инстанция. Обаче при митниците, по чл. 391 Закона за митниците, митницата е натоварена от закона да се произнесе като първа съдебна инстанция с едно постановление върху нарушенията на закона от частни лица и да наложи конфискация на стоките, като се налагат глоби и на виновници. В този случай говорим за една юрисдикция[1].

На администрацията, на едно административно учреждение законодателят може да възложи упражнението на съдебни функции по отмяна и изменение на административните актове или по постановяване наказание за констатиране нарушения на административни и фискални закони.

Съгласно чл. 673 Законът за углавното съдопроизводство несъдебните власти налагат глоба, постановяват конфискация, определят обезщетения. Това е разбира се едно изключение от общия ред, което е предвидено в самия закон. Това обаче не е административно, а наказателно правосъдие. Съществуват и такива случаи, в които по изключение административното правосъдие се осъществява от обикновени съдилища, както и такива, в които наказателно правосъдие се раздава от административни органи. Това е характерно само за строго определени наказания, за които със съдебен акт по наказателна отговорност може да се произнесе административния орган. Трябва да се подчертае, че тези административни органи упражняват в случая не административно правосъдие, а по-скоро едно обикновено, репресивно правосъдие. Наказанията, които се налагат от тези несъдебни власти са само глоба, не и затвор.

Съществуват и случаи, при които административната юрисдикция е сезирана от нарушителите, с тъжба против един административен акт, с който един административен орган например градоначалника, кмета или други им налага наказание глоба. Сезираното административно учреждение се произнася не като йерархически началник, а като административна юрисдикция, повикана по силата на закона, да се произнесе по административния акт, с който се налага глоба. Понякога обжалването на административния акт, с който се налага глоба вместо да се обжалва пред административно учреждение, което се произнася с постановление, като административна юрисдикция, се отнася, по изричното указание на закона, пред мировия или окръжния съд. Той ще се произнесе по един административен акт, ще упражни

[1] Стайнов, П., Административният акт…, с. 165-166.

административно правосъдие. Когато се произнася едно административно учреждение по отмяна на административен акт на публичната власт, с който се налага глоба е налице едно съдебно решение на първа инстанция. Тази административна юрисдикция е сезирана от онзи, който е обявен за нарушител и е бил глобен от органа на публичната власт (кмета, градоначалника и пр.). Последният е издал заповедта си за глоба не като съдебно решение, постановление, а като административен акт на публична власт, по своя инициатива, без да е бил сезиран с оплакване, съставяне акт и пр.

В правната литература от Освобождението до 1944 г. се признава качество на административна юрисдикция на следните учреждения, тела, комисии, официални лица, съвети: *окръжната контролна комисия по данъка върху общия доход и по данъка върху занятието; контролната комисия при министерството на финансите по данъка върху печалбите от войната*, *ревизионната комисия при министерството на финансите за митниците; контролната комисия по данъка върху сградите*.

Постановеното от тях решение е съдебно и може да се обжалва по касационен ред пред ВАС. Учрежденията, които ги издават си остават административни юрисдикции. Такива са: висшата съдебно административна комисия към министерството на благоустройството, специалния съд при Върхната сметна палата, експертната комисия по чл. чл. 150 и 156 закона за митниците и т.н. Самата Окръжна сметна палата когато се произнася с постановления по отчетите, действа като административна юрисдикция, сезирана от отчетника или от учреждението, чиито отчети се разглеждат от тази палата. Постановлението се разглежда по касационен ред от Върховната сметна палата[1].

Също така административна юрисдикция е и *пенсионния съвет* по чл. 51 от Закона за пенсиите за изслужено време[2] от 1 юли 1926 г., който се произнася по отпускането, увеличението, видоизменението или прекратяването на пенсиите. Той си остава административна юрисдикция, чиито решения се обжалват пред гражданските съдилища (окръжния съд и ВКС), които в случая упражняват административно правораздаване (чл. 53).

Административна юрисдикция е и *Върховната комисия по класиране на пенсионерите*. Това изрично е признато с решение на Особеният съд за пререкание с решение от 29 октомври 1927 г. (решението е обнародвано в Държавен вестник от 28 ноември 1927 г.). Съгласно което решенията на тази комисия се обжалват по касация пред ВАС. Следователно тя има качеството на административна юрисдикция. Законът за пенсиите дава право на окръжния съд да се произнася по размера на пенсиите (чл. 51), но когато се касае не за размера или за правото на пенсия, разглеждането, на който е предоставено на гражданския (окръжния) съд, а се касае за класирането, то тогава обжалването става пред ВАС. Съгласно изменението на чл. 214 Закона за устройството на съдилищата от 1926 г. административният съд е вече компетентен да се произнася по касация и в случаите, в които не е изрично предвидено да се отнася обжалването по касационен ред. Достатъчно е едно тяло да се

[1] Стайнов, П., Административният акт…, с. 169.
[2] ДВ, бр. 71/1926 г.

признае за административна юрисдикция, за да се отнесе неговото решение по касация пред ВАС.

Комисията за обществените пенсии учредена по чл. 47 Закона за Обществените осигуровки е една административна юрисдикция. Нейните решения, с които се отпускат, видоизменят или прекратяват пенсии се обжалват пред ВАС.

Контролната комисия по данъка върху приходите на лицата и дружествата (чл. 54 от закона за данъка върху приходите на лицата и дружествата от 24 юли 1925 г.) е организирана до известна степен като истински специален административен съд, с установена процедура (чл. чл. 55—59). Във връзка с същия закон данъчния началник е натоварен да издава като юрисдикция наказателни постановления за глоба въз основа на съставените актове. Постановленията се обожават по апелативен ред пред министъра на финансите, а по касационен ред пред ВАС (чл. 80).

Като административна юрисдикция действат и *комисиите* по чл. 10 Закона за горите[1] от 1 септ. 1926 г. които след провеждането на едно производство, установят с протокол, кои са обществените гори и пасища. Техните протоколи се обжалват пред гражданския съд (апелативния съд) по изричното указание на законодателя (чл. 14). В случай че не бъдат обжалвани тези протоколи имат силата на присъдено нещо (чл. 14 ал. 3).

Съгласно Закона за реквизицията[2] реквизицията е административна функция и се извършва от *реквизиционни комисии*, на които е възложено и оценяването на реквизираните предмети. Тези комиси са и съдебни инстанции, които разрешават всички възникнали при реквизирането и оценяването спорове.

Специална реквизиционна юрисдикция е главната реквизиционна комисия. Тя решава окончателно всички спорове. Над нея като касационна инстанция действа Окръжния съд. Така в областта на реквизицията, законодателят установява една специална административна юрисдикция, на която поверява разрешаването на всички спорове, както по правилността на реквизицията, така и по оценката.

Това са само една малка част от учрежденията натоварени да упражняват функции на административна юрисдикция. Броят на административните юрисдикции е голям. Те се срещат по всички ведомства, по всички министерства[3].

* * *

Разгледаните способи за контрол са гаранция за обезпечаването на законността в сферата на държавното управление. Съобразно всеки отделен случай се задейства онзи контрол, който е най-подходящ. Следва да се отбележи,че правораздавателният надзор допълва функционирането на другите юридически способи за контрол в областта на администрацията. В много случаи този надзор е предпочитан, а понякога е и единствен способ за защита на субективните права и интереси. След Освобождението у нас административното правораздаване е изградено като самостоятелна и независима в решенията си контролна система. С приемането на Закона за административното правораздаване през 1912 г. започва да действа ВАС. В Царст-

[1] ДВ, бр. 79/1926 г.
[2] Пак там, бр. 65/1939 г.
[3] Пак там, с. 170-171.

во България освен от него, административното правораздаване се извършва от несъдебни органи (съвети, комисии, еднолични органи). Тези органи, които осъществяващи административната юрисдикция по специални административноправни спорове, се наричат административни юрисдикции или особени юрисдикции в областта на администрацията.

Използвана литература

1. ДВ, бр. 226/1926 г.
2. ДВ, бр. 71/1926 г.
3. ДВ, бр. 74/1912 г.
4. ДВ, бр. 79/1926 г.
5. Дерменджиев, Ив, Д. Костов, Д. Хрусанов, Административно право в Република България, С., 2012.
6. Стайнов, П., Административният акт. – В: Годишник на СУ на ЮФ, т. XXIII 1927-1928, С., 1928.
7. Стойнов, П., Изпълнението на административните актове – В: Годишник на СУ, ЮФ, т. XXXI, 1935/1936, с., 1936.

ДОБРОСЪВЕСТНОСТТА ВЪВ ВЕЩНОТО ПРАВО – СРАВНИТЕЛНОПРАВНИ БЕЛЕЖКИ

ас. д-р Делян Недев,
катедра "Частноправни науки", УНСС,
nedevdelyan@gmail.com

Резюме

В сравнителноправен порядък са поставени някои основни въпроси, свързани със съдържанието на добросъвестността и участието ѝ при придобиването на вещни права.

Ключови думи: добросъвестност, вещни права, първично придобиване

Summary

Some problems related to the good faith and its importance to the property rights acquisition are examined in comparative order.

Key words: good faith, property rights, original acquisition

1. Добросъвестността е термин, с който се означават различни понятия[1].

Във вещното право добросъвестността се схваща основно като незнание у приобретателя за определени обстоятелства. В различните законодателства тя присъства или отсъства като изискване по отношение на отделните придобивни способи, като често за нея е установена презумпция (например в Русия – п. 5, ст. 10 ГК РФ[2] и Франция – art. 2274 Code Civil). Затова първият въпрос, който е важен, е **в кои случаи** се изисква добросъвестност.

На следващо място, в основния случай субективният елемент се отнася до липсата на право у прехвърлителя. Но обстоятелството може да бъде и друго – например по отношение наличието на права на трети лица. Знанието винаги е важно спрямо специфичен момент. Следновательно то винаги се отнася към определено обстоятелство (какво не се знае) и към някакъв времеви период (кога не се знае), прието от законодателя за релевантни. Към тези въпроси следва да се добави още един: какво означава да не се знае: достатъчно ли е простото незнание, или владелецът следва да е положил усилие, да не е допуснал небрежност, да е бил убеден?

---

[1] Вж. Сукарева, Зл. Добросъвестността и презумпцията за добросъвестност като принципи на облигационното право. В: Юбилеен сборник в чест на проф. Живко Сталев. С., Сиби, 2005, с. 374 – 383.

[2] Презумпцията се прилага при оригинерните състави – така, по отношение на придобивната давност, вж. Шадрина, Н. К вопросу о понятии и значении приобретательной давности. – В: Тузов, Д. О. (ред.) Вещные права: система, содержание, приобретение. Сборник научных трудов в честь проф. Б. Л. Хасельберга. М., Статут, 2008, с. 290.

Освен субективния елемент (незнанието), понятието за добросъвестност включва и обективен елемент – правно основание, годно да прехвърли права. По отношение на него важните въпроси са следните: винаги ли е нужно и винаги ли следва да бъде валидно.

В резюме, очертават се следните въпроси:

- в кои случаи се изисква добросъвестност;
- какво трябва да не се знае;
- кога трябва да не се знае
- какво означава да не се знае;
- винаги ли е нужно правно основание;
- винаги ли правното основание следва да е валидно.

2. Добросъвестността във вещното право е важна при придобиване на вещни права. Понякога тя има значение за погасяване на правата на третите лица ("изчистване" на първично придобитото право). Добросъвестността има значение и за придобиването на облигационни права в отношенията добросъвестен владелец – собственик. Обемът на настоящото изложение не позволява разглеждане на всички посочени проблеми. Фокусът ще бъде върху придобиването на вещни права и погасяването на правата на третите лица.

Когато добросъвестността има отношение към придобиването на вещни права, обикновено ще се касае за оригинерен състав. Но е възможно в съответната правна система такъв състав да не се схваща като първичен или по отношение на правната му природа да съществува спор. У нас също няма общоприет принцип, че когато добросъвестното трето лице придобива правата, винаги ще се касае до първично придобиване. Достатъчно е да се припомни спорът в доктрината и практиката по отношение на чл. 17, ал. 2 ЗЗД.

Изчистването на правата на третите лица има обикновено се явява допълнителен ефект при придобиването от добросъвестния приобретател. В едни случаи законодателството изрично предвижда такъв ефект, а в други случаи той се извежда от доктрината и/или практиката и тогава съществуването му е спорно.

3. Но преди да се разгледа действието на един или друг състав, следва да се обърне внимание на борбата за надмощие на два основополагащи принципа във вещното право. Първият е защитата на собственика (правилата "Nemo dat"). Вторият е защитата на третото добросъвестно лице (сигурността на оборота). Всички правни системи са "бойно поле" за тези два принципа. Но борбата между тях не протича по един и същи начин. Затова различните законодателства намират различен баланс, като дават приоритет на единия или другия принцип. Поначало основен е първият. Но има случаи, в които е водеща защитата на третото добросъвестно лице. Така е в Русия.

Съгласно п. 1, ст. 302 от Гражданския кодекс на Руската федерация (ГК РФ), когато имуществото е възмездно придобито от лице, което не е имало право да го отчужди, но приобретателят не е знаел и не е могъл да узнае (добросъвестен приобретател), собственикът има право да иска имуществото си от приобретателя, когато

то е било изгубено от собственика или от лицето, на което собственикът е предал имуществото във владение или откраднато от него или от друг, или излязло от владението им против тяхната воля. Следователно, в останалите случаи имуществото няма да може да бъде ревандикирано. Следващият пункт предвижда, че собственикът винаги може да ревандикира безвъзмездно придобитото от добросъвестното лице имущество. А третият въвежда правилото, че пари или ценни книги на приносител те не могат да бъдат претендирани от добросъвестния приобретател.

Със значимостта си посочената разпоредба (която се прилага както за движими, така и за недвижими вещи) надхвърля "обикновената" роля на оригинерен състав. Тя е основен способ за защита на третото добросъвестно лице, който в редица случаи ще "измести" от приложното им поле останалите придобивни способи, например давността. В литературата и в практиката се приема, че ст. 302 ГК РФ въвежда оригинерен способ за придобиване[1]. Наистина, това виждане не е единствено – съществува и мнението, че се касае само за забрана на ревандикацията от страна на собственика[2].

4. В редица случаи обаче защитата на добросъвестния приобретател се проявява не като общ принцип, а само в определени състави. Понякога не се касае до първично придобиване. Например правилото на art. 1198 Code Civil, съгласно което, при конкуренция между двама приобретатели от един собственик е защитен този, който пръв е вписал правото си в имотния регистър, ако е добросъвестен. В отлика, у нас чл. 113 ЗС не изисква добросъвестност, което считам за несправедливо. *De lege ferenda* чл. 113 ЗС следва да бъде допълнен по подобие на френското разрешение.

В редица случаи обаче се касае за състави на първично придобиване. От тях могат да се посочат придобиването на движими вещи от несобственик, давността, както и някои специфични състави като преработването.

5. При придобиването на движими вещи, прехвърлени от несобственик, се наблюдават различия, но поначало ролята на добросъвестността е важна. Дори максимата във френското право, че владението е равносилно на титул (art. 2276 Code Civil), се възприема като изискваща добросъвестност. Добросъвестен следва да е и този, който придобива движимата вещ от лице, който вече веднъж я е прехвърлило, но е запазило владението (art. 1198 Code Civil).

---

[1] Горбатов, К. А. Элементы добросовестного приобретения права собственности. Достъпна онлайн на адрес: http://www.yurlov.ru/documents/en/S11_eng.html, Калинков, С. Първични придобивни способи на субективни вещни права по законодателствата на Република България и Русия.- В: Сборник доклади от научно –практическата конференция, посветена на живота и делото на проф. д-р Георги Боянов. Р., 2016, достъпен на адрес: https://www.uni-ruse.bg/Faculties/YUF/SiteAssets/conferences/%d0%a1%d0%91%d0%9e%d0%a0%d0%9d%d0%98%d0%9a%20-%202015.pdf, с. 164.

[2] Вж. по въпроса Рудоквас, А. Д. Добросъвестность владения и приобретательная давность: mala fides super venies nonimpedit usocapionem. – В: Тузов, Д. О. (ред.) Вещные права: система, содержание, приобретение. Сборник научных трудов в честь проф. Б. Л. Хасельберга. М., Статут, 2008, с. 326, 327.

В английското право са познати редица изключения от принципите Nemo dat, които позволяват на добросъвестния приобретател да придобие (или запази) правото си върху движимата вещ. Могат да бъдат споменати различни хипотези, съдържащи се в Sale of Goods Act 1979 и Factors Act 1889 (FA 1889):

– продажбата под унищожаем титул (s. 23 SGA 1979) – когато продавачът основава правото си на унищожаем (*voidable*), но още неунищожен (*not been avoided*) титул, купувачът на свой ред придобива валиден титул, ако е добросъвестен и не знае за дефекта в основанието на продавача[1];

– хипотезата на посесорна конституция, уредена в s. 24 SGA 1979 (близка разпоредба има и в s. 8 FA 1889). Когато продавачът продължи да държи вещта, която е продал, то втората продажба на друго лице, залог или друго разпореждане имат същия ефект, както ако продавачът имаше право да го извърши, стига вторият купувач е добросъвестен и не е знаел за предходната продажба.

– случаят, при който продавачът си е запазил правата върху вещта и с негово съгласие купувачът придобие владението върху нея, и след това и след това я прехвърли, заложи или се разпореди с нея по друг начин на лице, което е добросъвестно и не знае за правата на първия продавач (собственика), то втората продажба има ефект, все едно първият купувач е действал със съгласието на собственика. Правилото се съдържа в s. 25 SGA 1979. Близка е и разпоредбата на s. 9 FA 1889.

– съгласно s. 2 FA 1889, когато търговският агент (*mercantile agent*[2]) е, със съгласието на собственика, във владение на стоките или документите, удостоверяващи правото върху тези стоки, всяка продажба, залог или друго разпореждане със стоките, направено от него, действащ в рамките на обичайния предмет на дейност на търговеца, е валиден, все едно е налице изрично овластяване от собственика, когато приобретателят е добросъвестен и не знае за липсата на представителна власт[3].

---

[1] Повече за този състав вж. у Miller, D., Carey, L. Good Faith in Scots Property Law. – In: Forte, A.D.M. (ed.) Good Faith in Contract and Property. Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 105–107. Авторът дава пример с титул, опорочен поради измама (fraud).

[2] Съгласно дефиницията на самия закон (s. 1 Factors Act 1889) търговският агент има за предмет на дейност извършването като представител: на продажба, предаване или покупка на стоки, както и предоставянето им като обезпечение. Търговският агент следователно, изпълнявайки задълженията си, държи чуждите стоки или поне документите, които удостоверяват собствеността върху тях.

[3] До 1995 г. в Sale of Goods Act (s. 22) е съществувало общото правило (то се е прилагало в Англия и Уелс, но не и в Шотландия), че ако една стока е закупена в светлата част на деня на пазар, законно създаден от закон, харта или обичай – market overt (тук се включват например магазините в Лондон), купувачът придобива собствеността, ако е добросъвестен и не знае за какъвто и да е дефект в титула, независимо от титула на продавача, дори и ако вещта е била открадната. Правилото е отменено със Sale of Goods (Amendment) Act 1994 и сега собственикът на крадена вещ ще запази правото си въпреки третото добросъвестно лице. За сравнение може да се посочи близостта на правилото на чл. 325 ЗИСС (отм.): ако владелецът е закупил откраднатата или загубена вещ на панаир, пазар или публична продан, собственикът не може да иска връщането й, освен ако не възстанови на владелеца заплатената от него цена. Такова правило съществува и днес във френското право (art. 2277 Code Civil, предишен art. 2280).

В Германия придобиването на движими вещи от несобственик е уредено в § 932–934 BGB. Съгласно основния състав, добросъвестният владелец придобива собствеността, дори и прехвърлителят да не е собственик (без значение дали разпореждането е възмездно), стига последният да му е предал владението. Разпоредбата следва да се схваща с оглед общото правило в германското право, че с предаване на владението се придобива собствеността върху движимите вещи (§ 929)[1]. В отлика например от Франция, тук придобиването на крадена или изгубена вещ е принципно недопустимо, независимо от изтеклото време (§ 935 BGB).

6. В редица случаи добросъвестният владелец придобива плодовете от владяната вещ, при това чрез сепарация (така изрично § 955 BGB, art. 548 Code Civil). Но от придобивните способи, включващи владение, с особена важност се откроява придобиването на владяната вещ след определен период от време (придобивна давност или институт, сходен на нея). Някои законодателства допускат такова придобиване само от добросъвестен владелец (например Русия), други изобщо не изискват добросъвестност (Германия по отношение на недвижимите имоти, също английското право), а трети – като Франция (както и у нас) познават два вида давност – кратка и дълга, в зависимост от добросъвестността на владелеца.

В Русия е придобивната давност е уредена за пръв път след въвеждането на социалистическото законодателство (тя отсъства в първия и във втория граждански кодекси на СР РСФР)[2]. По отношение на този способ, включително кога владението ще бъде давностно, са налице разясненията, дадени от ВС на РФ в п. 15-21 от Постановление № 10/22 на Пленума на ВС на РФ, постановено на 29 април 2010 г.

Съгласно ст. 234 ГК РФ лицето, което добросъвестно, открито и непрекъснато владее в срок от 15 г. за недвижимите имоти и 5 г. за движимите вещи, придобива собствеността. Правилото съществува заедно с общия принцип, че когато е необходима държавна регистрация за съответното имущество, собствеността възниква от извършването ѝ, т.е. придобиването по давност в този случай ще зависи от извърш-

[1] В определени случаи е достатъчно и простото съгласие – § 929a BGB; вместо реално предаване е допустима посесорна конституция (§ 930 BGB), както и цесия на правото на предаване на вещта (§ 931 BGB).

[2] Вж. Рудоквас, А. Д. Приобретательная давность и давностное владение, автореферат на дисертационен труд. СПб, 2011, достъпен на: http://www.dissercat.com/content/priobretatelnaya-davnost-i-davnostnoe-vladenie. Както авторът посочва, периодично дискусията за възстановяване на придобивната давност в съветското право е била възобновявана, но без резултат. В тази връзка, още при действието на първия ГК РСФСР, Б.Б. Черепахин обосновава виждането, че не е задължително придобивната давност да противоречи на съветския строй и настоява за възстановяването ѝ в руското право: вж. Черепахин, Б. Б. Приобретение права собственности по давности владения, препечатка по: Черепахин. Б. Б. Приобретение права собственности по давности владения. // Советское государство и право, 1940, № 4, с. 51–61, достъпна на http://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_15.html#7.

ването на съответната регистрация[1]. На следващо място, давността е предвидена като последица само на добросъвестното владение.

В Германия се различават табуларна и контратабуларна давност за придобиване на недвижими имоти, като и при двете отсъства изискване за добросъвестно владение. Но придобивната давност върху движими вещи изисква 10 годишно добросъвестно владение.

Във Франция смесването на придобивната (*prescription acquisitive)* и погасителната давност (*prescription extinctive*) е премахнато. Art. 2258 Code Civil дефинира придобивната давност като способ за придобиване на вещ или право чрез владение, без да е нужно придобиващият да доказва собствеността си чрез друг титул. Code Civil ясно разграничава късата и дългата давност. Първата (*la prescription abrégée*) се прилага за добросъвестния владелец (*bonne foi et par juste titre)* и за недвижими имоти е десетгодишна. Дългата е тридесетгодишна и ползва недобросъвестния владелец.

7. Добросъвестността може да послужи и при прекратяване на права (придобиване на "чисто" право). Например придобиването по давност на движими вещи по германското право води до погасяване на правата на третите лица, освен ако приобретателят знае за тях; при това, дошлата отпосле недобросъвестност вреди. Нещо повече, за погасяването на правата е необходимо давностният срок (10 г.) да изтече и по отношение на тях (§ 945 BGB). Подобно законодателно разрешение приближава придобивната давност до погасителната. Близка разпоредба е била позната и на българското право (чл. 314 ТЗ (отм.).

8. След като бяха разгледани някои по-важни хипотези, в които се изисква добросъвестност, следва да бъде зададен въпросът **какво трябва да не се знае**.

Незнанието обикновено се отнася до **липсата на права у праводателя**. Често това е изразено общо. Но има случаи на формулирано изискване точно кое обстоятелство, всъщност довело до липса на права у праводателя (или по друг начин е попречило на прехвърлянето), трябва да не се знае. Например различните състави, съдържащи се в SGA 1979 и FA 1889, както и в други закони, детайлно описват какво точно приобретателят (*innocent buyer, bona fide (in good faith) purchaser*) не трябва да знае (*without notice of).* Така, когато продажбата е под унищожаем титул (s. 23 SGA 1979), купувачът следва да е бил добросъвестен и да не е знаел за дефекта в този титул; ако продавачът продаде вещта, но я държи и извърши втора продажба (s. 24 SGA 1979), вторият купувач трябва да е добросъвестен и да не знае за първата продажба и т.н. Тези нюанси ясно определят границите на незнанието и задават конкретна задача на доказателствения процес: какво (не)знание следва да се докаже при позоваване на тази разпоредба. И по нашето право, въпреки че обикновено законодателят не детайлизира така изискванията си, подобни нюанси съществуват. Например добросъвестността по чл. 17, ал. 2 ЗЗД очевидно не е за липсата на

[1] Петкова, Цв. Придобиване по давност на недвижими имоти. С., НБУ, 2015, с. 61, посочва, че a contrario, когато не се изисква държавна регистрация, собствеността се придобива с изтичане на срока.

права у прехвърлителя изобщо, а за симулацията, довела до тази липса; т.е. трябва да не се знае именно симулацията.

Незнанието може да се отнася до **липсата на право не у прехвърлителя, а до трети лица.** В тези случаи погасяването на техните права се поставя в зависимост от тази по-различна добросъвестност на приобретателя. Както се посочи по горе, придобиването по давност на движими вещи по германското право води до погасяване на правата на третите лица, освен ако приобретателят знае за тях.

Накрая, в определени случаи незнанието може да се отнася до **собствените права**. Например добросъвестният преработващ не знае, че материалите не са негови, а не, че не принадлежат на някакъв "прехвърлител". В Русия по този въпрос съществува дискусия (ст. 220 ГК РФ говори общо за добросъвестност): спорно е дали преработващият е добросъвестен, ако не знае, че материалите са чужди; или не само не знае, но и не е бил длъжен да знае; или ако се възползва от чужди материали без съгласието на собственика им[1].

9. Идва ред на въпроса **кога (в кой момент) трябва да не се знае**. Правилото *mala fides superveniens non nocet* (дошлата отпосле недобросъвестност не вреди) е възприета в страните, следващи романската традиция (включително у нас). Обратно, в Германия последователно се провежда правилото *mala fides superveniens nocet* – една концепция, поддържана в каноническото право. Така е при придобиването по давност на движими вещи (§ 937 BGB); правилото се прилага и по отношение на различния обем на отговорност на владелеца към истинския собственик (§ 990 BGB). Изискването е важно дори и за погасяване на правата на третите лица при придобиване на движима вещ по давност (лицето трябва да е добросъвестно по отношение на тях до изтичане на давността – (§ 945 BGB). При придобивната давност на недвижими имоти обаче правилото няма значение, защото за нея германското право не изисква добросъвестност.

В Русия законодателят не е разрешил еднозначно този въпрос. И доколкото руското право предвижда възможност за придобиване по давност само ако владението е добросъвестно (ст. 234 ГК РФ), тук практическото значение на посочения проблем е голямо. Затова в руската доктрина се прави разграничение между добросъвестно **завладяване** и добросъвестно **владение** като аргумент, че след като законът изисква второто, значи се касае за добросъвестност през цялото време[2]. От тази гледна точка законодателствата (включително и нашето), при които важи правилото, че дошлата отпосле недобросъвестност не вреди, всъщност поставят изискване **не за добросъвестно владение**, а единствено за **добросъвестно завладяване** заедно с несмущаването му в един определен времеви период.

---

[1] Вж. подробно у Ровный, В. В. Переработка добросовестная и недобросовестная. – В: Тузов, Д. О. (ред.) Вещныe права: система, содержание, приобретение. Сборник научныx трудов в честь проф. Б.Л.Хасельберга. М., Статут, 2008, с. 360 и сл.

[2] Вж. Рудоквас, А. Д. Цит. съч., с. 305 и сл., който по този въпрос обсъжда и критикува тази теза, посочвайки, че е на проф. Д. О. Тузов.

10. **Какво означава да не се знае**, т.е. дали е достатъчно простото незнание или е нужна грижа на владелеца е въпрос, който е поставян и в нашата доктрина и продължава да има своето място[1]. Иначе казано – едно и също ли е приобретателят да не знае, че прехвърлителят му не е собственик, и да го е мислил (да е бил убеден) в правата му, и тази убеденост следва ли да е следствие от полагането на дължимата грижа за тяхната проверка?

Съгласно § 932 (2) BGB приобретателят на движима вещ от несобственик не е добросъвестен и следователно няма да я придобие, ако е знаел или в резултат на груба небрежност не е знаел за липсата на права у прехвърлителя. Субективната добросъвестност по ГК РФ основно се схваща като хипотеза, при която лицето не знае или не е било длъжно да знае определено обстоятелство – например че прехвърлителят не е имал право да отчуждава вещта (ст. 302, ст. 335 ГК РФ) или че вещта е заложена (п. 1 и 2, ст. 352 ГК РФ).

Подобна концепция за добросъвестността не е чужда и на други, не национални нормативни разрешения. Съгласно чл. 69, ал. 4 от Регламент (ЕС) № 650/2012 лицето, което придобива имущество от привиден наследник съгласно европейско удостоверение за наследство (ЕУН), е защитено, освен ако знае за неточността на ЕУН или незнанието му се дължи на груба небрежност. Също така, при придобиването на движими вещи от несобственик, проектът за Обща референтна рамка (чл. 3:101 от книга VIII) изисква не простото незнание на приобретателя, но и от него да не може да се очаква разумно да е знаел, че придобива от лице, което не е собственик или няма право да прехвърли вещта.[2]

11. Накрая идва изискването за **правно основание и неговата валидност**.

Поначало, в различните законодателства, добросъвестността на владелеца е обвързана с наличието на правно основание. Логично незнанието, че прехвърлителят не е собственик, предполага опит за прехвърляне, т.е. транслативен акт, който не е успял да изпълни предназначението си. В определени случаи е релевантно дори нищожното правно основание. Например по отношение на максимата, че владението е равно на титул съгласно art. 2276 Code Civil. В литературата се приема, че правно основание не е нужно, но по-скоро в смисъл, че може да е нищожно[3]. Защото самата добросъвестност предполага опит за правомерно придобиване; а нищожното правно основание е поне такъв опит. То е повече от липсващо основание. В други случаи обаче валидността на правното основание се явява като изискване за добросъвестността, като обективен неин елемент. Така, съгласно art. 2273 Code Civil, нищожното основание поради дефект във формата не може да послужи за придобиване по кратката давност. Валидността на правното основание поставя ре-

[1] Вж. например Цончев, Кр. Подобренията. 2-ро изд. С., Софи-Р, 2001, с. 114.

[2] Вж подробно Стоянов, Д. Правна защита на добросъвестния приобретател на движими вещи "a non domino" – необходимост от хармонизация на уредбата в Европейския съюз". – В: Научни трудове на Институра за държавата и правото. Том X. С., БАН, 2015, с. 272.

[3] Стоянов, Д. Придобивният способ по чл. 78 ЗС, С., Сиела, 2016, с. 113.

дица проблеми и в българското право (хипотезата на порок във формата по чл. 70, ал. 1 ЗС)[1].

Използвана литература

1. Горбатов, К. А. Элементы добросовестного приобретения права собственности. Достъпна онлайн на адрес: http://www.yurlov.ru/documents/en/S11_eng.html.
2. Калинков, С. Първични придобивни способи на субективни вещни права по законодателствата на Република България и Русия.- В: Сборник доклади от научно –практическата конференция, посветена на живота и делото на проф. д-р Георги Боянов. Р., 2016, достъпен на адрес: https://www.uni-ruse.bg/Faculties/YUF/SiteAssets/conferences/ %d0%a1%d0%91%d0%9e%d0%a0%d0%9d%d0%98%d0%9a%20-%202015.pdf.
3. Недев, Д. Валидност и годност на правното основание при порок във формата (чл. 70, ал. 1, пр. 2 ЗС), В: Правни и икономически проблеми в съвременната бизнес среда. Сборник доклади от докторантска научна конференция. С., ИК-УНСС, 2016.
4. Петкова, Цв. Придобиване по давност на недвижими имоти. С., НБУ, 2015.
5. Рудоквас, А. Д. Добросъвестность владения и приобретательная давность: mala fides super venies nonimpedit usocapionem. – В: Тузов, Д. О. (ред.) Вещные права: система, содержание, приобретение. Сборник научных трудов в честь проф. Б. Л. Хасельберга. М., Статут, 2008.
6. Рудоквас, А.Д. Приобретательная давность и давностное владение, автореферат на дисертационен труд. СПб, 2011, достъпен на: http://www.dissercat.com/content/priobretatelnaya-davnost-i-davnostnoe-vladenie.
7. Ровный, В. В. Переработка добросовестная и недобросовестная. – В: Тузов, Д. О. (ред.) Вещныe права: система, содержание, приобретение. Сборник научныx трудов в честь проф. Б.Л.Хасельберга. М., Статут, 2008.
8. Стоянов, Д. Правна защита на добросъвестния приобретател на движими вещи "a non domino" – необходимост от хармонизация на уредбата в Европейския съюз". – В: Научни трудове на Институра за държавата и правото. Том X. С., БАН, 2015.
9. Стоянов, Д. Придобивният способ по чл. 78 ЗС С., Сиела, 2016.
10. Сукарева, Зл. Добросъвестността и презумпцията за добросъвестност като принципи на облигационното право. В: Юбилеен сборник в чест на проф. Живко Сталев. С., Сиби, 2005.
11. Цончев, Кр. Подобренията. 2-ро изд. С., Софи-Р, 2001.
12. Черепахин, Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения, препечатка по: Черепахин. Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения. // Советское государство и право, 1940, № 4, с. 51–61, достъпна на http://civil. consultant.ru/elib/books/22/page_15.html#7.

[1] По този въпрос вж. Недев, Д. Валидност и годност на правното основание при порок във формата (чл. 70, ал. 1, пр. 2 ЗС), В: Правни и икономически проблеми в съвременната бизнес среда. Сборник доклади от докторантска научна конференция. С., ИК-УНСС, 2016, с. 58-69.

13. Шадрина, Н. К вопросу о понятии и значении приобретательной давности. – В: Тузов, Д.
14. О. (ред.) Вещные права: система, содержание, приобретение. Сборник научных трудов в честь проф. Б.Л.Хасельберга. М., Статут, 2008.
15. Miller, D., Carey, L. Good Faith in Scots Property Law. – In: Forte, A.D.M. (ed.) Good Faith in Contract and Property. Oxford – Portland Oregon, 1999.

СБЛЪСЪКЪТ ТЪРГОВСКА МАРКА – ТЪРГОВСКО ИМЕ

ас. д-р Христина Атанасова,
катедра "Международно право и право на ЕС",
ЮФ на УНСС,
xt_atanasova@abv.bg

Резюме

Името на търговеца и търговската марка са основните отличителни белези при реализацията на търговска дейност, чрез които един търговец се отличава от друг, както и стоките и услугите, предлагани от даден търговец, се различават от стоките и услугите, предлагани от друг търговец. Колизията между двата белега фирма – марка възниква тогава, когато едно търговско име е регистрирано, а под същото вече е регистрирана и марка, но принадлежаща на друг търговец или обратното.

Ключови думи: сблъсък, търговско име (фирма), търговска марка, законодателна уредба

Summary

The name of the trader and the trademark are the main distinguishing features of a commercial activity through which a trader differs from another, as the goods and services offered by a trader differ from the goods and services offered by another trader. The collision between the trade name – mark occurs when a trade name is registered but under the same name is already registered a brand but belongs to another trader or inverse.

Key words: conflict, trade name (firm), trade mark (brand), legislation

Фирмата и марката са самостоятелни обекти на правото на индустриална собственост. Общото между тях е, че и двете са нематериални блага и имат регламентация на означения, с които се индивидуализират търговците или стоките или услугите на лицата. Общото също така е че и правото на фирма и правото на марка са абсолютни и изключителни права. В международно отношение са известни случаи, при които едни и същи означения стават известни и като фирма и като марка. Такива са Coca-cola, Sony, Philips. Това са търговски имена, които са регистрирани и като марки.

Дотук свършват общите характеристики между двете. Различията между търговското име и марката се открива в законодателната уредба.

На първо място – различната законодателна уредба. Уредбата на фирмата се съдържа в Търговския закон (ТЗ), а уредбата на марка – в Закона за марките и географските означения (ЗМГО).

На второ място фирма е задължен да има всеки търговец, докато марка може да регистрира всяко лице било то физическо или юридическо, притежаващо или не търговско качество. Всеки търговец е длъжен при регистрацията си да посочи своето търговско име, с което ще се индивидуализира в оборота. Такова задължение (за

регистрация на марка) не тежи върху лицата, предлагащи стоки или реализиращи услуги.

На трето място един търговец може да има само едно търговско име, докато броят на притежаваните марки от едно лице е неограничен.

На четвърто място всеки търговец е длъжен да регистрира фирма и да я използва в търговската си кореспонденция, докато регистрацията на марка е право на лицето.

На пето място преди вписването на търговеца в търговския регистър и възникването му като правен субект фирмата може да бъде запазена в продължение на 6м., докато марката не може да бъде запазвана. Специфична уредба за марката е правото на приоритет при подаване на заявката за регистрация на марка. Приоритетът е два вида – изложбен и конвенционен. Той също е обвързан със срок, в който може заявителят да се позове на него – 6 м. Позовавайки се на приоритета сила ще има приоритетната дата, а не дата, на която е подадена заявката. При регистрацията на марката нейната закрила (10г. срок) започва да тече не от решението на ПВ за регистрация, а от датата на заявката, съответно приоритетната дата. Запазването на фирмата не е основание за регистрация на търговеца. Запазената фирма е предпоставка друг търговец да не може да регистрира същото търговско име. След изтичане на 6м. и нерегистриране на запазилия я търговец, името се счита за свободно и може да всеки друг търговец да го заяви за свое.

На шесто място неупражняването на дейност под дадена фирма не е основание за дерегистрацията ѝ, докато неизползването на марка в определен период от време е основание за заличаването ѝ.

На седмо място основната функцията на фирмата е да отличава търговците един от друг, докато марката отличава стоките или услугите на дадено лице от стоките или услугие на друго лице, т.е. фирмата се отнася до субекта, докато марката се отнася до обекта.

На осмо място фирмата подлежи на вписване в специален регистър (търговския регистър, воден от АВ), докато марката се вписва в регистър на ПВ, за марка на Общността – в регистър на ВХВП, а международната марка – в Международното бюро на СОИС. Парижката конвенция в чл. 8 допуска търговското име да се закриля във всички държави на съюза без задължението да се подава заявка за регистрация, без оглед на това дали образува или не част от търговска марка. Докато закрилата на марка възниква с регистрацията ѝ.

На девето място – фирмата е словесно обозначение, докато марката е знак. Съгласно чл. 7, ал. 1 от ТЗ – фирмата е наименование (преди всичко) на търговец. Под това наименование той упражнява занятието си и се пописва. Съгласно чл. 9 от ЗМГО – марката е знак (преди всичко). Този знак трябва да има отличителна функция, т.е. способства да се отличават стоките или услугите на едно лице от тези на други лица. Важно условие за регистрацията на знак като марка е възможността му да може да се представя графично. Чл. 9 в изр.2 от ЗМГО определя кои знаци могат да бъдат регистрирани като марки. Такива са думи (също и имена на лица), букви, цифри, рисунки, фигури, формата на стоката или на нейната опаковка, комбинация от цветове, звукови знаци и законодателят завършва с обобщението, че всякакви комбинации от така изброените знаци също може да се регистрира като марка. В

категорията думи може да се включи и фирмата като словесно означение на търговеца, но без добавката за вида на търговеца.

На десето място фирмата има задължително и факулативно съдържание, докато марката не е ограничена съдържателно. Задължителното съдържание на фирмата се свежда до: фирмата трябва да се изписва на български език (може да бъде изписана и на чужд език като допълнение); фирмата трябва да отговаря на истината и да не въвежда в заблуждение, да не накърнява обществения ред и морала; фирмата трябва да е уникална и да не съвпада с регистрирана фирма на друг търговец; клонът на търговец или на чуждестранно юридическо лице има своя фирма. ЗМГО допуска съществуването на сходни марки, които поради различие на предлаганите стоки или услуги не съществува вероятност за заблуждение на потребителите.

На следващо място за видове фирми не може да се говори (може да се разграничават видове търговци), докато ЗМГО дефинира различни видове марки (търговски марки, мари за услуги, колекивни и сертификатни марки).

Дванадесета разлика – фирмата е елемент от търговското предприятие. Прехвърлянето на търговското предприятие води до прехвърляне и на фирмата (непрехвърлянето ѝ е нужно да бъде изрично писмено уговорено). При прехвърляне на предприятие е налице универсално правоприемство, което означава че не се прехвърлят само тези права, задължения и фактически отношения, които са изрично посочени в договора. Следователно фирмата няма да бъде прехвърлена, ако бъде изрично изключена. Това правило не се отнася за марката. Тя може да се прехвърля независимо от търговското предприятие. Марката може да бъде предмет на особен залог, може да бъде обект на обезпечение по предявен или бъдещ иск, а също така се включва и в масата на несъстоятелността.

Тринадесета разлика – закрилата на фирмата е докато не бъде заличена от търговския регистър, т.е. не е обвързана със срок, закрилата на марка е 10г. като този срок може да бъде подновяван неограничен брой пъти за по 10г., т.е. марката ще бъде пререгистрирана токлова пъти колкото е необходима на притежателя ѝ.

Следваща разлика – фирмата не може да бъде предмет на договор за лицензия, докато основният договор, с който може да се прехвърли използването на марката от едно лице на друго лице е именно лицензията, която по правило е неизключителна, но при изрична уговорка може да бъде и изключителна.

На петнадесето място използването на фирмата от друг търговец е акт на нелоялна конкуренция, докато използванео на марката не представлява такова нарушение.

На последно място и като последна разлика защитата на двете се свежда до следното:

- Гражданскоправната защита на фирмата е уредена в чл. 11, ал. 2 от ТЗ и чл. 35, ал. 2 от ЗЗК; административноправната защита се съдържа в глава XX "Административнонаказателни разпоредби" от ТЗ и глава VII "Забрана за нелоялна конкурния" от ЗЗК; липсва наказателноправна защита.

- Гражданскоправната защита на марката е уредена в ЗМГО, където са предвидени три иска – установителен, осъдителен за преустановяване на нарушението и осъдителен за вреди. Тези искове могат да се кумулират с други два иска – за пре-

работка и унищожаване на предмета на нарушението и иск за публикуване на решението на съда в два всекидневника за сметка на нарушителя. Административноправната защита обхваща производството по установяване на административни нарушения на права върху марки и налагането на наказания на техните нарушители, от една страна, и средствата за защита на правата на участниците в производствата пред ПВ, свързани с признаването, отмяната или заличаването на права върху марки, от друга страна. Уредбата се съдържа в чл. 42 и следващите от ЗМГО. Марката може да бъде защитиена и чрез наказателноправна защита съгласно чл. 227 от НК, а също така са предвидени и мерки за граничен контрол. Съставомерното деяние за наличие на наказателноправна отговорност е марката да се използва в търговската дейност без съгласието на нейния притежател. За разлика от аминистративнонаказателната отговорност, наказателната не включва имитацията на марка. Мерките за граничен контрол (чл. 78 – 80 от ЗМГО) са свързани с вноса и износа на стоки през граница с регистрирана търговска марка върху тях без съгласие на нейния притежател или нейна имитация.

В чл. 26, ал. 3, т. 6 от ЗМГО през 2005 г. (ДВ, бр. 43) е възприета изцяло нова уредба относно заличаването на вече регистрирана марка. Текстът предвижда като едно от основанията за заличаване регистрацията на марка наличието на по-ранно право върху фирма на друго лице, когато марката 1.се състои или съдържа фирма и 2.фирмата е регистрирана и използвана в РБългария преди датата на подаване на заявката за регистрация 3.във връзка с идентични или сходни стоки или услуги. По този начин по категоричен начин се забранява чужда фирма да бъде недобросъвестно регистрирана и след това използвана като марка с цел извличане на облаги от факта на известност на фирмата. Предпоставка за заличаването на вече регистрирана марка е идентичност или сходство между стоките или услугите, за които е регистрирана марката с тези, които се осъществяват от търговеца, регистрирал фирмата. При липсата на сходство регистрацията на марката няма да бъде заличена.

С изменението на ТЗ през 2011 г. (ДВ, бр. 34) е приета новата ал. 5 на чл. 7 от ТЗ, която предвижда фирмата да не бъде идентична или сходна със защитена марка. Законодателят допуска такова сходство или идентичност при наличието на права от страна на търговеца върху марката.

Сравнението между двете уредби се свежда до две хипотези. Първата – заличаване на вече регистрирана марка, когато марката се състои или съдържа фирма; фирмата е била регистрирана или използвана преди регистрирането на марката и като последен елемент – идентичност или сходство между стоките или услугите, за които е регистрирана марката със стоките или услугите, които се явяват предмет на дейност на търговеца, регистрирал фирмата. Втората хипотеза се свежда до забраната да не се регистрира фирма, която е сходна или идентична със защитена марка. Т.е. не може да се регистрира марка, ако има вече регистрирана фирма и не може да се регистрира фирма, ако има регистрирана марка. Разбира се от това правило има и изключения. Регистрацията на марката няма да се заличи, ако няма сходство между стоките и услугите на марката и на фирмата; фирмата ще се регистрира, ако търговецът има права върху защитената марка. Въпросите, които се поставят при тълкуването на двете разпоредби са: Какво означава защитена марка? Кой е органът

който ще следи за наличието на сходство или идентичност? Какви са критериите за сходство или иденичност? Тъй като фирмата е само словесно означение, то сходство ще има когато марката се състои само от думи. Фирмата, освен предписаното от закона необходимо съдържание може да включва означение за предмета на дейност, участващите лица, както и свободно избрана добавка. Всичко това в голямата си част се оказва от категорията на абсолютните основания за отказ на регистрация на марка. ЗМГО не борави с понятието защитена марка. Такава дефиниция липсва и в допълнителните разпоредби на ТЗ. Под защитена марка би могло да се разбира марка, която е регистрирана. Органът, който извършва регистрация на марките е ПВ, а регистрацията на търговеца и неговото търговско име се осъществява от АВ. Общото между двата обекта е че регистрацията им е административна, но в различни регистри между които липсва връзка. При регистрацията на търговец проверката за идентичност или сходство между фирмата и марката може да се осъществява от длъжностното лице по регистрацията чрез справка в сайта на ПВ, може да се предвиди подаване на декларация от заинтересуваното лице, но е възможно и чрез издаване на удостоверение от ПВ по искане на заинтересованото лице. В първия вариант преценката за наличие на сходство или идентичност между марка и фирма принадлежи на длъжностното лице по регистрацията, която преценка е нужно да бъде осъществена до края на работния ден, т.к. съгласно ЗТР търговците се вписват като правни субекти до приключване на работния ред. При втория вариант (подаване на декларация за липса на сходство или идентичност) преценката е поставена в пределите на субективните възможности на заявителя (управителят на ООД ще трябва от свое име да подаде такава декларация), а от чие име ще се подпише декларацията, когато търговецът няма задължителни органи за управление. Последният вариант ми е струва най-удачен – преди подаване на заявлението за регистрация, заинтересованото лице да поиска от ПВ да извърши служебна проверка за сходство или идентичност на избраното търговско име и регистрирана марка. Нужно е обаче това искане да бъде обвързано със срок за бързина и като второ условие фирмата да бъде запазена, т.к. съществува риск същата фирма да бъде запазена от друг търговец и справката да покаже липса на сходство.

Недоумение буди уредбата регистрация на фирма при наличие на сходство или идентичност с марка, при условие че търговецът има права върху марката. Последователността, която практиката е наложила е първо да се регистрира търговец и след това марка. Изключението може да се отнася само до лице, което е притежател на марка и след това се впише като ЕТ. Законът обаче говори за търговец, който има права върху марка. Това означава, че той вече е вписан с конкретно име и след това е регистрирал марка. Следователно съществуването на тази разпоредба е практически неприложимо.

ЗМГО допуска съществуването на идентични марки за идентични стоки, т. нар. търпимост. Ако в продължение на 5г. последователни години притежателят на право върху по-ранна марка е търпял използването на по-късна марка, знаейки за това използване, той няма право да иска заличаване на регистрацията или да се противопостави на използването на по-късната марка на основание на по-ранната си марка по отношение на стоките или услугите, за които по-късната марка е използвана

(освен ако заявката за регистрация на по-късната марка е подадена недобросъвестно). Така се стига до абсурдна ситуация, при която законът допуска съществуването на сходни марки, но не допуска търговец да има фирма, сходна с по-ранна марка, независимо, че този търговец има предмет на дейност, който изобщо не е свързан с предлагане на стоки или услуги, за които марката е регистрирана. Очевидно е, че идентичността и сходството са механично пренесени от ЗМГО в ТЗ.

В обобщение отказ да се регистрира фирма е налице само когато при направената справка се установи, че под същото словно обозначение има регистрирана словна марка. Може да се предвиди и промяна на уредбата за заличаване регистрацията на марка, като се приеме извършването на предварителна справка за регистрирана фирма, а не да се иска последващо заличаване. ПВ предоставя услуга за извършване на справка само за сходство и идентичност между заявена и по-ранна марка. По мое мнение и двете разпоредби търпят промени с цел синхронизиране на производствата по регистрация на марка и на фирма. Би било удачно да се предвиди, че сходство може да има при словна марка. Нужно е да се конкретизира и органът, който ще е компетентен да извършва справката за сходство или идентичност.

Използвана литература

1. Драганов, Ж. Правен режим на означенията, С., 2006.

2. Неделчева, Б. Драганов, Ж и др. Измененията в правната уредба на фирмата – тревоги, сп. Търговско право, бр.2/2011, с. 49 – 58.

ПРАВОТО НА СПРАВЕДЛИВ ПРОЦЕС, СИЛАТА НА ПРЕСЪДЕНО НЕЩО И ПРИНЦИПЪТ "ВЪЗМОЖНОСТ ЗА НЕУЧАСТИЕ" В ПРОИЗВОДСТВО ПО КОЛЕКТИВЕН ИСК ЗА ВРЕДИ

ас. Ивайло Йосифов,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ, Русенски университет "Ангел Кънчев",
fireandwater@abv.bg

Резюме

С влизане на действащия ГПК[1] в сила бяха създадени общи правила за разглеждане на колективните искове. В приложното поле на уредбата попаднаха единствено исковете за защита на накърнения колективен интерес. Поради липсата на специална регламентация, на разглеждане по този ред ще подлежат и исковете по чл. 189 от ЗЗП за репариране на причинените на потребителите индивидуални вреди. Той обаче не отразява спецификите на колективните искове за вреди и не съответства на стандартите в тази област както в ЕС[2], така и в САЩ[3]. Конституирането на увредените ищци при прилагане на принципа "възможност за неучастие", непълнотата на уредбата досежно разгласяването на иска и изключването в чл. 386, ал. 4 от ГПК на възможността да се иска отмяна на влязлото в сила решение по колективния иск поставят въпроса дали на неучаствалите, но обвързани от силата на пресъдено нещо потребители е гарантиран справедлив процес в съответствие с чл. 47 от ХОПЕС и чл. 6, § 1 от ЕКПЧ.

Ключови думи: колективен иск за вреди,"възможност за участие", "възможност за неучастие", право на справедлив процес, сила на пресъдено нещо.

Summary

With the entry into force of the current CPC common rules have been established for dealing with collective actions. Within the scope of these rules, only actions for protection of the impaired collective interest have been covered. Due to lack of specific regulation, the actions under Article 189 of the CPA for the reparation of individual damages caused to consumers should also be dealt with under the said procedure. However, it does not reflect the specificities of collective actions for damages and does not comply with the standards in this field, both in the EU and the United States. The constitution of the injured claimants under the opt-out principle, the inadequacy of the provisions regarding the dissemination of information about the action and the exclusion in Article

---

[1] Обн., ДВ, бр. 59 от 20.07.2007 г., в сила от 1.03.2008 г., глава тридесет и трета "Производство по колективни искове"

[2] Препоръка на ЕК от 11.06.2013 г. за общи принципи на механизмите за колективни искове за преустановяване на нарушения и колективни искове за обезщетение в държавите членки, свързани с нарушения на правата, предоставени съгласно правото на Европейския съюз

[3] Правило 23 от Федералните правила за гражданско съдопроизводство (Federal Rules of Civil Procedure)

386 (4) of the CCP of the possibility for the consumers who did not participate in the proceedings but were bound by the judgment's res judicata to seek reopening raises the question of whether a fair trial, in accordance with Article 47 of the CFREU and Article 6 § 1 of the ECHR, was guaranteed to these consumers.

Key words: collective action for damages, opt-in, opt-out, right to a fair trial, res judicata.

С текстовете на чл. 130 – чл. 142 от Закона за защита на потребителите (ЗЗП) и съгласно изричната разпоредба на § 13а, т.8 от ДР на същия закон (ДВ, бр. 64 от 07.08.2007 г.) в националното ни право бяха транспонирани правилата на Директива 85/374[1]. Предмет на така създадената правна уредба е отговорността на производителя, а при определени условия на доставчика (дистрибутор или търговец), за имуществените вреди, причинени на потребителите от дефект на стока. Тази отговорност е деликтна и обективна по своя характер. Ако увреденото лице е само едно, то процесуалното средство, чрез което то може да реализира отговорността на производителя, е предявяването на осъдителен иск за заплащане на обезщетение за претърпените вреди. Доколкото предмет на търсената от съда защита е именно осъждането на ответника да заплати обезщетение, а не установяването на вече извършени или преустановяването на последващи нарушения на правата на увредения потребител, искът ще подлежи на разглеждане по общия ред –арг. от чл. 310, ал. 1, т. 4 от ГПК.

Ако проявлението на дефекта в една и съща стока или пък в друга стока, но страдаща от същия дефект, произведена и пусната в обращение от същия производител,доведе до вреди за две или повече лица, те разполагат с възможността да предявят исковете си за общо разглеждане в рамките на едно производство. В този случай би се стигнало до субективното съединяване на техните претенции като в процеса увредените потребители биха имали положението на обикновени другари. Предявените права ще почиват на твърдения за общи за всички ищци факти, а именно увреждането им от стока, която страда от един и същ дефект и която е произведена и пусната в обращение от един и същ производител (чл. 215, т.2 от ГПК). По останалите въпроси, които са от значение за отговорността на производителя, материалноправното положение на увредените лица ще е различно.

В ситуация на масови вреди обаче, когато засегнати са един широк кръг лица, субективното съединяване на искове престава да бъде ефикасен инструмент за реализиране на разглежданата отговорност. Такива биха били случаите на вреди, причинени от стоки като храни или напитки, лекарствени продукти или медицински изделия и др.подобни[2]. Макар и чрез създаването на чл. 104, т.6 от ГПК (нова, ДВ. бр. 50 от 2015 г.) да бяха отстранени законовите пречки пред субективното съеди-

[1] Директива 85/374/ЕИО на Съвета от 25.07.1985 г. за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите-членки относно отговорността за вреди, причинени от дефект на стока

[2] В литературата често се цитират множеството случаи от 50-те и началото на 60-те години на XX век на малформации на крайниците (фокомелия) и други патологични изменения на плода в резултат на прием от бременни жени на медикамента талидомид (Thalidomide), предлаган под търговското наименование контерган и предписван против гадене

няване на искове с различна родова подсъдност, то в ситуация на вреди, причинени на стотици или дори хиляди потребители, съвместното разглеждане на исковете става практически невъзможно. Едва ли законодателят е има предвид именно ситуацията на масови вреди, когато с разпоредбата на чл. 210, ал. 2, изр.2 от ГПК (доп. ДВ, бр. 50 от 2015 г.), при наличието на връзка в предмета на исковете, е изключил дискреционната преценка на съда по въпроса дали съвместното им разглеждане би било значително затруднено. Всъщност в подобна хипотеза затруднението ще произтича пряко от големия брой на увредените ищци. Дори и исковете да бъдат разделени, то това на практика временно би блокирало работата на съда, който следва да ги разгледа и би могло да доведе до противоречие в постановените съдебни решения по въпроса за общите факти. Както при тяхното съединяване, така и при отделното им разглеждане, производството по исковете на увредените потребители ще се движи по общия ред, който като цяло не е добре адаптиран към необходимостта от участието като страна в производството на такава голяма група лица.

В посочената хипотеза процесуалният инструмент, който най-добре отговаря на тази необходимост, е предявяването на колективен иск за обезщетение по чл. 189 от ЗЗП. Текстът предвижда, че когато са причинени вреди на двама или повече потребители, сдруженията на потребителите могат да предявят от тяхно име иск пред съда за обезщетение на претърпените от потребителите вреди. Това право възниква при следните условия, които следва да бъдат кумулативно налице: потребителите да могат да бъдат установени, да са претърпели индивидуални вреди, причинени от един и същ производител, вносител, търговец или доставчик и вредите имат един и същ произход, както и сдружението на потребителите да е било упълномощено с изрично писмено пълномощно за процесуално представителство поне от двама потребители да заведе иск за обезщетение от името на тези потребители и да ги представлява в процеса.

Доколкото предмет на колективния иск по чл. 189 от ЗЗП са именно индивидуалните вреди, причинени на потребителите, се поставя въпросът дали към него ще е приложима процесуалната уредба по глава тридесет и трета "Производство по колективни искове" на ГПК. Даденият в съдебната практика отговор на този въпрос е отрицателен. Чрез уреденото в ГПК производство по колективни искове действително се дава защита единствено на накърнения колективен интерес. Съвкупността от увредените лични интереси на един неопределен, но определяем кръг от лица, не е равнозначна на интереса на колектива, чиито членове са тези лица. Това разграничение между съвкупността от индивидуалните интереси на членовете на увредения колектив и колективния интерес е проведено изрично в съображение второ от преамбюла на Директива 98/27/ЕО[1], където се предвижда, че "…*колективен интерес означава интерес, който не включва натрупването на интереси на отделни лица, които са засегнати от нарушение*". След отмяната на Директива 98/27/ЕО с Директива 2009/22/ЕО[2], това разграничение е още по-ясно изведено в съображение

[1] Директива 98/27/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 19.05.1998 г. относно исковете за преустановяване на нарушения с цел защита на интересите на потребителите.

[2] Директива 2009/22/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23.04.2009 г. относно исковете за преустановяване на нарушения с цел защита на интересите на потребителите.

трето от нейния преамбюл, според което "….*колективни интереси означава интереси, които не представляват обикновен сбор от интереси на отделни лица, които са засегнати от нарушение*".

Налице е пропуск от страна на националния ни законодател изрично да препрати по отношение на колективния иск за индивидуални вреди по чл. 189 от ЗЗП към уреденото в ГПК производство по колективни искове така, както в чл. 186, ал. 1 от ЗЗП е препратил към това производство във връзка с колективните искове за преустановяване или забрана на действия или търговски практики. В съдебната практика този пропуск е погрешно интерпретиран като въобще се отрича съществуването на колективен иск за присъждане на обезщетение за лични вреди. От принципно правилната изходна позиция, че наличието на няколко индивидуални притезания, които са заявени заедно поради идентичност на претърпените от отделните лица вреди, не обосновава колективен интерес по смисъла на чл. 379 от ГПК и че искът за обезщетение на вредите, причинени на колективния интерес не е иск за вредите, причинени на всяко от отделните лица, се прави погрешния извод, че ако не се касае до колективен интерес, то за предявеният иск ще са приложими не правилата за колективните производства по ГПК, а тези на общия исков процес[1].Приема се[2], че в ГПК са уредени само два вида колективни иска, които имат отношение към възможността за получаване на обезщетение за накърнени права: единият установителен и с решението по него със сила на присъдено нещо се установява деянието, неговата противоправност и вината на дееца (чл. 379, ал. 2 от ГПК). Ако този иск бъде уважен, то всяко увредено лице след това би могло да предяви личния си иск за обезщетение на претърпените от него вреди като ще следва да докаже единствено своята вреда и причинната връзка. Тук следва да се допълни, че исковете за тези лични вреди не могат да бъдат приети за съвместно разглеждане в производството по колективния иск за установяване на нарушението, доколкото ще подлежат на разглеждане по различен процесуален ред – арг. от чл. 210, ал. 1 от ГПК. Сочи се, че съществува и колективен осъдителен иск за вреди, но с решението по него се присъжда обезщетение не за претърпяната лична вреда, а за увредения колективен интерес (чл. 379, ал. 3, *in fine* от ГПК, чл. 188 от ЗЗП). Присъденото по него обезщетение служи не за компенсиране на претърпените от членовете на колектива индивидуални вреди, а се предоставя общо на увредените лица за отстраняване на последиците от нарушението или за създаването на условия такова нарушение да не бъде извършвано. Изразена е категоричната позиция, че не съществува трети вид колективен иск и по-специално иск за присъждане на обезщетение за лични вреди, което обезщетение в последствие да бъде разпределено между увредените.

Това разбиране не може да бъде споделено. Макар и да не защитава колективния интерес, искът по чл. 189 от ЗЗП също представлява средство за колективна защита, доколкото чрез него няколко лица могат да получат защита на нарушените си ин-

[1] Решение № 198 от 2.10.2013 г. на ВКС по гр. д. № 1420/2012 г., III г. о., ГК.

[2] Определение № 603 от 20.10.2011 г. на ВКС по гр. д. № 556/2011 г., IV г. о., ГК, определение № 456 от 15.07.2013 г. на ВКС по ч. гр. д. № 4140/2013 г., IV г. о. и др.

дивидуални права[1]. Освен това систематичното място на разпоредбата на чл. 189 от ЗЗП е в Раздел IV на глава девета "Потребителски спорове". Разделът неслучайно е озаглавен "Средства за колективна защита. Искове за преустановяване на нарушения и за обезщетение на потребителите". Очевидно е, че законодателят схваща иска по чл. 189 от ЗЗП като едно от средствата за колективна защита на потребителите, т.е. същият представлява именно колективен иск. В този смисъл е и дефиницията на понятието "колективен иск" по чл. 3, б."а" от Препоръката на ЕК от 11.06.2013 г., което понятиевключва и исковете за обезщетение за лични вреди. Допълнителен аргумент съставлява и обстоятелството, че ал. 2, ал. 3 и ал. 5 на чл. 189 от ЗЗП са отменени с влизането в сила на ГПК и конкретно с § 25 от ПЗР на същия. От направените при приемането на закона на второ четене изказвания от народните представители става ясно, че целта на новото уредено в ГПК колективно исково производство е да уеднакви уредбата на колективната искова защита по специалните закони, включително по ЗЗП. По изложените съображения следва да се приеме, че при разглеждането на иска по чл. 189 от ЗЗП съответно приложение ще намерят процесуалните правила за колективното исково производство, регламентирани в ГПК.

Тук следва накратко да бъде изяснена правната същност на колективния иск по чл. 189 от ГПК. Родовото понятие колективен иск включва следните две категории – групови и представителни искове. При груповите искове искът може да бъде предявен от две или повече увредени лица, които предявяват пред съда както собственото си материално право на обезщетение, така и това на останалите членове на увредения колектив, т.е. действат като техни процесуални субституенти. При представителните искове искът се предявява само от процесуалния субституент[2], който обаче няма качеството на увредено лице, а е винаги представителен орган – потребителска организация или публичен държавен орган.

В светлината на изложеното искът по чл. 189 от ГПК може да бъде определен като групов иск, но съчетан със задължително процесуално представителство в лицето на сдружението на потребителите, което го е предявило. При този иск е налице съчетание на типична процесуална легитимация с процесуална субституция, доколкото потребителите, които предявяват иска, чрез него предявяват пред съда освен собственото си материално право на обезщетение, така и това на един неопределен, но определяем кръг лица, претърпели индивидуални вреди със същия произход, причинени от същия производител или доставчик. От друга страна искът може да бъде предявен единствено от сдружение на потребителите, което е характерно за представителните искове, макар и при иска по чл. 189 от ЗЗП сдружението да действа не като процесуален субституент, а като пълномощник на ищцитепроцесуални субституенти. Процесуалната субституция в случая е под формата на процесуална суброгация. Увредените потребители, чието материално право е предявено от субституентите, не се конституират по служебен почин от съда в произ-

[1] Марков, М. Колективни искове за защита на потребителите. сп."Общество и право" 2007, кн.9.

[2] Градинарова, Т. "Процесуална легитимация в производството по колективни искове в българския граждански процес", Научни трудове на Русенския университет – 2015, т.54, серия 7, с. 69 – 73.

водството по делото, както е при процесуалното застъпничество – чл. 26, ал. 4 от ГПК. Те могат да бъдат конституирани в процеса, но само ако в определения от съда срок заявят, че желаят да участват в него – чл. 383, ал. 1, т. 1 от ГПК. Ако увредените потребители направят такова искане и бъдат конституирани в производството, то по отношение на тях ще се премине от процесуална суброгация към типична процесуална легитимация като страни. Ако обаче такова искане не бъде направено, то увредените потребители нямат да бъдат конституирани в производството по делото и съответно няма да имат качеството на страна по същото. Макар и да нямат това качество, те ще бъдат обвързани от силата на пресъдено нещо на решението по колективния иск. Според чл. 386, ал. 1 от ГПК решението има действие за нарушителя, лицето или лицата, предявили иска, *както и по отношение на тези лица, които претендират да са увредени от установеното нарушение и не са заявили, че желаят да осъществят защитата си самостоятелно в отделен процес*. И тъй като в този случай потребителите, които не са конституирани в производството, няма да имат обезпечено от закона право на участие в процеса, то те няма да имат право и да искат отмяна на решението по колективния иск по реда на чл. 304 от ГПК, в какъвто смисъл е и изричната разпоредба на чл. 386, ал. 4 от ГПК. Потребителят-процесуален субституент и неучастващият потребител, чието материално право е предявено в процеса, са обикновени, а не необходими другари, тъй като не е налице неделимост на спорното материално правоотношение, което по необходимост да налага решението да е еднакво спрямо всички другари (арг. от чл. 216, ал. 2, към която разпоредба препраща и чл. 304 от ГПК). Тази иначе привидно стройна правна конструкция повдига сериозни критики, доколкото тя не отговаря на стандартите в разглежданата област както на ниво ЕС, така и на тези в САЩ, където колективният иск (*class action*) намира широко приложение.

В началото следва да бъдат изяснени двата основни подхода по отношение на начина, по който представляваната група се конституира в производството по колективния иск. Първият от тях е т.нар."възможност за участие" (*opt-in*) и при него групата включва само онези увредени лица, които активно са се присъединили към нея и са заявили желание за участие в процеса. Вторият подход е т.нар."възможност за неучастие" (*opt-out*), при който групата се състои от всички лица, на които са нанесени вреди от същото или подобно нарушение, освен ако те активно се откажат от участие в процеса. При модела "възможност за участие" субективните предели на силата на пресъдено нещо ще обхващат само тези лица, които изрично са заявили желание за участие в производството, докато всички други лица, евентуално увредени от същото или подобно нарушение, са свободни да предявят индивидуалните си искове за вреди в отделно производство. И обратно, при модела "възможност за неучастие" силата на пресъдено нещо на решението се разпростира и по отношение на всички лица, които принадлежат към дефинираната посредством общия източник на вредите група, с изключение на тези, които изрично са заявили, че не желаят да участват в процеса. Моделът "възможност за участие" се използва в повечето държави-членки на ЕС, в които е предвидена колективна защита, докато моделът "възможност за неучастие" се използва освен в България, само в Португа-

лия, Нидерландия (при колективното уреждане на спора) и в Дания (по определени категории дела, заведени като представителни искове)[1].

Подходът "възможност за участие" дава гаранции, че участието на страните в съдебния процес е резултат от тяхно свободно взето решение. При нея размерът на претендираното от увредената група обезщетение ще може да бъде определен полесно, тъй като той ще се равнява на сумата по претенциите на всички увредени лица. При този подход от силата на пресъдено нещо няма да бъдат обвързани лица, които евентуално отговарят на условията, посредством които е дефинирана представляваната група, но които не са се присъединили към колективния иск. Обратно, при модела "възможност за неучастие" се поставя принципния въпрос за правото на потенциалните ищци на свободна преценка по въпроса дали желаят да предявят иск или не. От тази изходна позиция за автономията на волята на титуляра на материалното право по отношение на търсената съдебна защита се поставя под въпрос и основното предимство на принципа "възможност за неучастие", а именно улеснения достъп до съд за онези увредени лица, които поради незнание или поради малкия размер на вредите си не биха били мотивирани да предявят иск за тяхното репариране. Освен това при прилагане на принципа "възможност за неучастие" е възможно, въпреки наличието на изискването по чл. 189, ал. 1, т. 1 от ЗЗП, част от увредените лица да не могат да бъдат реално установени, за да участват в разпределението на присъденото обезщетение.

Отчитайки вероятното противоречие на конституирането на представляваната група при прилагане на принципа "възможност за неучастие" с конституционните традиции на мнозинството от държавите-членки, в чл. 21 от Препоръката от 11.06.2013 г. Европейската комисия изрично сочи, че в производството по колективния иск за обезщетение страната-ищец следва да се конституира въз основа на изричното съгласие на лицата, които претендират, че са претърпели вреди (на принципа "възможност за участие"). Посочено е, че всяко изключение от този принцип, по закон или по силата на съдебно решение, следва да бъде надлежно обосновано поради съображения за добро правораздаване. Такива съображения националният ни законодател не е изложил в мотивите към ЗЗП и ГПК. България не е изпълнила чл. 38 от препоръката, а именно да приложи посочените принципи в националната си система за колективна защита най-късно до 26 юли 2015 г.Макар съгласно чл. 288, § 5 от ДФЕС препоръките да нямат задължителен характер, то същите не са лишени от всякакъв правен ефект, доколкото "*…националните съдилища са длъжни да се съобразяват с тях, когато те допълват задължителни разпоредби на общностното право*"[2].

Ако въпреки Препоръката от 11.06.2013 г. България желае да запази възприетия принцип "възможност за неучастие" при конституиране на увредените ищци и по отношение на колективните искове за обезщетение, то в регламентираното в глава

---

[1] Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Европейския икономически и социален комитет и Комитета на регионите "Към европейска хоризонтална рамка за колективна защита", Страсбург, 11.06.2013, COM(2013) 401 final, с. 13 – 14.

[2] Попова, Ж. Право на Европейския съюз, София, 2015 г., с. 200 и т.18 от цитираното там решение от 13.12.1989 г. на Съда на Европейския съюз по дело C-322/88.

тридесет и трета от ГПК производство ще са необходими някои изменения, за да бъде гарантирано правото на справедлив процес на неучастващите в производството, но обвързани от силата на пресъдено нещо потребители в съответствие с чл. 47 от ХОПЕС и чл. 6, § 1 от ЕКПЧ. Подобни изменения биха били наложителни и във връзка с принципа за засилена закрила на потребителите, намерил израз в редица разпоредби от първичното право на ЕС, в това число чл. 4, § 2, б."е", чл. 12, чл. 114, § 3, чл. 169 от ДФЕС, чл. 38 от ХОПЕС, конституционно закрепен и в чл. 19, ал. 2 от Конституцията на Република България.

Според чл. 380, ал. 2 от ГПК в исковата молба, с която се предявява колективния иск, се посочва и начинът, по който се предлага да бъде разгласено предявяването му. По предложения начин за разгласяване на иска съдът изслушва становищата на страните в открито заседание. След изслушването на страните съдът определя подходящ начин за разгласяване на предявяването на иска и конкретно колко съобщения, чрез кои медии и в продължение на колко време трябва да бъдат направени, както и подходящ срок след разгласяването, в който увредените лица могат да заявят, че ще участват в процеса или ще осъществят защитата си самостоятелно – чл. 382, ал. 2 от ГПК. Определението по тези въпроси подлежи на обжалване с частна жалба.

За сравнение, съгласно правило 23 (c) (2) от Федералните правила за гражданско съдопроизводство на САЩ, при колективните искове за индивидуални вреди по правило 23(b)(3), по които при конституирането на представлявания клас (група) лица също е възприет подхода "възможност за неучастие", съдът е длъжен "… *да отправи до членовете на класа най-доброто възможно според обстоятелствата съобщение, включително индивидуални съобщения до всички членове, които могат да бъдат идентифицирани посредством разумни усилия. Известието трябва да указва кратко и ясно, на обикновен и лесно разбираем език естеството на иска, начина, по който е определен класа, заявените от класа твърдения, оспорвания или възражения, че членът на класа може да се представлява от пълномощник, ако желае това, че съдът ще изключи от класа всеки член, който поиска изключване, срока и начина, по който следва да бъде поискано такова изключване и обвързващия ефект на решението по колективния иск по отношение на членовете съгласно правило 23(c)(3)*".

Върховният съд на САЩ[1] приема, че уведомяването на членовете на увредения клас чрез публикация в местен вестник би било адекватно само по отношение на тези от тях, чието местонахождение, при полагане на разумна грижа, не може да бъде установено. В същото време обаче съдът приема, че този начин на разгласяване на иска не е достатъчен, за да бъдат адекватно защитени интересите на установените по делото членове на класа, чието местоживеене е известно. В решаващите си съображения (*ratio decidendi*), които съгласно доктрината *stare decisis* в прецедентното право имат задължителна сила за щатските съдилища, както и за долустоящите федералните съдилища, Върховният съд на САЩ приема следното: "*Изключенията в името на необходимостта не отменят правилото, че съобщението, в рамките на практически осъществимото, трябва да бъде такова, че разумно да*

[1] Mullane v. Cent. Hanover Bank&Trust Co., 339 U.S. 306, 315 (1950).

се очаква то да достигне заинтересованите страни. Когато имената и пощенските адреси на засегнатите от производството лица са на разположение, то изчезват причините да се прибягва до средства, чрез които е по-малко вероятно те да бъдат уведомени за неговата висящност, в сравнение с изпращането на съобщение по пощата".

В друг свой прецедент[1] съдът отново сочи, че като общо правило "... *съобщението чрез публикация не е достатъчно по отношение на лице, чието имена и адрес са известни или лесно установими*". Възприето е виждането, че посочения начин на разгласяване на иска представлява лош заместител на изпратеното по пощата индивидуално съобщение, а оправдаването на неговото използване, в най-добрия случай, би било трудно.

Съдът е имал възможност да се произнесе[2] и по въпроса дали ако членовете на увредения клас, макар и установени по делото и с известен адрес, са изключително многобройни (в разгледания случай те са били 2 250 000 души), то изискването за изпращане на индивидуално съобщение до всеки от тях продължава да е приложимо, предвид значителния размер на разходите за изпращането им. В цитираното решение се приема че, макар и разходите по изпращането на индивидуални съобщения до всички членове на гласа да се явяват непосилни за жалбоподателя, чиито иск е с цена само от 70 долара, както и че никой от евентуалните членове на класа не е претърпял вреди на достатъчно висока стойност, за да може оправдано да се счита, че би предявил иска си в отделно производство, това не води до освобождаването на ищците от задължението за изпращане на индивидуално съобщение до всички установими членове на класа. Сочи се, че не се касае до въпрос на свободна преценка на съда, а до недвусмислено изискване на закона – на правило 23 от Федералните правила за гражданско съдопроизводство. Приема се също така, че липсата на индивидуално съобщение до всички членове на класа не може да бъде санирана чрез адекватното и добросъвестно представителство на техните интереси от ищците, доколкото тези две изисквания следва да бъдат едновременно налице.

Обобщавайки своята по-раншна практика[3], Върховният съд на САЩ отново подчертава, че всеки член на класа трябва да получи съобщение за предявения колективен иск като му бъде осигурена възможността да бъде изслушан и да участва в производството, било лично или чрез представител. Съобщението трябва да бъде най-доброто възможно според обстоятелствата и неговото съдържание следва да е такова, че да запознае заинтересованите страни с висящността на иска и да им предостави възможност да изложат своите доводи пред съда. Допустимо е също така неучаствалият в производството, но обвързан от силата на пресъдено нещо член на колектива, да се иска преразглеждане на влязлото в сила решение по колективния иск спрямо него (т.нар. *collateral attack*) на основание неадекватността на избрания

---

[1] Schroeder v. City of New York, 371 U.S. 208 (1962)

[2] Eisen v. Carlisle&Jacquelin, 417 U.S. 156, 164 (1974)

[3] Phillips Petroleum Co. v. Shutts,472 U.S. 797 (1985)
По въпроса за изискванията към съобщението до отсъстващите членове на класа вж. подробно Class Actions Under Federal Rule 23(B)(3) – the Notice Requirement, 29 Md. L. Rev. 139 (1969), на разположение на: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol29/iss2/5

способ за разгласяване на предявяването на иска[1]. Изведените в прецедентите на Върховния съд на САЩ стандарти за разгласяването му и за възможността да се иска преразглеждане на постановеното решение поради допуснатите при това нарушения са обосновани с изискването за справедлив процес (*procedural due process*) по петото и четиринадесетото изменение на Конституцията на САЩ.

Основанията за подобно преразглеждане напомнят на тези за отмяна на влязло в сила решение по чл. 303, ал. 1, т. 5 от ГПК, доколкото са свързани с нарушаване на съответните правила за разгласяване на предявяването на колективния иск, в резултат на което увредения член на класа е бил лишен от възможност да участва в делото лично или чрез представител. По националното ни право обаче неучаствалият в процеса потребител няма да може да иска отмяна на това основание, тъй като той няма да има качеството на страна в производството, макар да е обвързан от решението. Както беше посочено, той не може да иска и отмяна на основание чл. 304 от ГПК. В литературата[2] подобно изключване на възможността за отмяна се обяснява с това, че след разгласяването на предявения колективен иск всички увредени от нарушението лица са научили за делото и са могли да преценят какво точно поведение да имат. Изтъква се, че ако законът би приел обратното на приетото в чл. 386, ал. 4 от ГПК, ще бъдат отворени вратите за многобройни и многократни опити за злоупотреба с процесуални права и би била минирана цялата идея на колективните искове. Всъщност обаче би могло да бъде намерено компромисно решение като се допусне отмяна на решението по колективния иск само в частта по отношение на увредения потребител, поискал отмяната, спрямо когото изискванията за разгласяване са били нарушени. Тъй като членовете на увредената група имат качеството на обикновени, а не на необходими другари, то няма да се налага решението да бъде отменяно спрямо всички лица, легитимирани като страни по спора, както е в типичните случаи по чл. 304 от ГПК[3].

Правото на справедлив съдебен процес предполага възможността засегнатото лице само да вземе информирано решение дали да предяви иск за защита на своето право, съответно да бъде обвързано от силата на пресъдено нещо на постановеното по този иск решение. При извършването на тази преценка увреденият потребител може да бъде заместен от процесуален субституент, но само при наличието на съответните процесуални гаранции, че той, като носител на предявеното материално право, е узнал или при полагане на дължимата грижа би могъл да научи за предявения колективен иск. Както беше посочено, тези процесуални гаранции са свързани преди всичко с адекватността на разгласяването на предявяването на иска, които следва да са съчетани и с възможността да се иска отмяна на влязлото в сила решение, когато разгласяването не отговаря на законовите стандарти. Съдът в Страсбург

---

[1] Tulumello, Andrew S. Whitburn, Mark, Res Judicata and Collateral Estoppel Issues in Class Litigation.A Practitioner's Guide to Class Actions. На разположение на: http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/TulumelloWhitburnResJudicataandCollateralEstoppelIssues.pdf.

[2] Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова и др. Българско гражданско процесуално право, София, 2012 г., с. 779 -780.

[3] Пак там, с. 676.

приема, че изискванията на член 6, § 1 от ЕКПЧ по отношение на дела, свързани с граждански права, са по-необременителни, отколкото тези, свързани с наказателни обвинения[1]. Това обаче не означава, че по граждански дела гаранциите за справедлив процес не съществуват. Макар и протичането на производството в отсъствието на страната да не е само по себе си несъвместимо с чл. 6 от Конвенцията, то би бил налице отказ от правосъдие, когато лице, осъдено задочно, не може впоследствие да поиска възобновяване на производството, ако не е било установено, че то се е отказало от своето право да присъства и да се защитава [2]. Отказът от право на лично участие в процеса следва да е установен по недвусмислен начин [3]. Съдът в Страсбург отбелязва, че макар само по себе си уведомяването за съдебното заседание чрез представител да не е в нарушение на чл. 6 от ЕКПЧ, то ако лицето не е било лично уведомено за заседанието, ще е необходимо особено усърдие от страна на националния съд при преценката дали то се е отказало от своето право на лично участие. Това важи с особена сила за колективните искове, при които избраният от националния законодател способ за тяхното разгласяване чрез публикация в печатна или електронна медия не гарантира, че предявяването им е узнато от увредените потребители, за да може да се фингира, че липсата на изявление по чл. 383, ал. 1, т. 1 или т.2 от ГПК, е всъщност недвусмислен отказ от правото на лично участие в процеса. Този способ за разгласяване е особено неудачен, когато членовете на увредената група са известни или пък могат да бъдат лесно установени. При иска по чл. 189 от ЗЗП това условие винаги ще е налице, тъй като изискването увредените потребители да могат да бъдат установени, включително с оглед изплащане на евентуално присъденото им обезщетение, съставлява условие за допустимост на иска, предвидено в чл. 189, ал. 1, т. 1 от ЗЗП. Ако пък те не могат да бъдат установени посредством посочените в исковата молба обстоятелства, включването на които съставлява условие за нейната редовност по чл. 380, ал. 2 от ГПК, то искът ще се окаже недопустим и съответно няма да се постави въпросът за разгласяването му. Щом обаче бъде установена самоличността на членовете на увредения колектив, то за съда няма да представлява трудност да установи и техния постоянен и настоящ адрес с цел изпращане на индивидуално съобщение за предявения колективен иск, кратка информация за неговия предмет и указания за тяхното право да заявят, че ще осъществят защитата си самостоятелно в отделен процес, включително чрез извършване на служебна справка по реда на Наредба № 14 от 18.11.2009 г.[4] Разгласяването, макар и под контрола на съда, следва да се извърши от и на разноски на ищците, респ. от сдружението на потребителите, като техен процесуален представител – арг. и от т. 10 от Препоръката на ЕК от 11.06.2013 г. За тази цел тези сдружения получават и съответното държавно финансиране[5]. Ако сдружението не

[1] König v. Germany, 28 юни 1978 г., series A, № 27.
[2] Sejdovic v. Italy [ГК] № 56581/00, ECHR 2006-II, § 82.
[3] Kaya v. Austria, 8 юни 2006г.,ECtHR, № 54698/00, пар. 30 – 31.
[4] Наредба № 14 от 18.11.2009 г. за реда и начина за предоставяне достъп на органите на съдебната власт до Регистъра на населението – Национална база данни "Население".
[5] Наредба № РД-16-1117 от 1.10.2010 г. за условията и реда за предоставяне на финансови средства на представителните сдружения на потребителите от държавата.

притежава административния и финансов капацитет сериозно и добросъвестно да защитава увредените интереси на потребителите и да понесе тежестите, свързани с воденето на делото, включително разноските, то предявеният колективен иск би се оказал недопустим – чл. 381, ал. 1 от ГПК.

На увредените потребители следва да бъде предоставен и подходящ срок, в който да могат да заявят дали желаят да участват в процеса или ще търсят правата си чрез иск в отделен процес. De lege lata определянето на продължителността на този срок е предоставено на съда – чл. 382, ал. 2, т.2 от ГПК. Според чл. 21 и чл. 22 от Препоръката на ЕК от 11.06.2013 г. обаче лицата, които претендират, че са били увредени в същата ситуация на масова вреда, респ. всеки член на страната ищец, могат да се присъединят към страната ищец, респ. да я напуснат, по всяко време преди постановяване на съдебното решение. В този смисъл присъединяването, респ. напускането на представляваната група трябва да може да се извърши до приключване на съдебното дирене в първата инстанция.

В заключение следва да се посочи, че колективните искове за обезщетение на лични вреди понастоящем остават недобре разбрани от законодателя, което има за резултат отричането на тяхното съществуване в съдебната практика. De lege ferenda е наложително да бъде предвидено изрично препращане в чл. 189 от ЗЗП към правилата на глава тридесет и трета на ГПК, в чл. 382, ал. 2, т. 1 и т.2 от ГПК за тези искове да бъде предвидено изпращането на индивидуални съобщения до всички установими членове на колектива, както и възможността потребителите да заявят желание за участие или изключване от процеса до приключване на съдебното дирене в първата инстанция. Следва да бъде отменена разпоредбата на чл. 386, ал. 4 от ГПК като бъде допусната отмяна на влязлото в сила решение по колективния иск само по отношение на засегнатия потребител. Чрез посочените изменения страната ни би могла да отговори по-добре на очакванията към нея за гарантиране засилената закрила на правата на потребителите и осигуряване на ефективен достъп до правосъдие в случаите, когато тези права са накърнени в ситуация на масова вреда.

Използвана литература

1. Градинарова, Т. "Процесуална легитимация в производството по колективни искове в българския граждански процес", Научни трудове на Русенския университет – 2015, т. 54, серия 7, стр.69 – 73.

2. Марков, М. Колективни искове за защита на потребителите. сп."Общество и право" 2007, кн.9.

3. Попова, Ж. Право на Европейския съюз, София, 2015 г., с. 200.

4. Сталев, Ж., А. Мингова, О.Стамболиев, В.Попова и др. Българско гражданско процесуално право, София, 2012 г., с.779 -780.

5. Class Actions Under Federal Rule 23(B)(3) – the Notice Requirement, 29 Md. L. Rev. 139 (1969).

6. На разположение на: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol29/iss2/5

7. Tulumello, Andrew S. Whitburn, Mark, Res Judicata and Collateral Estoppel Issues in Class Litigation. A Practitioner's Guide to Class Actions. На разположение на: http://www. gibsondunn.com/publications/Documents/TulumelloWhitburn-Res Judicataand Collateral EstoppelIssues.pdf

РОЛЯТА И ЗНАЧЕНИЕТО НА СТИМУЛИРАЩИТЕ НОРМИ В ГЛАВА СЕДМА ОТ ОСОБЕНАТА ЧАСТ НА НАКАЗАТЕЛНИЯ КОДЕКС

ас. Мария Михайлова,
Институт за държавата и правото
при Българската академия на науките,
m.petrova_law@abv.bg

Резюме

В доклада е направена правна характеристика на стимулиращите (поощрителните) норми в българския Наказателен кодекс. Анализирани са стимулиращите норми в Глава 7 "Престъпления против финансовата, данъчната и осигурителната система" от Особената част на Наказателния кодекс. Разгледана е ролята и значението на стимулиращите норми от Глава 7 за охрана на финансовата, данъчната и осигурителната системи.

Ключови думи: Наказателно право, Стимулиращи правни норми, Престъпления против финансовата, данъчната и осигурителната система

Summary

The report makes a legal characterization of stimulating (incentive) legal norms in the Bulgarian Penal Code. The stimulating norms in Chapter 7 "Crimes against the financial, tax and social security system" in the Special Part of the Criminal Code are analyzed. The role and importance of the incentive rules of Chapter 7 for the protection of the financial, tax and social security systems are considered.

Key words: Criminal law, Stimulating (incentive) legal norms, Crimes against the financial, tax and social security system

При формирането на всяко гражданско общество, държавната власт е призвана да създаде необходимите законодателни механизми за защита на очаквания нормален ход на развитие на обществените отношения, включително съответна санкционна система, която да предвижда наказване на отклоняващото се поведение на определени членове на обществото, изразяващо се в накърняване на защитените правнозначими обществени ценности. Такава е функцията на наказателноправните норми, които определят кое девиантно поведение е престъпно и какво е съответното по тежест на него наказание, което ще подейства поправително на дееца и превантивно на останалите членове на обществото. Не всички обществени ценности, респ. не всички обществени отношения са обект на защита от нормите на наказателното право. Два са факторите, които обуславят необходимостта от наказателноправна закрила: първият е значимостта на защитаваната обществената ценност, респ. обществено отношение, а вторият е степента на накърняването ѝ/му с конкретното обществено неприемливо поведение. Създаването на всяко държавно фор-

мирование се крепи върху идеята за общността – отделният индивид се отказва от част от своята неограничена свобода и независимост в полза на държавното формирование, което създава строги правила за поведение на неговите членове. В този смисъл финансовата, данъчната и осигурителната системи, като надстроечни обществени отношения, се явяват в най-голяма степен въплъщение на идеята за социализацията, а нарушаването на нормалното функциониране на тези три системи би засегнало съществено фундамента на всяка държавна власт. Това разкрива висока степен на обществена опасност на увреждащите тези обществени отношения деяния, а законодателят следва да предвиди съответна наказателноправна защита. Такава защита в българския Наказателен кодекс е дадена в Глава седма "Престъпления против финансовата, данъчната и осигурителните системи" от Особената част.

Наказателна политика на държава за защита на финансовата, данъчната и осигурителната системи през последните две десетилетия беше изцяло подчинена на необходимостта, в условията на преход от планово към пазарно стопанство и свързаните с това промени в първичната правна регулация на финансовите отношения, на данъчното облагане и на осигурителните отношения, да бъде осигурена тяхната ефективна наказателноправната защитата. В редица случаи законодателят догонваше развитието на престъпността, което наложи да бъде извършена неколкократна ревизия на нормите на Глава седма от Особената част на Наказателния кодекс. В периода от 1997 г., когато с изменението на НК, обнародвано в ДВ, бр. 62 от 1997 г., е създадена новата Глава седма, именувана "Престъпления против финансовата система", до настоящия момент са извършени общо 42 законодателни промени на отделни наказателноправни норми с 12 законодателни акта от общо 68 изменителни актове за целия разглеждан период, т.е. законодателят е извършил преоценка на наказателноправната уредба на престъпленията против финансовата, данъчната и осигурителните системи в 17,65 % от случаите на предприети от него реформи на кодекса в изследвания период.[1] Представените данни показват, че законодателят е отделил специално внимание на динамиката на регулираните от нормите на Глава седма от Особената част на НК обществени отношения.[2]

При анализа на нормите на Глава седма от Особената част на НК прави впечатление широкото използване на привилегировани състави, наричани за целите на настоящото изложение стимулиращи (поощрителни) норми – общо седем, като едната е обявена за противоконституционна заедно с основния състав. За да се разбере правилно ролята и значението на привилегированите състави в Глава седма от

[1] Наказателен кодекс, обн. ДВ, бр. 26 от 2 април 1968 г., в сила от 1 май 1968 г., посл. изм. ДВ, бр. 85 от 24.10.2017 г. . Статистиката е извършена въз основа на данните от правноинформационна система АПИС: http://web.apis.bg/p.php?i=490430&b=0.

[2] По подробно относно степента на защита, която е отредил българския наказателен законодател на тези престъпления вж. Михайлова, М., Математически модел за определяне на йерархията на обществените ценности, защитени от българския Наказателен кодекс. Анализ на резултатите., в: Бобчеви четения:Правната наука в чест на юриста професор Стефан Бобчев. Юбилейна научна конференция, организирана по повод 160 години от рождението на проф. Стефан Бобчев, Издателски комплекс – УНСС, С., 2014 г., с. 147-148.

кодекса е необходимо да се анализира правната същност на стимулиращите норми в наказателното право.

Българската наказателноправна доктрина означава този вид правни норми с понятието привилегировани състави, разглеждайки ги на една плоскост с квалифицираните състави. Съгласно посочената квалификация това са състави на престъпления от Особената част на Наказателния кодекс, в които се предвижда по-тежко или по-леко наказание, отчитайки определени допълнителни признаци/елементи на престъплението спрямо основния му състав. При квалифицираните състави по правило тези допълнителни елементи са такива, които касаят някои особености при извършване на самото престъпно деяние – относно обекта на престъплението, относно начина на извършване на престъплението. При привилегированите състави се предвижда по-леко наказания при наличието на определени признаци, като тези признаци могат да касаят субекта на престъплението или неговото психофизическо състояние (напр. чл. 125 от НК), обективните признаци на престъплението (напр. чл. 147, ал. 2 от НК), т.е. касае се за признаци, свързани с особености при извършването на самото престъпно деяние, но освен това могат да бъдат и такива, която стоят извън обстоятелствата при извършването на престъплението – напр. проявено положително посткриминално поведение. Именно последните привилегировани състави са обект на анализ в настоящото изложение, като се означават от автора с термина стимулиращи (поощрителни) норми, доколкото тяхната правна природа следва да се търси не само на плоскостта на диференциране на наказателната отговорност при отчитане на специфични особености на престъпното деяние, оказващи съществено влияние върху обичайната степен на обществената му опасност, а преди всичко следва да се търси на плоскостта на необходимостта от съществуването на нормативни стимули, подпомагащи дейностите по пресичане и разкриване на сложните престъпления или такива, целящи възстановяването на увреденото обществено отношение по начин сякаш не е било увредено с престъпното посегателство. Предвид на това стимулиращите (поощрителните) норми биха могли да се разглеждат като вид привилегировани състави от Особената част на Наказателния кодекс, които разкриват някои специфични общи белези с оглед на особеностите на правната им природа и техните цели.

Нормативните стимули, които използва българският наказателен законодател, биха могли да бъдат групирани според това по отношение на кои лица са приложими, по отношение на кои престъпни деяния са предвидени такива стимули, както и по отношение на това какви са правните последици от прилагането на стимулиращата норма – дали отпада наказуемостта на деянието или се диференцира наказателната отговорност за него.

От една страна, наказателният законодател използва стимулиращи норми по отношение на онези лица, които стоят най-ниско в йерархията на престъпното сдружение или в самия механизъм на извършване на престъплението, т.е. касае се за случаи на усложнени престъпления, дейностите по разкриването и пресичането на които са съществено затруднени поради спецификите при организиране и осъществяване на престъплението. Целта на законодателя в тези хипотези е напълно ясна – да се противодейства на престъпната дейност на такова престъпно сдружение още

преди реално да са осъществени каквито и да било престъпни деяния. Използването на стимулиращи норми е съвсем нормален законодателен механизъм за разкриването и преграждането на по-нататъшното осъществяване на подобен род престъпления, извършвани от престъпни сдружения или извършвани с усложнена подготвителна дейност, при които правозащитните органи биха били значително затруднени в работата си, ако конкретни лица, участващи под една или друга форма в извършването на престъплението/ията, не проявят положително посткриминално поведение. Необходимо е обаче всеки един законодателен стимул за положително посткриминално поведение да бъде претеглен през призмата на обществената значимост на засегнатото от престъплението обществено отношение и от степента на лично участие на стимулирания деец в извършването на престъплението. Поради това и българският законодател регламентира такива нормативни стимули само по отношение на лицата, които поради това, че участват на най-ниско ниво в извършването на престъпленията, засягат с престъпните си деяния в най-малка степен защитената обществена ценност/обществено отношение. Това означава, че е допустимо да се предвиди нормативен стимул само по отношение на участниците в престъпното сдружение, но не и по отношение на организаторите и ръководителите на такова сдружение.

В Глава седма от Особената част на кодекса има една стимулираща норма от посочения вид – тази на чл. 253а, ал. 4 от НК, съгласно която не се наказва участник в сдружението по ал. 1 (престъпното сдружаване с цел извършване на престъплението "изпиране на пари"), който преди да е довършено изпирането на пари, преустанови участието си в сдружението или съобщи за него на властта.

За да се приложи тази поощрителна норма е необходимо на първо място да има престъпно сдружение, представляващо трайно и организирано сдружение между две или повече лица, създадено с цел извършването на престъплението "изпиране на пари".[1]

На следващо място, законодателят допуска извършването на изпълнителното деяние на престъплението "изпиране на пари" да е започнало, но то задължително трябва да не е довършено. За разлика от други подобни стимулиращи норми в Особената част на Наказателния кодекс, които допускат отпадането на наказуемостта на деянието, само ако участникът в престъпното сдружение е съобщил за него преди да е започнало извършването на престъплението, то тук законодателят допуска отпадането на наказуемостта на деянието и ако положителното посткриминално поведение е реализирано на един по-късен етап, след като е започнало извършването на престъплението, но преди то да е довършено. Това решение на законодателя следва да бъде подкрепено, тъй като самото престъпление "изпиране на пари", за извършването на което е създадено престъпното сдружение, като криминална характеристика изисква предприемането и извършването на по-сложен комплекс от действия, което позволява положителното посткриминално поведение да се прояви

[1] В този смисъл вж. още Пушкарова, Ива, Организирана и задружна престъпна дейност: престъпни сдружения, съучастие, предварителен сговор, необходимо съучастие, сп. "Теза", бр. 2/2012 г., с. 80-95.

и на един по-късен етап от започване осъществяването на изпълнителното деяние, но във всички случаи трябва да се прояви преди да е довършено престъплението.

Законодателят изисква кумулативното осъществяването на две конкретни деяние, в които следва да се изрази положителното посткриминално поведение на участника в престъпното сдружение за извършване на престъплението "изпиране на пари" – преустановяване на участието на лицето в сдружението и съобщаване на властите за сдружението. Законодателят поставя изискване тези две деяния да са налице кумулативно, за да намери приложение стимулиращата норма, но не поставя изискване относно това в каква последователност следва да се осъществят те. Допустимо е да се осъществят едновременно или последователно, като обичайно първо се осъществява отказът от участието на лицето в сдружението, а след това то съобщава на властите за сдружението. Но е възможно те да се осъществят и в обратната последователност – лицето първо да съобщи на властите за сдружението и след това да се откаже от участието си в него. Не на последно място, следва да се обсъди въпросът дали отказът от участие може да се осъществи само чрез действие или е допустимо да се осъществи отказ от участие и чрез бездействие? По мнението на автора е допустимо и второто, доколкото отказът от участие може да се изрази в неизвършването на определени действия съобразно разпределението на задачите между участниците в престъпното сдружение с намерение лицето да се откаже от участие в сдружението. Във втората хипотеза, която разгледахме по-горе, макар същата да е по-необичайна, а именно когато отказът от участие в сдружението се предхожда от съобщаването на властите за сдружението, по-вероятно и следващо естествения ход на събитията би било отказът да се осъществи чрез извършването на конкретни действия, а е чрез бездействие.

При тази стимулираща норма правните последици са отпадане на наказуемостта на престъпното деяние, изразяващо се в участие в престъпното сдружение за извършване на престъплението "изпиране на пари". Стимулиращите правни норми по своите правни последици биват такива, при които отпада наказуемостта на деянието и такива, при които се намалява наказуемостта на деянието, т.е. диференцира се наказателната отговорност за него спрямо основния състав. Предвид на това отпадането на наказуемостта на деянието като правна последица от осъществяването на състава на стимулиращата правна норма е най-благоприятният възможен нормативен стимул за проявено от извършителя на престъпното деяние положително посткриминално поведение.

От друга страна, стимулиращите правни норми, освен такива, които целят да се пресече извършването на престъплението или да се улесни неговото разкриване, също така биват и такива, с които се цели да се възстановят вредите от престъплението, т.е. да се минимизира степента на засягане на защитеното обществено отношение с престъпното деяние. Докато при първата категория стимулиращи норми законодателят поставя на първо място необходимостта да се спре и разкрие престъпната дейност, то при втората група стимулиращи правни норми законодателят цели да възстанови в максимална степен защитеното обществено отношение, което е засегнато с престъплението. Ето защо той предвижда нормативни стимули за дееца на престъплението, ако той възстанови увреденото обществено отношение по

начин сякаш деянието не е било извършено. Предвид на посочената особеност този вид стимулиращи норми не биха могли да намерят приложение при престъпленията, засягащи личността, нейния телесен интегритет и неприкосновеност, както и нейните основни права и свободи, тъй като при тези престъпления накърненото с деянието обществено отношение трудно би могло да бъде възстановено по начин сякаш изобщо не е било увреждано, като то по-скоро подлежи на репариране, на обезщетяване, а не на възстановяване. Ето защо този вид стимулиращи норми биха могли да намерят приложение само в областта на наказателноправна регулация на другите защитени под страх от наказание обществени отношения, които не засягат личната сфера на индивида, а засягат обществената надстройка.

При този вид стимулиращи наказателноправни норми вече се касае за извършено, за довършено престъпление, т.е. моментът до който е допустимо да се прояви правноревантно за стимулиращата норма положително посткриминално поведение е значително изтеглен по-напред във времето, вече не на стадия на извършване на престъплението, както беше при разгледания по-горе вид стимулиращи правни норми, а на стадия на разследването и наказването на вече извършеното престъпно деяние. Разбира се, този момент не е неограничен напред във времето, а обичайно той е фиксиран до момента на приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд. Аргументите за фиксирането на именно този момент са няколко. На първо място, фиксирането на този момент е свързано с естеството и характера на наказателния процес, т.е. моментът на релевантното положително посткриминално поведение следва да предхожда постановяването на първоинстанционната присъда, за да може да се отчете при постановяването на същата при зачитане на триинстанционния характер на производството. На второ място, необходимо е да се гарантира, че стимулиращата норма няма да се използва във вреда на правосъдието, накърняваща социалната легитимност на правораздавателната дейност на съда. Например ако по процесуално-тактически съображения положителното посткриминално поведение да бъде осъществено след като бъде произнесена присъдата от първоинстанционния съд, реализирането на нормативен стимул не би бил приемлив от гледна точка на социалната легитимност на съодпроизводствената и правораздавателна дейност на съда. И на трето място, от значение са не само наказателнопроцесуалните аргументи, но и необходимостта да се подсигури ефективно и бързо възстановяване на увреденото обществено отношение по начин сякаш същото не е било увреждано.

Съвсем естествено предвид на изложените особености на този вид стимулиращи норми, а именно допускането положителното посткриминално поведение да се осъществи след като вече престъплението е довършено и то на етапа на съдебното следствие пред първа инстанция, в повечето случаи този вид стимулиращи норми имат като правна последица не отпадане на наказуемостта на деянието, а намаляването на наказанието, т.е. търси се баланса между специфичната цел на стимулиращата правна норма и защитата на легитимността на наказателноправната система. Разбира се, възможни са и случаи, при които тези стимулиращи норми водят като правна последица и до отпадане на наказуемостта, но такава правна последица обичайно се предвижда само при тези престъпни деяния, с които общественото отно-

шение се уврежда в по-малка степен или пък за тези обществени отношения, за които законодателят е преценил, че се дължи в по-малка степен и не толкова интензивна наказателноправна закрила.

Резонно този вид стимулиращи норми засягат само деянията по основните състави на престъпленията, но не и квалифицираните такива, тъй като нормативният наказателноправен стимул, както стана въпрос вече по-горе в настоящото изложение, е допустим само по отношение на тези деяния, които в най-малка степен засягат защитената обществена ценност, респ. защитеното обществено отношение. При квалифицираните състави рядко може да се установи съвместимост на стимулираща наказателноправна норма със степента на засягане и увреждане с това квалифицирано престъпно деяние на защитената обществена ценност/обществено отношение.

Предвид на това, че този вид стимулиращи норми намират приложение само в областта на наказателноправна регулация на защитени под страх от наказание надстроечни обществени отношения, те съвсем резонно такива норми се откриват и при наказателноправната защита на финансовите, данъчните и осигурителните отношения.

Такава е стимулиращата норма на чл. 254а, ал. 4 от НК, която предвижда, че деецът на престъплението по ал. 1 (разпореждане от длъжностно лице в нарушение на бюджетен закон или подзаконов акт по прилагането му с бюджетни средства или със средства с целево предназначение не по предназначението им) не се наказва, ако до приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд противозаконният разпоредителен акт бъде отменен и неправомерно разходваните средства бъдат възстановени изцяло.

Съставът на чл. 254а, ал. 4 от НК изисква наличието на две кумулативни предпоставки: неправомерният разпоредителен акт да бъде отменен и неправомерно изразходваните средства да бъдат възстановени изцяло. Специално внимание в случая следва да се обърне на обстоятелството, че стимулиращата норма не изисква тези действия да бъдат извършени от дееца на престъплението по чл. 245а, ал. 1 от НК. Ако отмяната на противозаконния разпоредителен акт бъде извършена от друго длъжностно лице, дали ще се приеме, че е изпълнена първата предпоставка за прилагането на стимулиращата норма? Отговорът на този въпрос по мнението на автора трябва да бъде положителен, тъй като нормотворецът не е поставил изискване това действие да се извърши от самия деец на престъплението. По отношение на втората предпоставка в повечето случаи действието следва да се извърши от едно трето лице, тъй като съставът по ал. 1 не поставя изискване в чия полза да е извършено нецелевото разходване на средствата, т.е. няма изискване средствата да се разходвани в полза на самия извършител, което означава, че в общия случай тези средства трябва да бъдат възстановени изцяло от лицето, в чиято полза са били разходвани в резултат на отмяната на противозаконния разпоредителен акт. Допустимо е, макар тези средства да са разходвани в полза на едно трето лице, същото да не ги е възстановило, но средствата да се възстановени от извършителя на престъплението, като дори и в този случай следва да намери приложение стимулиращата наказателноправна норма. По-широката допускане прилагането на тази стимулираща правна норма произхожда от обстоятелството, че във всички посочени по-

горе случаи ще бъде постигнат целения от законодателя ефект – увреденото обществено отношение да бъде възстановено до степен сякаш изобщо не е било увреждано.

Особеното при тази стимулираща норма е, че като правна последица е предвидено отпадането на наказуемостта, а не диференциране на наказателната отговорност, какъвто е обичайният подход при този вид стимулиращи наказателноправни норми. Този законодателен подход е извикан от естеството на самото престъпно деяние по ал. 1, тъй като то не се изразява в злоупотребата (най-общо казано, има се предвид незаконосъобразно престъпно разходване) с бюджетни или целеви средства, а за разходването им не по предназначение. Законодателят е отчел по-ниската степен на укоримост на това поведение и поради това е допуснал отпадане на наказуемостта. Тук обект на защитата е бюджетният ред и целевото разходване на средства съобразно направеното бюджетно планиране. Строгата дисциплина при планирането на бюджета и при разходването му е гаранция за ефективно бюджетно управление, от една страна, а от друга страна, тя гарантира спазването на условията и изискванията на суверена на тези финансови средства, който е определил за какво ще бъдат изразходвани те. В икономическата теория фискалната политика традиционно се възприема като един от инструментите на макроикономиката, като данъчното облагане и бюджетните разходи се използват за преразпределение, акумулиране и насочване за определени цели на парични средства.[1] Това налага и наличието на наказателноправна закрила на тези обществени отношения, но характерът на престъпното деяние, в контекста на мястото му в наказателноправната система, не изисква твърде висок интензитет на наказателноправна защита. Това позволява по-либерален подход при уредбата на стимулиращата наказателноправна норма.

Същевременно в чл. 245а, ал. 4 от НК е предвидено, че тази стимулираща наказателноправна норма не се прилага повторно. Последното, освен че представлява ограничение в приложимостта на нормата, въплъщава извършената от законодателя преценка кога посткриминалното поведение, мака да е положително, не е съвместимо с целите на наказанието и със социалната легитимност на наказателноправната система, за което стана въпрос и по-горе в настоящото изложение.

Другата стимулираща норма в Глава седма от Особената част на кодекса е нормата на чл. 255, ал. 4 от НК, съгласно която се намалява наказуемостта по посечения в нормата начин (т.е. диференцира се наказателната отговорност) за деянията по ал. 1, 2 и 3 (избягване на установяване и плащане на данъчни задължения в големи размери; с участието на служители от гранична полиция, митническа администрация, Национална агенция по приходите или регистриран одитор; в особено големи размери), ако до приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд необявеното или неплатеното данъчно задължение бъде внесено в бюджета заедно с лихвите.

Това е една от немногото стимулиращи наказателноправни норми, които обхващат и квалифицираните състави на престъплението. Причините за това законодателно решение са свързани преди всичко с основната цел на нормата, а именно защитата на фиска. Независимо от това, че избегнатите данъци са в особено големи размери, т.е. по-голяма е обществената опасност на деянието, деецът се стимулира

[1] Йотова, Л., Алякова, В., Основи на макроикономиката, УИ "Стопанство" , С., 2006 г.

по нормативен начин все пак да изпълни ангажимента си към фиска, както ползва наказателноправно поощрение за това си положително посткриминално поведение. Поставянето на първо място на интересите на фиска, а именно бързото и своевременното му попълване, при престъпленията против данъчната система е напълно оправдано. Защото закъснялото попълване на фиска или пък непопълването на фиска, биха могли да доведат до увреждането на редица други обществени отношения, включително със социален характер, което би мултиплицирало обществената опасност на деянието. Ето защо е обществено оправдано и дори обществено необходимо законодателят да допусне прилагането на стимулиращи правни норми и при квалифицираните състави на тези престъпления.

Друга особеност, която разкрива тази стимулираща правна норма, е изискването данъчното задължение да бъде платено заедно с лихвите. Това изискване произтича от правната природа на този вид стимулиращи наказателноправни норми, изискваща възстановяване на увреденото обществено отношение по начин сякаш не е било засягано от престъплението. Изплащането на лихвите за забава при просроченото плащане на данъчни задължения е регламентирано административно задължение. Престъпното забавяне на плащането на данъчните задължения също трябва да бъде приравнено на тази ситуация, тъй като така би се постигнало изискването възстановяването да е до степен така сякаш престъпното засягане не се е било осъществило.

Следва да се отчете, че при тази стимулираща норма не се предвижда отпадане на наказуемостта, а нейното намаляване, като по този начин се търси баланса между интереса на фиска и социалната легитимност на наказателното право и на наказателното правораздаване.

Същите три особености разкрива и стимулиращата наказателноправна норма на чл. 255а, ал. 3 от НК, съгласно който, ако до приключване на съдебното следствие в първоинстанционния съд необявеното или неплатеното данъчно задължение в големи или особено големи размери, формирано при преобразуването на търговско дружество или друго юридическо лице, чрез извършване на сделка с търговско предприятие или чрез извършване на сделка чрез свързани лица по ДОПК, бъде внесено в бюджета заедно с лихвите, наказуемостта се намалява: стимулиращата норма обхваща и квалифицирания състав по чл. 255а, ал. 2 от НК – когато задълженията са в особено големи размери; изисква се задълженията да са заплатени с лихвите и се предвижда диференциране на наказателната отговорност, а не отпадането на наказуемостта на деянието.

Характерна особеност за тази стимулираща наказателноправна норма е това, че намалената наказуемост не е диференцирана по основния и по квалифицирания състав, а е еднаква и за двата – до 3 години ЛОС и глоба до 1 000 лева, т.е. няма диференциране на наказанието за избегнато установяване или плащане на данъчни задължения при посочените правни сделки, когато задълженията са в големи и когато задълженията са в особено големи размери.

При стимулиращите норми за престъпленията против осигурителната система по чл. 255б, ал. 4 от НК (укриване на задължителни осигурителни вноски за държавното обществено осигуряване или за здравното осигуряване в големи, в особено големи размери и с участието на орган по приходите или на регистриран одитор) и

по чл. 256, ал. 3 от НК (получаване от държавния бюджет на неследващата се парична сума в големи размери чрез използване на документ с невяно съдържание или на неистински или на преправен документ и когато деянието е извършено с участието на административния орган, или от лице, действащо в поръчение на или в изпълнение на решение на организирана престъпна група, или когато получената парична сума е в особено големи размери) се установяват също посочените по-горе три характерни особености: стимулиращите норми обхващат и квалифицираните състави; изисква се задълженията да са заплатени с лихвите и се предвижда намаляване на наказуемостта, а не отпадането ѝ. При тези норми има диференциране на отговорността по основния и по квалифицирания състав, за разлика от нормата на чл. 255а, ал. 3 от НК.

Когато се преценява характера и значението на предоставяната от българския Наказателен кодекс закрила на финансовата, данъчната и осигурителната системи, включително в контекста на регламентираните в Глава седма от Особената част на НК стимулиращи (поощрителни) наказателноправни норми, не може да не се ръководим от една от най-важните характеристики на наказателното право, за която проф. Пламен Панайотов по друг повод посочва: "Не бива да забравяме, че тъкмо наказателното право е онзи отрасъл на правото, който няма ограничения в обхвата на регулираните отношения. Затова си заслужава, дискутирайки тенденциите за развитие на наказателното право днес, да ги преценим и от гледна точка на глобалните предизвикателства пред човечеството."[1] Безспорно престъпленията против финансовата, данъчната и осигурителната системи заемат съществено място в общата криминологическа картина на престъпността в България, като засягането на тези надстроечни обществени отношения води след себе си до вторично засягане и на други обществени ценности със социален характер и значение. Макроикономическият анализ на фискалната система като цяло със свои цели и функции, т.е. в смисъл на едновременно съчетаване на нейните инструменти – финансова, данъчна и осигурителна системи и бюджетиране, показва, че закрепването на института на данъците и на осигурителните вноски е възможно само с оглед отъждествяването му с насрещното получаване на определен еквивалент, разбиран като предлагане от страна на държавата и ползване от нейните граждани на дадени обществени и социални блага.[2] Поради това засягането на тези системи по престъпен начин и последвалото от това вторично засягане на други социални ценности, води до увеличаване на обществената опасност на тези престъпни посегателства и респективно изисква засилване на наказателноправната репресия спрямо тях. Не може обаче да не се отчете, че целите на наказателно преследване са не само да се накаже отклоняващото се увреждащо значимата обществена ценност поведение, но и да се защити по възможно най-добрия начин самата обществената ценност, включително и

[1] Панайотов, Пламен. Встъпителни думи за научната конференция, посветена на 120 години от приемането на Наказателния закон от 1896 година "Наказателно законодателство – традиции и перспективи", в: сборник доклади "Наказателното законодателство – традиции и перспективи", УИ "Св. Климент Охридски", С., 2016 г., с. 14.

[2] Петрова, М., Генезис и значение на данъчната система, в сп. "Право без граници", бр. 2/ 2002 г.

след осъществяването на престъпното засягане. Анализирайки обществената и правната природа на финансовата, данъчната и осигурителната системи, не може да не се отчете, че своевременното попълване на фиска следва да има приоритетно значение при определянето на всяка защита, включително наказателноправната. Предвид на това наличието на стимулиращи (поощрителни) норми е напълно резонно и правилно с оглед постигане на основната цел – след извършване на престъплението във възможно най-кратък срок накърненото обществено отношение да бъде възстановено по начин сякаш не е било увреждано. Постигането на тази цел извиква необходимостта от регламентирането на привилегировани престъпни състави на престъпления против финансовата, данъчната и осигурителната системи, които имат предимно стимулиращ (поощрителен) характер.

Използвана литература

1. Беленски, Р., Разследване на престъпления против паричната и кредитната система. Разследване на престъпления против финансовата, данъчната и осигурителната система, Сиела, С., 2010 г.

2. Бобчеви четения: Правната наука в чест на юриста професор Стефан Бобчев, Юбилейна научна конференция, организирана по повод 160 години от рождения ден на проф. Стефан Бобчев, Издателски комплекс – УНСС, С., 2014 г.

3. Владимирова, А., Изпирането на пари като престъпление против финансовата система, НБУ, С., материалът може да бъде видян на следната страница: http://old.nbu.bg/ PUBLIC/IMAGES/File/departamenti/pravo/llaw_journal/Oct_2011/11_anelia%20vladimirova_.pdf

4. Гиргинов, А., Наказателно право на Република България. Особена част, Софи-Р, С., 2002.

5. Йотов, Б., Престъпления против кредиторите, паричната, данъчната и финансовата система, Фенея, С., 1999 г.

6. Йотова, Л., Алякова, В., Основи на макроикономиката, УИ "Стопанство", С., 2006 г.

7. Михайлов, Д., Проблеми на наказателното право. Особена част, Сиела, С., 2003 г.

8. Михайлов, Д., Нови положения в особена част на Наказателния кодекс, Сиела, С., 2008 г.

9. Наказателното законодателство – традиции и перспективи, сборник доклади от научната конференция по повод 120 години от приемането на Наказателния закон от 1896 година, УИ "Св. Климент Охридски", С., 2016 г.

10. Ненов, Ив., Наказателно право. Особена част, Софи-Р, С., 1992 г.

11. Панайотов, П., Изпирането на пари по наказателното право, Сиби, С., 1998 г.

12. Пушкарова, Ива, Организирана и задружна престъпна дейност: престъпни сдружения, съучастие, предварителен сговор, необходимо съучастие, сп. "Теза", бр. 2/2012 г.

13. Пушкарова, Ива, Изпиране на пари. Разграничение от близки до него престъпления, сп. "Теза", бр. 8 и 9/2014 г.

ОТХВЪРЛЯНЕ НА МОЛБАТА ЗА ОТКРИВАНЕ НА ПРОИЗВОДСТВО ПО НЕСЪСТОЯТЕЛНОСТ

д-р Борислав Найденов,
Софийска адвокатска колегия

Производството по несъстоятелност е особено производство – универсално принудително изпълнение под ръководството и надзора на съда, чиято цел е справедливото удовлетворяване на кредиторите и възможност за оздравяване на длъжника, при спазване интересите на кредиторите, длъжника и неговите работници – чл. 607 ТЗ (Вж. *Определение № 821 /24.10.2003 г. по ч. т. д. № 654/2003 г.на ВКС, ТК)*.[1]

Съгласно чл. 625 ТЗ *производство по несъстоятелност се открива по подадена до съда писмена молба от:*

1. Длъжника, съответно от ликвидатора.

Съгласно чл. 626, ал. 2 ТЗ молбата по чл. 625 ТЗ се подава от длъжника, негов наследник, орган на управление или представител, съответно ликвидатор, на търговско дружество или неограничено отговорен съдружник. Чл. 626, ал. 1 ТЗ задължава длъжник, който стане неплатежоспособен или свръхзадължен, в 30-дневен срок да подаде молба по чл. 625 ТЗ, с която да поиска откриване на производство по несъстоятелност.

2. Кредитор на длъжника по търговска сделка;

3. Националната агенция за приходите за публичноправно задължение към държавата или общините, свързано с търговската дейност на длъжника или задължение по частно държавно вземане.

Във всички посочени по-горе случаи, съгласно чл. 626, ал. 4 ТЗ, когато молбата по чл. 625 ТЗ се подава от пълномощник, се изисква изрично пълномощно. В този смисъл е и съдебната практика (Вж. *Решение № 292/18.04.2006 г. по т. д. № 43/ 2006 г. на ВКС, ТК и Определение № 279/19.04.2012 г. по т. д. № 125/2012 г. на ВКС,ТК, II т. о.*/[2]

Производството по несъстоятелност, образувано по молба на длъжник, се развива като едностранно производство и само въз основа на представените от него писмени доказателства се установява неплатежоспособността му и началната ѝ дата, докато *производството по несъстоятелност, образувано по молба на кредитор, запазва състезателния си характер, като в него може да се включат и*

[1] Бюлетин на Върховния касационен съд, бр. 10/2003 г., с. 36

[2] Вж. Решение № 292/18.04.2006 г. по т. д. № 43/2006 г. на ВКС, ТК и Определение № 279/19.04.2012 г. по т. д. № 125/2012 г. на ВКС,ТК, II т. о. в Правноинформационна система "АПИС"

*други кредитори (*Вж. *Определение № 7/4.02.2005 г. по гр. д. № 372/2004 г. на ВКС, ТК, I т. о.*/[1].

Съгласно чл. 621а.,ал. 3 ТЗ в производството по несъстоятелност не се прилагат правилата на ГПК относно: спиране на производството по съгласие на страните и оттегляне на молбата на кредитор за откриване на производство по несъстоятелност или отказ от нея, след като е постановено решение по чл. 630, ал. 1 и 2 ТЗ или по чл. 632 ТЗ. След като първоначалният кредитор не може да оттегля или да се отказва от молбата си по чл. 625 ТЗ, недопустимо е това да може да прави присъединилият се към нея в първото съдебно заседание по образуваното производство по несъстоятелност кредитор. Същото становище се поддържа в мотивите на *Определение № 245/ 23.04.2012 г. по ч. т. д. № 176/2012 г. на ВКС, ТК, I т. о.*[2]

Според отменения български Търговски закон съдът е имал правото да обяви търговеца в несъстоятелност и служебно, като се самосезира[3]. Това е било възможно, когато спирането на плащанията от търговеца е било общоизвестно или е произтичало от "други общоизвестни обстоятелства".

Предпоставките за откриване на производство по несъстоятелност са реципирани почти буквално от отменения български Търговски закон и могат да се разделят на *материалноправни и процесуалноправни* [4]. Според други автори[5] несъстоятелността е вид граждански процес, разновидност на изпълнителния процес, но по предпоставки и цел има материалноправен характер.

Материалноправните предпоставки за откриване на производство по несъстоятелност са дефинитивно посочени в чл. 607а. ТЗ:

1. *Търговското качество на длъжника.* Според чл. 607а.,ал. 1ТЗ производство по несъстоятелност се открива за търговец, а съгласно чл. 607а.,ал. 2ТЗ – за дружество с ограничена отговорност, акционерно дружество или командитно дружество с акции, които безспорно също са търговци по смисъла на ТЗ.

2. *Неплатежоспособност или свръхзадълженост (само за капиталовите търговски дружества) на длъжника.* Общото за всички търговци основание за откриване на производство по несъстоятелност е установената неплатежоспособност на длъжника (чл. 607 а, ал. 1 ТЗ). Разпоредбата на чл. 607а.,ал. 1ТЗ изрично посочва неплатежоспособността, като основание за откриване на производство по несъстоятелност на длъжник-търговец, независимо от правноорганизационната му форма.

Извън общото основание, чл. 607 а, ал. 2 ТЗ посочва т.нар."свръхзадълженост", като специално основание за откриване на производство по несъстоятелност на дружество с ограничена отговорност, акционерно дружество и командитно дружество с акции.

---

[1] Вж.Определение № 7/4.02.2005 г. по гр. д. № 372/2004 г. на ВКС, ТК, I т. о. в Правноинформационна система "АПИС"

[2] Вж.Определение № 245/ 23.04.2012 г. по ч.т.д. №176/2012 г. на ВКС, ТК, I т. о. в Правноинформационна система "АПИС"

[3] Кацаров, К. Систематичен курс по българско търговско право, IV-фототип. изд., С., 1990, с. 802, 809-810.

[4] Тянкова, Я. Несъстоятелност на лица-нетърговци, С.,2010, с. 40.

[5] Таджер, В. Несъстоятелност по Търговския закон, С., 1996, с. 33 и сл.

Според задължителната съдебна практика (Вж. *Решение № 201/11.12.2014 г. по т. д. № 659/2014 г. на ВКС, ТК, I т. о., Решение № 188/04.12.2012 г. по т. д. № 323/ 2012 г. на ВКС, ТК, I т. о. и Решение № 174/05. 12.2011 г. по т. д. № 567/2011 г. на ВКС, ТК, II т. о.*/[1] *производството по несъстоятелност може да бъде открито при неплатежоспособност и/или при свръхзадълженост на търговеца*, като предвидените в разпоредбата на чл. 607а от ТЗ основания, *могат да бъдат предявени и в условията на кумулативност или евентуалност,* но при всички положения предвид принципа на диспозитивното начало в гражданския процес, съдът по несъстоятелността е обвързан от наведеното в молбата по чл. 625 от ТЗ основание за откриване на производство по несъстоятелност. Следователно на преценката на съда е предоставен само избора на ред, по който следва да бъде открито производството по несъстоятелност, но не и процесуална възможност служебно да изследва всички законови основания за откриване на производството (Вж. *Определение № 334/ 27.04.2016 г. по т. д. № 86/2016 г. на ВКС, ТК, II т. о.*/[2]

Процесуалноправната предпоставка (т.нар."формална" предпоставка) е *съдебно решение (т.нар."обявително" решение) за откриване на производство по несъстоятелност* по отношение на конкретния длъжник. Така чл. 630, ал. 1 ТЗ определя, че когато констатира неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост, съдът с решението си: 1.обявява неплатежоспособността, съответно свръхзадължеността, и определя началната ѝ дата; 2. открива производството по несъстоятелност; 3. назначава временен синдик; 4. допуска обезпечение чрез налагане на запор, възбрана или други обезпечителни мерки и 5. определя датата на първото събрание на кредиторите не по-късно от един месец от постановяване на решението. Съгласно чл. 634 ТЗ *решението по чл. 630 ТЗ подлежи на незабавно изпълнение.*

Независимо от кого е подадена молбата по чл. 625 ТЗ и кой е участвал в първоинстанционното производство, съгласно 630, ал. 3 ТЗ, *постанови ли се решение за откриване производство по несъстоятелност, то действа по отношение на всички.*

Предмет на силата на пресъдено нещо с решението по чл. 630 ТЗ е обективното състояние на неплатежоспособността и/или свръхзадължеността на длъжника като обективно състояние, а не индивидуалните права или вземания на отделните кредитори към длъжника и спиране на плащането по тях. Силата на присъдено нещо спрямо всички кредитори на длъжника (чл. 630, ал. 3 ТЗ), а не само по отношение кредитора-молител, участвал в първоинстанционното производство с оглед неговото вземане, се формира върху установения от съда юридически факт на неплатежоспособност и/или свръхзадълженост на длъжника, въз основа на който съдът е уважил молбата по чл. 625 ТЗ и е постановил решение по чл. 630 ТЗ**.** От установените от съда юридически факти на неплатежоспособността и/или свръхзадължеността на длъжника, върху които се формира сила на присъдено нещо с решението по чл. 630 ТЗ и характера на производствотоо по несъстоятелност като

[1] Вж. Решение № 201/11.12.2014 г. по т. д. № 659/2014 г. на ВКС, ТК, I т. о., Решение № 188/ 04.12.2012 г. по т. д. № 323/2012 г. на ВКС, ТК, I т. о. и Решение № 174/05. 12.2011 г. по т. д. № 567/2011 г. на ВКС, ТК, II т. о. в Правноинформационна система "АПИС".

[2] Вж. Определение № 334/27.04.2016 г. по т. д. № 86/2016 г. на ВКС,ТК,II т.о. в Правноинформационна система "АПИС".

универсален способ за принудително изпълнение, се налага констатацията, че *всички кредитори на длъжника в несъстоятелността са другари в процеса,* тъй като общите правнорелевантни факти: неплатежоспособността и/или свръхзадължеността на длъжника, като материалноправна предпоставка за откриване производството по несъстоятелност и тяхната начална дата / чл. 630, ал. 1,т. 1 ТЗ, следва да бъдат установени еднакво спрямо всички, независимо дали са участвали в съдебното производство по разглеждане молбата по чл. 625 ТЗ.

В правната доктрина и съдебната практика няма спор, че *решението за откриване на производство по несъстоятелност има сила на присъдено нещо* по отношение на участниците в самото производство и всички останали неучаствали в производството *лица в частта на неплатежоспособността и началната ѝ дата.* Действието на съдебното решение по чл. 630 от ТЗ по отношение на всички е изрично прогласено с нормата на чл. 630, ал. 3 от ТЗ и то произтича от същността и целта на производството по несъстоятелност, като универсално принудително изпълнение по отношение на длъжника (Вж.*Определение № 7/4.02.2005 г. по гр. д. № 372/2004 г. на ВКС, ТК, I т. о*)[1].

В трайната и безпротиворечива практика на ВКС се приема, че при разглеждане на молбата по чл. 625 ТЗ *вземанията на кредитора, по чиято молба е открито производството по несъстоятелност, не се установяват със сила на пресъдено нещо с решението по чл. 630 ТЗ,* тъй като не са предмет на спора, който обхваща наличието или липсата на състоянието на неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост (Вж. *Определение № 512/19.06.2014 г. на по т. д. № 1056/2014 г. на ВКС, ТК, I т. о.*)[2]

Задължително условие за откриването на производство по несъстоятелност е кумулативното наличие и на трите предпоставки: материалноправните: търговско качество на длъжника и неплатежоспособност или свръхзадълженост и процесуалноправната: съдебно решение по чл. 630, ал. 1 ТЗ за откриване на производство по несъстоятелност[3]. Нито двете материални предпоставки са достатъчни за откриване на производство по несъстоятелност, тъй като законът не познава т.нар. "фактическа" или "потенциална" несъстоятелност[4], нито съдът може да постанови решение по чл. 630 ТЗ, когато не са налице материалноправните предпоставки. Едва след като установи материалноправните предпоставки за неплатежоспособността на търговеца, при преценка на икономическото състояние на длъжника и неговата възможност (невъзможност) да изпълни парично задължение, съдът се произнася по основателността на молбата по чл. 625 ТЗ (Вж. *Решение № 45/7.02.2005 г. по гр. д. № 443/*

---

[1] Вж.Определение № 7/4.02.2005 г. по гр. д. № 372/2004 г. на ВКС, ТК, I т. о. в Правноинформационна система "АПИС".

[2] Вж. Определение№ 512/19.06.2014 г. на по т.д. №1056/2014 г. на ВКС,ТК,I т.о. в Правноинформационна система "АПИС".

[3] Тянкова, Я. Несъстоятелност на лица-нетърговци, С.,2010, с. 40-41.

[4] Ганев, В. Систематичен курсъ по несъстоятелностъ, Том първи, С., 1926, с. 188.

2004 г. на ВКС, ТК, I т.о., Решение № 2199/2002 г. на ВКС, V г. о., Определение № 69/ 9.02.2010 г. по т. д. № 1140/2009 г. на ВКС,ТК, II т.о./[1].

Съгласно чл. 633, ал. 1 ТЗ *решението по чл. 630 ТЗ подлежи на обжалване в 7-дневен срок от вписването му в Търговския регистър.* Вписването на решението е гаранция за защита на интересите на всички кредитори, включително неучаствалите в производството по несъстоятелност, тъй като с откриване производството по несъстоятелност законът свърза редица важни последици, както за длъжника, така и за кредиторите му – вж. чл. 634а, чл. 646, чл. 647 ТЗ. Защото решението по чл. 630 ТЗ действа спрямо всички кредитори на длъжника, *всеки кредитор на длъжника, а не само участвалият в първоинстанционното производство, е легитимиран в срока по чл. 633 ТЗ да обжалва решение по чл. 630 ТЗ.* В случай, че законодателят беше на противоположното становище – че правото да обжалва решението по чл. 630 ТЗ принадлежи само на кредитора, по чиято молба е открито производството по несъстоятелност, той не би поставил обжалването в зависимост от обнародването на решението в Търговския реегистър, а от съобщението до молителя-кредитор ТЗ (Вж. *Определение № 821 /24.10.2003 г. на ВКС по ч. т. д. № 654/2003 г., ТК*/[2].

Разбира се *абсолютна процесуална предпоставка в случаите на обжалване на решението по чл. 630 ТЗ е наличието на правен интерес на жалбоподателя, какъвто безспорно е налице у длъжника,* спрямо който с решението по чл. 630 ТЗ е открито производство по несъстоятелност, и то само когато молбата за откриване на производство по несъстоятелност е подадена от кредитор, а не от самия длъжник. *Кредиторите, в това число и присъединените, биха могли да имат правен интерес от обжалването на решението по чл. 630 ТЗ единствено в частта му, с която е определена начална дата на неплатежоспособността на длъжника.* В този смисъл е и едно становище, което се поддържа в *Определение № 245/ 23.04.2012 г. по ч. т. д. № 176/2012 г. на ВКС, ТК, I т. о.*[3], нито кредиторът, по чиято молба е открито производството по несъстоятелност, нито присъединилите се в производството по несъстоятелност кредитори, имат правен интерес да обжалват решението по чл. 630 ТЗ. Съгласно чл. 621а, ал. 3, т. 2 ТЗ в производството по несъстоятелност не се прилагат правилата на ГПК относно оттегляне молбата на кредитор за откриването на производство по несъстоятелност или отказ от нея, след като вече "е било постановено" решение по чл. 630, ал. 1 ТЗ или по чл. 632 ТЗ. След като кредиторът, по чиято молба е открито производството по несъстоятелност, не може да оттегля или да се отказва от молбата си по чл. 625 ТЗ, недопустимо е това да може да прави присъединилият се към нея в първото съдебно заседание по образуваното производство по несъстоятелност кредитор. *Per argumentum a fortiori недопустимо е след постановяване на решението по чл. 630, ал. 1 ТЗ* този съдебен акт да се атакува нито от кредиторът, по чиято молба е открито производството по не-

---

[1] Вж. Решение № 45/7.02.2005 г. по гр. д. № 443/2004 г. на ВКС, ТК, I т.о., Решение № 2199/2002 г. на ВКС,Vг.о.,Определение №69/9.02.2010г. по т.д. №1140/2009 г. на ВКС,ТК, II т.о. в Правноинформационна състема "АПИС".

[2] Бюлетин на Върховния касационен съд, бр. 10/2003 г., с. 36.

[3] Вж. Определение № 245/23.04.2012 г. по ч.т.д.№176/2012 г. на ВКС,ТК, I т.о. в Правноинформационна състема "АПИС".

състоятелност, нито от присъединилият се в производството по несъстоятелност кредитор, с искане за постановяване на решение по чл. 631 ТЗ – за нейното отхвърляне.

Възниква важният за практиката въпрос: кога не е налице неплатежоспособност на длъжника, въпреки че той е спрял изпълнението на паричните си задължения. Чл. 631 ТЗ дава отговор на този въпрос като определя две материални предпоставки за отхвърляне от съда на молбата за откриване на производство по несъстоятелност: 1. когато съдът установи, че затрудненията на длъжника са временни или 2. когато се установи, че длъжникът разполага с имущество, достатъчно за покриване на задълженията му, без опасност за интересите на кредиторите. В *Решение № 72/ 15.02.1996 г. по г.д. № 953 / 1995г на ВС, V г.о.*[1] този текст е тълкуван в смисъл, че чл. 631 ТЗ посочва като основания за отхвърляне на молбата за откриване на производство по несъстоятелност "два вида независещи едни от други обстоятелства, свързани с длъжниковата неплатежоспособност, наличието на която е условие за за започване на производство по несъстоятелност". И в двата случая длъжникът може да възрази пред съда, че са налице обстоятелствата по чл. 631 ТЗ като подкрепи възражението си с доказателства[2].

Както е посочено в мотивите на *Определение № 72 от 13.02.2014 г. по т.д. № 4118/2013 г. на ВКС, ТК, II т.о.* "Многократно ВКС е изразявал становище, че неплатежоспособността се установява съобразно задълженията на търговеца/търговското дружество спрямо всички кредитори, като при преценката дали имуществото на длъжника е достатъчно за покриване на задълженията му без опасност за интересите на кредиторите, *следва да се извърши съпоставка между стойността на краткотрайните активи със стойността на краткосрочните задължения по баланса му, т. е.* релевантно за определяне икономическото състояние на длъжника в производството по несъстоятелност е това имущество, което е бързоликвидно, а не имуществото изобщо."[3]

Според трайната и константна съдебна практика на ВКС, *недвижимите имоти, като трудно ликвидни дълготрайни активи, чието осребряване е неизвестно отнапред във времето и по стойност, се изключват при преценка финансовото състояние на длъжника* при определяне неговото обективно състояние на неплатежоспособност. В този смисъл са *Решение № 795/4.04.2006 г. по т.д. № 489/2005 на ВКС, ТК, I т. о. на ВКС, Решение № 481/10.04.2003 г. по гр. д. № 1521/2003 г. на ВКС, Решение № 64/9.02.2005 г. по гр. д. № 466/2004 г., ВКС, ТК, I т.о., Определение № 423/15.07.2009 г. по т.д. № 506/2009 г. на ВКС, ТК, II т.о., Решение № 344/29.04.2004 г. по т.д. № 1288/2003 г. на ВКС,ТК, Решение № 43/7.02.2005 г. по т.д. № 439/2004 г. на ВКС,ТК, Решение № 659/10.11.2005 г. по т.д. № 124/2005 г. на ВКС,ТК, Решение № 820/29.12.2005 г. по т.д. № 535/2005 г. на ВКС, ТК, Решение № 174/14.03.2006 г. по т.д. № 588/2005 г. на ВКС, ТК, Решение № 154/ 23.03.2007 г. по т.д. № 641/2006 г. на ВКС, ТК; Решение № 549/27.10.2008 г. по т.*

---

[1] Цит. по Търговски закон. Съдебна практика, С., 1999, с. 441.

[2] Таджер, В., Несъстоятелност по Търговския закон, С., 1996, с. 59.

[3] Вж.Определение №72 от 13.02.2014 г. по т.д.№4118/2013г. на ВКС,ТК,II т.о. в Правноинформационна система "АПИС".

д. № 239/2008 г. на ВКС, ТК, Решение № 63/3.04.2008 г. по т.д. № 678/2007 г. на ВКС, ТК и др.[1]

Тежестта за доказване на наличието на обстоятелствата по чл. 631 ТЗ е на длъжника. Така с *Решение № 47 / 01.03.1996 г. по г.д. № 765 / 1995 г. на ВС, V г.о.* е постановено, че в производството по обявяване в несъстоятелност, когато длъжникът претендира, че затрудненията му са временни, в негова тежест е да докаже, че разполага със средства надхвърлящи сумата на дълга.[2] Същото становище се споделя и в *Решение № 340 / 1996 по г.д. № 1493 / 1995 г. на ВС, V г.о.*[3], в което се посочва, че "забавата на длъжника, проявена чрез спирането на плащанията към кредиторите по търговски сделки, предполага състояние на неплатежоспособност. Тежестта да обори законовата презумпция по чл. 608, ал. 3, ТЗ (сега чл. 608, ал. 2 ТЗ – б.а.) лежи върху длъжника, който следва да представи в производството по несъстоятелност доказателства по реда и условията на чл. 127, ал. 1 ГПК, обосноваващи временните затруднения за извършването на тези плащания".

В горния смисъл е трайната и константна съдебна практика на ВКС, обективирана в *Решение № 68/12.02.2005 г. по гр.д. № 512/2004 г. на ВКС,ТК,I т.о., Решение № 568/ 24.06.2008 г. по т. д. № 219/2008 г. на ВКС, ТК, Решение № 340/21.05.1996 г. по гр.д. № 1493/1995 г. на ВКС,, ГК, V г.о., Решение № 376/19.05.2005 г. по т.д. № 730/2004 г. на ВКС, ГК, V г.о., Решение № 237/03.05.2006 г. по т. д. № 756/2005 г. на ВКС, ТК, I т.о.* и много други[4].

В съдебната практика надделява становището, че е достатъчно наличието и само на едната от двете предпоставки. Така, според *Решение № 532/1996 г. по г.д. № 312/1996 г. на ВС, V г.о.*[5] не следва при всяка констатация на неплатежоспособност да се открива производство по несъстоятелност. В случаите, когато затрудненията на длъжника са временни или той разполага с имущество, достатъчно за покриването на задълженията му без опасност за интересите на кредиторите, молбата за откриване на производство по несъстоятелност е неоснователна. Т.е., въпреки че по делото е било установено, че длъжникът е в състояние на неплатежоспособност, съдът е отхвърлил молбата на кредиторите, защото също така е било установено, че длъжникът разполага с имущество, достатъчно, за да покрие задълженията му, без да изложи на опасност интересите на кредиторите. Както поддържа доктрината[6] "в това положение е длъжник, който няма ликвидни парични средства". Разрешението на казуса е мотивирано от възможността на кредитора да удовлетвори вземането си по пътя на индивидуалното изпълнение срещу имуществото на длъжника, като не е необходимо той да бъде обявяван в несъстоятелност и да се ползват средствата на

---

[1] Вж. цитираната съдебна практика в мотивите на Определение№72 от 13.02.2014 г. по т.д.№4118/2013г. на ВКС,ТК,II т.о. в Правноинформационна състема "АПИС".

[2] Цит. по Търговски закон. Съдебна практика, С., 1999, с. 434-435.

[3] Цит. по Бобатинов, М., Коментар по търговските дела на Върховния съд на Република България (1994 -1996), С., 1996, с. 187-188

[4] Вж. Определение № 69/9.02.2010 г. по т. д. № 1140/2009 г. на ВКС, ТК, II т.о. в Правноинформационна система "Апис", в което са цитирани посочените по-горе решения.

[5] Цит. по Бобатинов, М., Цит. съч., с. 185

[6] Таджер, В., Цит. съч., с. 59

универсалното изпълнение. Без да отчитат това просто правило, някои автори[1], забравяйки за наличието на индивидуално изпълнение, критикуват съдебната практика, като напразно се опасяват, че "ако се застане на становището, че продължителното спиране на плащанията не е основание за уважаване молбата на кредиторите за обявяване на длъжника в несъстоятелност, щом като той разполага с с имущество, достатъчно за покриването на неговите задължения, то това означава да поощряваме длъжника никога да не плаща задълженията си, тъй като знае, че в тези случаи съдът няма да го обяви в несъстоятелност".

В правната доктрина и съдебната практика до неотдавна съществуваше дискусия относно съдържанието на термина "временни задължения" на длъжника. Най-разпространено беше становището, че критерий за установяване на временните затруднения е "когато вземанията на длъжника значително надхвърлят неговите задължения"[2]. Към момента във взаимно противоречащите си становища беше внесен известен ред от трайната съдебна практика на ВКС. Така според *Решение № 744/ 06.05.1997 г. по г.д. № 1424/1996 г. на ВКС,V г.*о.[3] временното затруднение "е такова състояние, при което неизплащането на задълженията на длъжника се дължи на причини от временен и мимолетен характер, най-често произтичащи от верижно свързани договори, страна по които е длъжникът или негови контрагенти".

Неизплатените задължения трябва да са изискуеми, парични и безспорни, и да са свързани с упражняваната от длъжника търговска дейност. Задължението е изискуемо, когато е настъпил срокът за неговото изпълнение. То е парично, когато насрещната престация на длъжника се изразява в плащането на пари. Безспорно е задължението, когато са налице достатъчно писмени доказателства, които доказват неговото възникване, и липсват основателни възражения срещу неговото изпълнение. *В практиката са възможни няколко хипотези:*

Първата от тях е налице, когато длъжникът е бил осъден за вземането от кредитора с влязло в сила съдебно решение по друго дело. Тогава съдът по несъстоятелността трябва да отчете наличието на сила на присъдено нещо и да квалифицира вземането като безспорно. Въпреки това, съдът по несъстоятелността следва на общо основание да провери дали не са налице предпоставките по чл. 631 ТЗ. В случай че длъжникът разполага с достатъчно за удовлетворяването на вземането на кредитора имущество, молбата следва да бъде отхвърлена, тъй като кредиторът може да се удовлетвори по реда на индивидуалното изпълнение срещу имуществото на длъжника.

При втората хипотеза вземането е предмет на висящо дело пред съд различен от съда по несъстоятелността. В този случай вземането следва да се квалифицира като спорно и съдът по несъстоятелността следва да отхвърли молбата на кредитора за обявяване на длъжника в несъстоятелност.

Третата хипотеза възниква, когато вземането е предявено за пръв път с подаването на молбата за обявяване на длъжника в несъстоятелност. На основание чл.

---

[1] Рачев, Ф., Търговска несъстоятелност, С., 1998, с. 34-35

[2] Розанис, С., Дела по Търговския закон, Критичен преглед на съдебната практика на Върховния касационен съд, С., 1997, с. 108

[3] Цит. по Търговски закон. Съдебна практика, С., 1999, с. 567.

250, ал. 1 ГПК длъжникът има право да оспори задължението както по размер, така и по основание, като представи убедителни писмени доказателства в подкрепа на възражението си. Ако длъжникът не представи тези доказателства, съдът има право да приеме, че възражението му е неоснователно, а вземането на кредитора е безспорно (чл. 128, ал. 2 във вр. с чл. 114 ГПК)[1]. Като допълнителен критерий за наличие на "временни затруднения", който не е изрично посочен в Търговския закон, може да се приеме периода на неплащане на задължението, т.е. времето сред падежа на задължението (периода на забава), в което кредиторът не е получил плащане. Продължителността на този период не е фиксирана в закона и съдът следва да я преценява по свое убеждение, при отчитане на другите обстоятелства по делото. Така според вече цитираното *Решение № 340/1996 по г.д. № 1493/1995 г. на ВС,V г.о.*[2] "преценката за наличието или не на неплатежоспособност като правно състояние, чието външно проявление се явява неплащането за продължителен период от време на съществуващите дългове, е въпрос на съдийско убеждение....". Това не изключва възможността на длъжника и кредитора да представят доказателства и да навеждат аргументи за определянето на съдържанието на термина "временни" затруднения във всеки конкретен случай.

Съгласно становището, изразено в мотивите на *Определение № 85 от 18.02.2014 г. по т.д. № 4586/2013 г. на ВКС, ТК, II т. о.* "За да се прецени дали длъжникът е оборил презумпцията по чл. 608, ал. 2 ТЗ, е необходимо с помощта на съдебно-икономическа експертиза да се установи какви са коефициентите за обща, бърза, незабавна и абсолютна ликвидност, които са показатели за общото икономическо състояние на длъжника и отразяват тенденцията за бъдещата му търговска дейност." В същия смисъл е формираната по реда на чл. 290 ГПК практика на ВКС, обективирана в *Решение № 115/25.06.2010 г. по т.д.№ 169/2010 г. на ВКС,ТК, II т.о., Решение № 64/23.03.2010 г. по т.д. № 959/2009 г. на ВКС,ТК, II т.о.* и много други[3].

Според някои автори[4], по известни само на тях причини, при забава на длъжника повече от два месеца следва да се приеме, че неговите затруднения не са временни, а е налице неплатежоспособност. По мое мнение това становище не отчита специфичните особености на дейността на конкретния длъжник. Например срокът, след който "временните" затруднения се превръщат в неплатежоспособност, е различен при една банка, която изпада в забава в тридневен срок след нареждането за плащане на клиента си, и при едно застрахователно дружество, което е задължено да изплати обезщетение в срок до петнадесет дни (чл. 399 ТЗ), и то само ако застрахованият е изпълнил задълженията си по чл. 389 ТЗ. Затова е практически невъзможно да се въведе единен критерий за определянето на продължителността на "временните" затруднения, който да е приложим за всеки вид тъговски сделки. Освен

---

[1] Попова, В., Коментар на Търговския закон. Част четвърта "Несъстоятелност". Том първи. Глава 34., С., 1996, с. 78.

[2] Цит. по Бобатинов, М., Цит. съч., с. 187-188.

[3] Вж. Определение №85 от 18.02.2014 г. по т.д.№4586/2013 г. на ВКС,ТК,IIт.о. в Правноинформационна система "Апис", в което са цитирани посочените по-горе решения.

[4] Рачев, Ф., Цит съч., с. 41

това, когато безспорно се установи, че длъжникът има вземане с фиксиран падеж от длъжник с доказана платежоспособност, например данъчен кредит по ЗДДС, с което би могъл да погаси задължението си към кредитора, той не би следвало да бъде обявяван в несъстоятелност, независимо от периода на забавяне на плащането. Единствено съдът може да отчете и съобрази многообразието от факти с правно значение във всеки отделен случай, така че по вътрешно убеждение да реши кога "временните" затруднения прерастват в неплатежоспособност.

Втората материална предпоставка за отхвърляне на молбата за откриване на производство по несъстоятелност – когато се установи, че длъжникът разполага с имущество, достатъчно за покриване на задълженията му, без опасност за интересите на кредиторите, е значително по-точно дефинирана в доктрината и съдебната практика. Според *Решение № 744/ 06.05.1977 г. по г.д.№ 1424/1996 г. на ВС,V г.о.*[1], по-големият размер на актива на едно търговско предприятие в сравнение с пасива не е достатъчно основание за отхвърляне на молбата за откриване на производство по несъстоятелност. В практиката често се среща хипотезата, при която имуществото на длъжника (недвижими имоти, машини и съоръжения или готова продукция) да не може да бъде реализирано (продадено). Така възниква основният правен въпрос: кои са обстоятелствата, при които може да се приеме, че един търговец става неплатежоспособен по смисъла на чл. 608, ал. 1 ТЗ или изпада в състояние на свръхзадлъжнялост по смисъла на чл. 607а, ал. 2 ТЗ, което *състояние ipso jure* предполага неплатежоспособност. Граматическото и логическото тълкуване на разпоредбата на чл. 631, хипотеза 2 ТЗ налага извода, че следва да са налице кумулативно две условия: 1. наличното имущество на длъжника да е достатъчно по размер и стойност, за да покрие неговите задължения; 2. интересите на кредиторите да са защитени в достатъчна степен при пристъпване към продажбата (ликвидацията) на това имущество. Това означава, че това имущество трябва да притежава качеството продаваемост и да материализира ликвидна потребителска стойност. Изложените принципи за приложение на разпоредбата на чл. 631 ТЗ са конкретизирани в *Решение № 72 /15.02.1996 г. по г.д.№ 953/1995 г. на ВС,V г.о.*[2], според което предпоставката за отхвърляне на молбата за откриване на производство по несъстоятелност – наличие на достатъчно имущество за покриване на задълженията на длъжника, се ограничава от изискването да не се поставят в опасност интересите на кредитора. Това от своя страна води до извода, че имуществото, с което могат да се погасяват задълженията, трябва да бъде извън дълготрайните активи на предприятието-длъжник. Към продажбата на тези активи може да се пристъпи само в производството по несъстоятелност. Активите, чиято стойност трябва да покрива задърженията на длъжника, са изброени примерно: ценни книжа, материални запаси, продукция, амбалаж и др. Следователно, може да се направи изводът, че в съдебната практика се е наложило становището, че разпоредбата на чл. 631, хипотеза 2 ТЗ следва да се прилага, само когато краткотрайните материални активи и ликвидни вземания на длъжника, без в тази стойност да се включват дълготрайните му материални активи, покриват изцяло задълженията му. Това ограничително тълкуване

[1] Цит. по Търговски закон. Съдебна практика, С., 1999, с. 565-568
[2] Пак там, с. 442

на разпоредбата на чл. 631, хипотеза 2 ТЗ гарантира и защитата на интересите на кредиторите.

Отхвърлянето на молбата за откриване на производство по несъстоятелност се извършва с решение на сезирания съд. Така според *Решение № 1208/01.06.1995 г. по г.д. № 2942/1994 г. на ВС, V г.о.*[1] задължителна предпоставка за откриване на производство по несъстоятелност на длъжника е установяването на неговата неплатежоспособност. Обратно – неустановяването на неплатежоспособност е основание за отхвърляне на молбата, а не за прекратяване на производството с определение. Молбата за откриване на производство по несъстоятелност се отхвърля само с решение по чл. 631 ТЗ.

[1] Цит. по Търговски закон. Съдебна практика, С., 1999, с. 360-362.

ЗАКОНОДАТЕЛНА РАМКА НА СОЦИАЛНИТЕ ПРЕДПРИЯТИЯ В БЪЛГАРИЯ

д-р Мария Чочова,
Адвокатска колегия – Кюстендил,
m_chochova@abv.bg

Резюме

Въпреки че социалните предприятия на ниво политики на Европейски съюз са идентифицирани като ключов инструмент за иновации и преодоляване на проблемите на бедността и социалната изолация, в България няма установена единна законодателна рамка и не съществува дефиниция за "социално предприятие". В изложението се разглежда статута и възможните правно-организационни форми, които социалните предприятия биха могли да използват, за да извършват дейността си. Направени са и съответните предложения de lege ferenda.

Ключови думи: социално предприятие, юридически лица с нестопанска цел, кооперации, търговски дружества

Summary

Although EU-level social enterprises have been identified as a key instrument for innovation,addressing poverty and social exclusion, no single uniform legislative framework is in place in Bulgaria and no definition of a "social enterprise" exists. The report examines the status and the possible legal forms,which could be used from the social enterprises to carry out their activities. Also the relevant proposals de lege ferenda have been described.

Key words: social enterprise, non-profit legal entities, cooperatives, commercial companies

Социалното предприемачество и социалните предприятия на ниво политики на ЕС са определени като ключов инструмент за иновации и преодоляване на проблемите на бедността и социалната изолация[1]. Европейската комисия е дефинирала

[1] Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Икономическия и социален комитет и Комитета на регионите: Инициатива за социалното предприемачество, COM(2011) 682 от 25.10.2011; Доклад относно Инициатива за социално предприемачество, 20.11.2012; INT/606 Инициатива за социалното предприемачество – СТАНОВИЩЕ на Европейския икономически и социален комитет относно "Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Икономическия и социален комитет и Комитета на регионите: Инициатива за социалното предприемачество – Създаване на благоприятна среда за насърчаване на социалните предприятия като основни участници в икономиката и социалната иновативност" COM(2011) 682 окончателен; Регламент 346/2013 относно Европейски фондове за социално предприемачество; Предложение на Комисията за Регламент относно Програмата на Европейския съюз за социална промяна и иновация от 6.10.2011 г; 27.07.2012 Становище на Комитета на регионите относно Програмата на Европейския съюз за социална промяна и иновация.

социалното предприятие, като "предприятие, участник в социалната икономика, чиято основна цел е по-скоро оказването на благотворно социално влияние, отколкото реализирането на печалба за собствениците или за партньорите. То работи на пазара като доставя стоки и услуги по предприемачески и иновативен начин и използва ревизираната печалба основно за социални цели. То е обект на отговорно и прозрачно управление особено чрез обвързване на своите служители, клиенти и заинтересовани страни с икономическата му дейност."[1]

Съгласно Приложение II към Решение (ЕС) 2015/1848 на Съвета от 5 октомври 2015 г. относно насоки за политиките по заетостта на държавите членки за 2015 г. "държавите членки следва да подпомагат създаването на качествени работни места, да намалят пречките пред бизнеса да наема работна ръка, както и да стимулират предприемачеството, и по-специално да подкрепят създаването и развитието на малките предприятия. Държавите членки следва активно да насърчават социалната икономика и да стимулират социалните иновации."[2] Една от основните цели на Програмата на европейския съюз за заетост и социални иновации е увеличаване на предлагането и достъпността до микрофинансиране за уязвими групи и микропредприятия, и увеличаване на достъпа до финансиране за социални предприятия.[3]

Не съществува единна дефиниция за социално предприятие на ниво Европейски съюз. Едно от популярните определения за социално предприятие, което се използва и като отправна точка и в Националната концепция за социална икономика[4] в България е възприето от Британското правителство през 2002 година. Съгласно това определение "социалното предприятие е бизнес с водещи социални цели, чиито излишък е реинвестиран обратно в бизнеса или в общността, отколкото да е воден от нуждата да максимизира печалбата за собствениците на капитала или акционерите."[5]

В редица европейски държави социалните предприятия могат да бъдат разпознати като кооперации (в които като физически лица участват представители на уязвимите групи) или организации, които извършвайки "бизнес", си поставят социални цели и има механизъм, по който се гарантира, че цялата или част от печалбата се реинвестира в самото предприятие. В някои от държавите с развита социална икономика често използвана форма е неправителствена организация[6].

---

[1] Съобщение на Комисията до Европейския парламент, Съвета, Икономическия и социален комитет и Комитета на регионите: Инициатива за социалното предприемачество, COM(2011) 682 от 25.10.2011, с. 2.

[2] http://eur-lex.europa.eu

[3] ЗиСИ Нова обединена програма на ЕС за заетост и социална политика, Европейска комисия, Генерална дирекция "Трудова заетост, социални въпроси и приобщаване", 2013, с. 8.

[4] Приета с Протокол № 13.2 на Министерския съвет от 4.4.2012 г.

[5] Преглед на европейските практики в развитието на Социални предприятия и примери за действащи СП в Европа и България, ОП "Административен капацитет" – http://www.socialenterprise.bg

[6] Социалното предприемачество като възможност за обезкуражените млади хора?, УНИЦЕФ, София, 2016, с. 9.

Както бе споменато по-горе на национално ниво е приета Национална концепция за социална икономика. В този стратегически документ е отчетено, че "социалната икономика е едновременно част от реалната икономика и част от гражданското общество, в която физически и/или юридически лица, сдружения на доброволци или други организирани субекти осъществяват стопанска дейност в обществена полза и реинвестират печалба за постигане на социални цели." В Концепцията са дадени няколко дефиниции, имащи отношение към социалните предприятия. Установено е, че "социални предприятия" могат да бъдат кооперации, предприятия и организации, надлежно регистрирани съгласно националното законодателство, чийто предмет на дейност има социален и хуманитарен резултат и те реинвестират печалба за социални цели. При дефинирането на ключовите термини в Концепцията е определено, че "социално предприятие" е "бизнес с водещи социални цели, чиито излишък е реинвестиран обратно в бизнеса или в общността".

На законодателно ниво в България не е въведена легална дефиниция за социално предприятие, нито е приета конкретна законодателна уредба на този особен вид предприятия, които имат ключова роля за развитието на социалната икономика и осигуряването на заетост на уязвими групи от обществото. Следва да бъде отчетено, че българското национално законодателство предлага съответната нормативна база за развитие на дейности, в това число и за такива, имащи характеристики на социални предприятия (Кодекс на труда, Търговски закон, Закон за кооперациите, Закон за юридическите лица с нестопанска цел, Закон за интеграция на хората с увреждания, Закон за насърчаване на заетостта, Закон за социално подпомагане, Закон за малките и средните предприятия, Закон за занаятите и др). Социалното предприятие всъщност следва да бъде възприето като работодател[1] по смисъла на §1, т. 1 от Допълнителните разпоредби на Кодекса на труда, който обаче осигурява изцяло заетост на лица, които попадат в някоя от уязвимите групи на обществото.

Въпреки общото заключение, че са налице съответните законодателни разпоредби, представляващи нормативна основа за създаване на социални предприятия, е необходимо да бъде приет специален закон, регламентиращ обществените отношения свързани с дейността на социалните предприятия, като по този начин ще се систематизира правната уредба и ще се създаде ясна регламентация по отношение на тази обществено значима форма на предприемаческа дейност. Пример за такова законодателно решение са Финландия и Литва, където са приети закони за социалните предприятия, а в Италия социалните кооперации са уредени в закон 381 от 1991 г. Необходимостта от уредба в отделен нормативен акт се обосновава и от особения характер на целите, които си поставят тези предприятия, както и от категориите лица, които ще бъдат заети с извършването на дейността. И не на последно място следва да бъде отчетен и социалния характер на инвестициите, и в частност реинвестирането на печалбата, което разграничава тези предприятия от всички останали. Държавните органи дължат и съответните облекчения от данъчно и осигурително естество, както и от гледна точка на достъпа до обществени поръчки. Освен това, подходящо би било да се установят ред и условия за изплащане на "суб-

[1] Вж Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, С.: Сиби, 1997, с. 37-40; Мръчков, В., Трудово право,

сидии за заетост"[1], като средство за стимулиране на създаването на социални предприятия. Социалното предприятие всъщност следва да бъде възприето като работодател по смисъла на Кодекса на труда

Към настоящия момент данъчни преференции съществуват за специализираните предприятия за хора с увреждания, като съгласно разпоредбата на чл. 178, ал. 1 ЗКПО, корпоративният данък се преотстъпва изцяло на юридическите лица – специализирани предприятия или кооперации по смисъла на Закона за интеграция на хората с увреждания, които към 31 декември на съответната година са членове на национално представителните организации на и за хора с увреждания при определени законоустановени условия.

Регламентирани са и данъчни облекчения за предприятията, които се ангажират с наемане на работа на трайно безработни лица. Съгласно разпоредбата на чл. 177, ал. 1 ЗКПО данъчно задължено лице има право да намали счетоводния си финансов резултат при определяне на данъчния финансов резултат, когато е наело лице по трудово правоотношение за не по-малко от 12 последователни месеца и към момента на наемането му то е: регистрирано като безработно за повече от една година, или регистрирано безработно лице на възраст над 50 години, или безработно лице с намалена работоспособност.

В закона за местните данъци и такси липсва уредба, която да установява данъчни облекчения и освобождаване от местни такси за предприятия, които попадат в обсега на някоя от дефинициите (макар и не законоустановени) за социални предприятия.

В Регламент 346/2013 и Директива 2004/24 за обществените поръчки изрично е призната ролята на социалните предприятия и са дадени насоки за въвеждане на подкрепящи мерки и облекчени условия. На национално ниво в действащият Закон за обществените поръчки е установена процедура за "запазени обществени поръчки", като съгласно разпоредбата на чл. 12, ал. 1 ЗОП Министерският съвет по предложение на министъра на труда и социалната политика определя с решения:

1. списък на стоките и услугите съобразно Общия терминологичен речник, които са предназначени за възлагане на специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания или за стопански субекти, чиято основна цел е социалното и професионалното интегриране на хора с увреждания или на хора в неравностойно положение;

2. програми за създаване на защитени работни места, в рамките на които възложителите имат право да запазят поръчки.

Съгласно ал. 5 на същата разпоредба при възлагане на обществените поръчки по ал. 1 могат да участват лица, при условие че най-малко 30 на сто от списъчния им състав е от хора с увреждания или такива в неравностойно положение. В случаите по ал. 1, т. 1 лицата трябва да са регистрирани като специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания най-малко три години преди датата на откриване на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. А съгласно ал. 6

[1] Във Закона за социалните предприятия на Финландия е предвидено изплащане на такива субсидии, диференцирано, съобразно категориите наети лица, вж http://my.xpressvision.eu/mod/book/print.php? id=390

специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания могат да участват в обществена поръчка по ал. 1, т. 1, при условие че могат да изпълнят най-малко 80 на сто от нейния предмет със собствени машини, съоръжения и човешки ресурс. За изпълнение на условието те могат да ползват подизпълнители или да се позоват на капацитета на трети лица, ако подизпълнителите или третите лица са специализирани предприятия. Предметът на поръчката следва да е включен в списък, утвърден от Министерския съвет, или поръчката се изпълнява по програми за защита на заетостта на лица с увреждания. В Закона за обществените поръчки е установена легална дефиниция за това кои предприятия са "специализирани предприятия или кооперации на хора с увреждания", като съгласно разпоредбата на §2, 46 ДР от ЗОП това са тези по смисъла на чл. 28, ал. 1 от Закона за интеграция на хората с увреждания или техният еквивалент съгласно законодателството на държава членка. По отношение на дефиницията за "хора в неравностойно положение" разпоредбата на §2, т. 62 от ДР ЗОП препраща към чл. 2 от Регламент (ЕС) № 651/2014 на Комисията от 17 юни 2014 г. за обявяване на някои категории помощи за съвместими с вътрешния пазар в приложение на членове 107 и 108 от Договора (ОВ, L 187/1 от 26 юни 2014 г.). В разпоредбата на този Регламент лицата, попадащи в категорията "работещ в неравностойно положение" са изброени изчерпателно. За такова се приема лице, което "не е било на редовна платена работа през последните 6 месеца; или е на възраст между 15 и 24 години; или не е завършило горната степен на общообразователния курс или професионална квалификация (Международна стандартна класификация на образованието; или са изминали най-много две години от завършването му на пълния курс на обучение и което все още не е намерило редовна платена работа и други.

Следва да бъде уточнено, че съгласно разпоредбата на чл. 28, ал. 1 Закона за интеграция на хората с увреждания специализирани предприятия и кооперации на хора с увреждания са тези, които отговарят на следните условия:

1. регистрирани са по Търговския закон или по Закона за кооперациите;

2. произвеждат стоки или извършват услуги;

3. имат относителен дял на лицата с трайни увреждания, както следва:

а) за специализирани предприятия и кооперации за незрящи и слабовиждащи лица – не по-малко от 20 на сто от списъчния брой на персонала;

б) за специализирани предприятия и кооперации на лица с увреден слух – не по-малко от 30 на сто от списъчния брой на персонала;

в) за специализирани предприятия и кооперации на лица с други увреждания – не по-малко от 30 на сто от списъчния брой на персонала;

4. вписани са в регистъра по чл. 29 ЗИХУ.

Видно е, че тези благоприятни законодателни разпоредби не във всички случаи биха били приложими по отношение на социални предприятия, които са регистрирани по реда на Закона за юридическите лица с нестопанска цел, а редица предпри-

ятия, попадащи в обсега на някоя от дефинициите за социални предприятия, са регистрирани именно като сдружения с нестопанска цел[1].

Кодексът на труда също установява съществуването на "специализирани предприятия и цехове за лица с трайно намалена работоспособност". Съгласно разпоредбата на чл. 316, ал. 1 КТ министрите, ръководителите на другите ведомства и общинските съвети са длъжни да създават специализирани държавни (общински) предприятия, а работодателите с повече от 300 работници и служители – цехове и други звена за работа на лица с трайно намалена работоспособност. Дейността на специализираните предприятия, цехове и звена по предходната алинея се планира и отчита отделно, а за работниците и служителите в тях се установяват специфични правила за нормиране, отчитане и заплащане на труда по ред, установен от Министерския съвет (чл. 316, ал. 2 КТ)[2].

Прави впечатление, че в Закона за интеграция на хората с увреждания, Закона за обществените поръчки и в Закона за корпоративното подоходно облагане е използван терминът "предприятие", а не "работодател". Всъщност изброените нормативни актове имат предвид именно специализираното предприятие като работодател, въпреки разликите в дефинициите, установени в Кодекса на труда. В правната доктрина е възприето и назоваването на тези специализирани предприятия като "специализиран работодател"[3], което следва да бъде споделено.

Като част от политиката за насърчаване на социалната икономика и социалните иновации, социалното предприятие е определено и като инструмент за постигане на стратегическите цели, заложени в Европа 2020.

По данни на Националния статистически институт, към 2011 г. безработните лица, които имат траен здравословен проблем са 58 900 лица, а лицата "извън работната сила" с траен здравословен проблем са 450 800[4]. От друга страна трайно безработните лица[5] по данни на Националния статистически институт за 2016 година са 98 800 от общо 247 200 безработни над 15 годишна възраст[6]. Тези данни налагат изводът, който е отразен и в множеството стратегически документи, приети на национално ниво, че е необходимо да се засили ролята на държавата за преодоляването на проблема безработица. Един от механизмите за това е засилена, трайна и целенасочена държавна политика за стимулиране на социалното предприемачество,

---

[1] По данни на НСИ предприятията с нестопанска цел, определили се като социални предприятия са 2115, а нефинансовите предприятия, определили се като социални са 2717 – http://seconomy.mlsp. government.bg/db/bg/nsi-legal-form-bar?

[2] Вж. По тези въпроси Гевренова, Н., Специална закрила на работниците и служителите с намалена работоспособност, С.: Сиби, 2013, с. 61-64; Мръчков, В., Средкова, Кр., Василев, Ат. Коментар на Кодекса на труда, С.: Сиби, 2013, с. 932-934; Средкова, Кр. Трудово право, С. Университетско издателство "Св. Климент Охридски", 2011, с. 283-284.

[3] Вж. по този въпрос Гевренова, Н. Специална закрила на работниците и служителите с намалена работоспособност, С.: Сиби, 2013, с. 57 – 76

[4] Интернет страница на НСИ, данни за лица от 15 до 64 навършени години с поне един траен здравословен проблем или заболяване по възраст, икономическа активност и пол през 2011 г. – http://www. nsi.bg/bg/content/4024/

[5] С продължителност на безработицата 2 и повече години.

[6] Интернет страница на НСИ – http://www.nsi.bg/bg/content/4011/

чрез съответните законодателни решения и облекчения и стимули от различен характер.

Използвана литература

1. Гевренова, Н., Специална закрила на работниците и служителите с намалена работоспособност, С.: Сиби, 2013.
2. Мръчков, В., Средкова, Кр., Василев, Ат. Коментар на Кодекса на труда, С.: Сиби, 2013.
3. Средкова, Кр. Трудово право, С. Университетско издателство "Св. Климент Охридски", 2011.
4. Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, С.: Сиби, 1997.
5. ЗиСИ, Нова обединена програма на ЕС за заетост и социална политика, Европейска комисия, Генерална дирекция "Трудова заетост, социални въпроси и приобщаване", 2013.
6. Преглед на европейските практики в развитието на Социални предприятия и примери за действащи СП в Европа и България, ОП "Административен капацитет" – http://www.socialenterprise.bg
7. Социалното предприемачество като възможност за обезкуражените млади хора?, УНИЦЕФ, София, 2016.

НЕЯСНОТИ В НОРМАТИВНАТА УРЕДБА, СВЪРЗАНИ С УПРАВЛЕНИЕТО НА ЖИЛИЩНИТЕ КОМПЛЕКСИ ОТ ЗАТВОРЕН ТИП. ТРУДНОСТИ ЗА СТРОИТЕЛНИТЕ ПРЕДПРИЕМАЧИ И ФАСИЛИТИ МЕНИДЖМЪНТ КОМПАНИИТЕ

Константин Бобчев, докторант,
катедра "Недвижима собственост",
Бизнес факултет, УНСС,
bobchev@smartconsultants.bg

Резюме

Статията разглежда въпросите, свързани с обособяването и дефиницията на жилищните комплекси от затворен тип въз основа на техните белези, с легалната регламентация и нерешените в действащото законодателство въпроси, касаещи тези комплекси – както по отношение на етажната собственост, така и по отношение на договорите за управление и поддръжка, на които правната уредба не дава отговор,например: Как би следвало да се управляват ЖКЗТ, ако липсва договор за управление и поддръжка или как следва те да се управляват до момента, в който той бъде сключен.; каква е характеристиката на този договор и страните по него, какво е неговото действие и правното значение на неговото вписване. Приведени са примери от съдебни решения, дадени са и предложения и препоръки във връзка с усъвършенстването и тълкуването на правната уредба.

Ключови думи: жилищен, комплекс, затворен, инвеститор, дивелъпър

Abstract

The article discusses issues related to separation and definition of residential gated communities based on their traits to legal regulation and pending in the current legislation questions, about these developments – both in terms of condominium and in terms of contracts management and maintenance of that the legal framework does not address, for example: How should be managed RGC if there is no contract for management and support or how they should be managed until the contract is signed.; What is the characteristic of this contract and the parts to it, what is its action and the legal significance of its listing. There are brought examples of judgments and there are given suggestions and recommendations for improvement and interpretation of the rules.

Key words: gated, community, ownership, investor, developer

I. Жилищен комплекс от затворен тип – обособяване и дефиниция

До приемането на Закона за управление на етажната собственост (ЗУЕС) практически не съществуваше легална регламентация на жилищните комплекси от затворен тип (ЖКЗТ) и реда и управлението в тях беше уреждан по общия ред според действащия тогава Правилник за управлението, реда и надзора на етажната собст-

веност (ПУРНЕС). Това създаваше множество трудности както за строителните предприемачи, изграждащи и продаващи подобни обекти, така и за бъдещите им ползватели. Приетият пред 2009 година ЗУЕС опита да даде правна регламентация на Затворените комплекси. *Лаконичната уредба* от две изречения на въпросния институт обаче постави множество въпроси в практиката.

Може би идеята на законодателя да предложи толкова кратка правна уредба е свързана с *договорния характер* на този "особен режим" на управление на етажната собственост. Въпреки това обаче съществуват няколко важни въпроса, които следва да получат ясен законодателен отговор.

Един от тях е въпросът какво всъщност представлява ЖКЗТ и как възниква той.

Възможно е възприемането на две разрешения: да се приеме, че жилищният комплекс от затворен тип *възниква по силата на закона (ex lege)* при наличието на предвидени от законодателя предпоставки (както възниква правния режим на етажна собственост) или да се приеме, че жилищният комплекс от затворен тип *се учредява с изрично волеизявление* от страна на определени от закона лица, направено в предвидена от закона форма (сключването на договора по чл. 2, ал. 1 ЗУЕС).

За да се отговори на така поставения въпрос, трябва да се разгледа ***законовото определение*** за жилищен комплекс от затворен тип и да се анализират включените в него елементи. Параграф 1, т. 3 от ДР на ЗУЕС дефинира жилищния комплекс от затворен тип като: "*комплекс, обособен като отделен урегулиран поземлен имот, в който са построени сгради в режим на етажна собственост и други обекти, обслужващи собствениците и обитателите, при спазване на изисквания на контролиран достъп за външни лица*".

В така цитираната дефиниция могат да бъдат разграничени няколко основни ***белега***:

а) съществуването на ***един урегулиран поземлен имот***. Именно този имот осигурява единството на комплекса. Сградите в режим на етажна собственост и другите обслужващи обекти следва са изградени в неговите пространствени граници. Сгради в режим на етажна собственост, разположени в различни поземлени имоти, не притежават изискуемата от закона степен на обособеност, която да позволи управлението им като жилищен комплекс от затворен тип;

б) съществуването на ***няколко сгради в режим на етажна собственост***. Вторият белег на жилищния комплекс от затворен тип е свързан с наличието на няколко построени сгради, за всяка една от които е възникнал режим на етажна собственост. Според настоящия текст на законовата дефиниция жилищен комплекс от затворен тип не може да възникне, когато в един урегулиран поземлен имот са построени няколко отделни и самостоятелни постройки, притежавани в изключителна собственост или както съсобственост от различни лица – например еднофамилни къщи. Не попада в съдържанието на дефиницията и хипотезата, при която сградата в режим на етажна собственост е само една;

– съществуването на ***други обекти, обслужващи*** собствениците и обитателите. Наличието на обслужващи обекти в поземления имот е предвидено в параграф 1, т. 3 ДР на ЗУЕС като кумулативно изискване, наред с изискването за съществуване на няколко самостоятелни сгради в режим на етажна собственост. Тези обекти имат

особено предназначение и обслужват ползването на самостоятелните обекти, разположени в сградите в режим на етажна собственост. Те могат да бъдат отделни сгради, съоръжения, площадки, градини, развлекателни кътове, басейни и пр. Ползването им може да бъде свързано с предоставянето на допълнителни услуги на живущите в жилищния комплекс от затворен тип (търговски обекти) или да осигуряват неговото управление (административни обекти);

– въвеждането на ***изисквания за контролиран достъп*** за външни лица. Макар и законовата дефиниция да ограничава правилата за контролиран достъп само до външни лица, те следва да намират приложение и спрямо живущите в комплекса, дотолкова, доколкото последните също трябва да използват определените места за влизане и излизане от комплекса, да спазват процедурите за идентификация, представяне на пропуск и пр.

Тук е мястото, анализирайки законовите разпоредби, да отправим няколко критики и препоръки:

1. Защо е въведено изискването ЖКЗТ да бъде изграден в едно УПИ? Дивелъпърите, занимаващи се с изграждането на подобни комплекси, знаят, че подобни проекти често пъти се изграждат на фази. След успешната реализация на първата фаза, дъвелъпърът търси възможност за закупуване на съседен имот и изграждане на "продължение" на успешния проект. Това често пъти ползва и собствениците и обитатели на вече завършения комплекс – в новите територии обикновено се изграждат нови обекти за общо ползване, а територията, която собственикът може да използва, става по-обширна; за собствениците е много по-привлекателна идеята да продължи в съседство изграждането на същия комплекс, отколкото поредната съседна сграда на друг дивелъпър, която с нищо няма да допринесе за техния комфорт и бъдещо използване на територията.

От друга страна законодателят не е съобразил и изискванията в определени случаи обекти, свързани с инфраструктурата, да бъдат изграждани в обособени УПИ като трафопостове, помпени станции и прочее.

Считаме изискването ЖКЗТ да бъде изграден само в едно УПИ за крайно неуместно и неотговарящо на обективната действителност при положение, че комплексът е с една обща външна ограда и реалната граница между отделните УПИ е единствено документална.

2. Макар и да не е посочено изрично в текста на законовата дефиниция, самостоятелните обекти в отделните сгради, част от комплекса, следва да имат жилищно предназначение. Това следва от самото наименование на института – жилищни комплекси от затворен тип. Как стои въпросът ако в една или няколко сгради, част от ЖКЗТ, има изградени например кабинети или ателиета за индивидуална творческа дейност съгласно чл. 38 ЗУТ или пък офиси и търговски площи? Законодателят не дава решение. Според нас, поради факта, че подобни обекти може да съществуват в една "обикновена" етажна собственост и законодателят регламентира начина на ползването им, **не би следвало да има пречка и в един ЖКЗТ да присъстват такива обекти** при положение, че те не са преобладаващи и комплексът да може да се "определи" като жилищен.

3. По отношение на изискването за контрол на достъпа сме изцяло съгласни със законодателя. Смятаме, че следва по ясно да бъдат определени "изискванията на контролиран достъп за външни лица". Много уместно Несебърският районен съд в решението си № 42/ 09.04.2012 по дело гражданско дело 902 по описа за 2011 г. казва, че един комплекс не може да бъде охарактеризиран като ВКЗТ при положение, че достъпът него се осъществява "през вход с бариера, чрез която се контролира единствено достъпа на автомобили до комплекса при положение, че няма пречка външен човек да влезе в комплекса".

Необходимо ли е волеизявление от страна на заинтересуваните лица за възникване на ЖКЗТ? Според Стоян Ставру в "Как възниква жилищният комплекс от затворен тип?" изграждането на сгради в режим на ЕС както и на обслужващи такива в едно УПИ са *обективно съществуващи предпоставки*, докато изискването за наличието на контролиран достъп до комплекса предполага *изрично волеизявление* в този смисъл "въвеждането" на правила, които да уреждат влизането в и излизането от комплекса, предполага постигането на определено съгласие между етажните собственици; такова съгласие е необходимо и за определянето на предназначението на обслужващите обекти в комплекса. Формата за обективиране на въпросното съгласие е именно писменият договор с нотариална заверка на подписите по чл. 2, ал. 1 ЗУЕС.

Изхождайки от легалната дефиниция и разкритите в нея правни белези на жилищния комплекс от затворен тип, би следвало да се възприеме необходимостта от наличието на сключен договор по чл. 2, ал. 2 ЗУЕС, за да възникне жилищен комплекс от затворен тип.

Законът определя договора като особен режим на управление на етажната собственост и от систематичното място на чл. 2 ЗУЕС следва, че относно управлението на общите части в затворен комплекс не се прилага законът, а само договорът.

II. По отношение на договорът за поддръжка и управление правната уредба не дава ясен отговор на няколко въпроса:

Първият въпрос: Как би следвало да се управляват ЖКЗТ, ако липсва такъв договор или как следва те да се управляват до момента, в който той бъде сключен.

Вторият въпрос е въпросът за характеристиката на разглеждания договор и страните по него.

Третият въпрос се отнася до **действието** на договора и правното значение на неговото **вписване**.

Законът предвижда само страните и формата на договора, но не регламентира неговото съдържание. Уредбата има изключителен характер и затова следва да се тълкува ограничено. Законът въвежда изключение от общия режим на управлението на етажната собственост. Това означава, че след като се въвежда особен режим на управление на общите части, **не е необхдимо** те да се управляват от общо събрание и управител. Смисълът на чл. 2 ЗЕС е правоотношенията по управление на общите части в жилищните комплекси от затворен тип да бъдат предмет не на закона, а на договора. Законът не изключва своето приложение и към жилищните комплек-

си от затворен тип дефинитивно и ако по една или друга причина не се стигне до такъв договор, не би могло да се изключи приложението на закона

Това предполага, че при липса на управление чрез договори за управление между инвеститора и собствениците всяка сграда може да се управлява самостоятелно като ЕС, а общите части на всички ЕС се управляват чрез решения на всички етажни собствености – съвместно общо събрание на етажните собствености, **не на всички собственици в комплекса**! Недопустимо е управлението да се извършва от ОС на всички собственици в комплекса – такъв орган не е предвиден в закона и такъв орган може да произведе нищожни решения – извън законосъобразността на решенията, която се установява по реда на чл. 40 ЗУЕС. В този смисъл е и решението на Пловдовския районен съд, Х граждански състав от 18.11.2016 г. по гражданско дело № : 7853 по описа за 2016 година, в което се казва: "в процесния жилищен комплекс от затворен тип са формирани общи органи на управление за всички сгради в етажна собственост, без да са налице отделни органи за всяка етажна собственост. Това съставлява несъответствие на предвидения от ЗУЕС режим на управление, като същевременно противоречи на правилата на чл. 2, ал. 1 ЗУЕС относно управлението на общите части в комплекси от затворен тип".

Смята ме, че въпреки наличието на договори сключени мвжду инвеститора и собствениците съгласно чл. 2 това не дерогира правто на собствениците да обособят отделни етажни собстеници в отделните вилищни сгради, които са част от комплекса. Тези отделни етажни собствености могат да имат значение единствено по отношение на отделните жилищни сгради, но не и по отношение на общите за целия комплекс части като: паркове, алеи, басейни, контрол на достъп.

Считаме също така съгласно сегашната правна регламентация и решение на ВКС № 1097/ 17.11.11 по гр.д. 630/ 2011 1 г.о.г.к., че в отделните жилищни сгради следва таксата свързана с разходите в тях като: асансьори и почистване в конкретната сграда да се разделят съгласно броя обитатели, а тези за ремонта на конкретната сграда – спрямо идеалните части от сградата. Отделно разходите за общите части в самия комплекс са опеделени в договора за поддръжка по чл. 2 и не виждаме пречка да бъдат оперделяни съобразно идеалните части.

DE LEGE FERENDA – с препоръки към бъдещата правна уредба, считаме, че е уместно изрично законът да изкючи обособяването на отделни етажни собствености и да допусне само с договорът за поддръжка да може, да се регламентират и отношенията свързани с експлоатацията и на конкретните сради.

Считаме също, че поради договорния характер на тези отношения законът трябва да допусне таксата да може да бъде определяна само въз основа на притежаваните ид.ч., а не на броя обитатели – който постоянно може да се променя, което създава неудобство.

Страни по договора

Договорът за управление на общите части на сгради в режим на етажна собственост, построени в жилищен комплекс от затворен тип, **се сключва между инвеститор, от една страна, и собствениците на самостоятелни обекти.**

Едната страна по договора за управление на общите части е собственик или обитател на обект в затворен комплекс. Това може да бъде физическо или юридическо лице – търговец или не търговец. Без значение е с каква цел се ползва притежаваният или обитаваният от него имот

Другата страна законът определя с понятието "инвеститор", за което не е дадено легално определение в ЗУЕС. В същото време това понятие се използва с различно значение в отделните закони, а и поради непрецизността на законовата терминология у нас, вероятно под "инвеститор" ЗУЕС разбира възложителя по смисъла на Закона за устройство на територията. Става дума за собственика на имота или лицето, на което е учредено право на строеж в чужд имот, т.е. лицето, което има право да строи в чужд имот по силата на специален закон. Различието в терминологията се дължи на различните роли, което изпълнява това лице в процеса на строителство и във взаимоотношенията му с останалите участници в строителството и в отношенията след построяването на обекта и продажбата на отделните обекти. Според проф. д-р. Поля Голева в статията ѝ "Договор за управление на общите части в жилищен комплекс от затворен тип": "инвеститорът е правният субект, който продава обектите в новопостроените сгради и който притежава собственост в общите части – басейни, игрища, земя и прочее, върху които не се придобива собственост от купувачите, а те остават за общо ползване. В действителност обаче не винаги се получава така. Обикновената практика е инвеститорът да прехвърля на собствениците и съответните идеални части от земята на комплекса заедно с изградените там съоръжения за общо ползване (детски катерушки, външни басейни и прочее), което е включено в съответната такса за управление и поддръжка. Това е обусловено от факта, че правото на строеж върху земята, върху която е построен Комплексът, е вече реализирано и тази земя би носила единствено данъчно бреме за него. Това не важи за обектите, които, въпреки че имат като функция общо ползване, генерират определен допълнителен доход и правото за ползването им не е включено в таксата за управление и поддръжка като напр. детски градини, СПА центрове, фризьорски салони и др. търговски обекти.

Договорът за управление на общите части в жилищен комплекс от затворен тип е тясно свързан с договора за продажба на отделните обекти, които преминават в индивидуална собственост на купувачите. Двата договора се сключват едновременно и се вписват в имотния регистър с цел да се оповестят на трети лица. Инвеститорът сключва с всеки един от купувачите договор за покупко-продажба на апартамент и договор за управление на общите части. Първият договор има вещно-правно действие, а вторият – облигационно-правно. Първият договор е главен, а вторият – акцесорен. Последният поражда действие само ако отделният самостоятелен обект е преминал в собственост на купувача. Действието на договора за управление е обусловено от действието на договора за покупко-продажба на имота.

Не сме съгласни обаче с редакцията на законодателя, определяща императивно, че едната страна по договора за управление е **"инвеститорът"**. В много случаи строителният предприемач, възложителят, дивелъпърът – както и да бъде наричан той – е специализиран в изграждането и продажбата на сгради и затворени комплекси. Наистина някои "инвеститори" се занимават с последващото управление и

поддръжка на комплексите от затворен тип, но сме свидетели не само в световен и европейски мащаб, но и у нас, на навлизането на множество големи компании в сферата на фасилити мениджмънта, компании с дългогодишен опит и ноу-хау. Съгласни сме изцяло с факта, че комплексите от затворен тип са сложни за управление и поддръжка поради множеството факти като сложните им инсталации и съоръжения, множество обитатели, които особено при затворените комплекси от затворен тип са често чужденци и нямат възможност да присъстват на Общите събрания и поради това е съвсем уместна регламентацията на отношенията, свързани с Управлението и поддръжката, да бъдат регламентирани предварително и ясно посредством договори, но не считаме за удачно дружеството, което ще се занимава с това, да може да е **единствено "инвеститорът" изградил комплекса**! Считаме за по-подходящо още при сключване на договорите да е предвидена възможност това да е както инвеститорът, така и изрично посочена от него компания, осъществяваща тази дейност и която да е страна по договора за управление и която вероятно ще е профилирана в тази дейност и поради това ще предлага услугата с по-добро качество и на по-ниска цена. Това, че този договор има различни страни от договора за покупко-продажба на имота не считаме за пречка той да е негов акцесорен!

Договорът за управление на етажната собственост е с **продължително изпълнение.** Той се сключва за неопределен срок заедно със сключването на договора за покупка на апартамента в затворения комплекс – аргумент от чл. 2, ал. 2 от закона. Предмет на договора е управлението на общите части в затворения комплекс, а управлението е дейност, която се разпростира във времето. Договорът може да бъде сключен и за определен срок – например 1 или 5 години. Ако е без срок, би следвало да се предвидят основанията за неговото прекратяване, в противен случай ще се премине към хипотезата на чл. 87 ЗЗД.

Договорът **има само облигационно, но не и вещно-правно действие.** Той поражда права и задължения само между страните, които са го сключили, но от него не възниква, нито се променя или прекратява вещно право.

Договорът е **формален.** Законът изисква той да бъде сключен в писмена форма с нотариална заверка на подписите на страните и да бъде вписан в партидата на всеки самостоятелен обект – чл. 2, ал. 2 ЗУЕС. До последната редакция на чл 2 от 2011 г. не беше ясен въпросът за вписването и по-скоро къде да се вписва той. Съществуваха откази за вписване, опровергавани от правните теоретици (проф. др Поля Голева и Стоян Ставру Къде се вписва договорът за управление на жилищен комплекс от затворен тип?) Сега това е ясно – договорът се вписва от инвеститора в Агенцията по вписванията по партидата на всеки самостоятелен обект и е противопоставим на неговите последващи приобретатели. По този начин договорът ще бъде оповестен. Третите лица, които възнамеряват да придобият определен имот, ще узнаят за този договор. Това е важно за тях, защото договорът има сила за тях като правоприемници на правото на собственост на имота. В случая е налице отклонение от правилото на чл. 21, ал. 1 ЗЗД, че договорът има действие само между страните, които са го сключили. Този договор по силата на закона обвързва и приобретателите на имоти. Действието на договора се разпростира върху тях по силата на закона – чл. 2, ал. 2 ЗУЕС. Макар законът да използва термина "приобретатели на имоти", е ясно,

че той е противопоставим не само на тези, които придибиват право на собственост от страната, която е сключила такъв договор, но и на тези, които придобиват ограничено вещно право като например, право на ползване или на тези, които придобиват само облигационното право на ползване – наематели или ползватели по договор за заем за послужване. Вписването изпълнява важно защитно действие за инвеститора – осъществяващия управлението и поддръжката, както и за третите лица, които са приобретатели на имота. За инвеститора – защото чрез прехвърлянето на имота няма да се прекрати договора за управление на етажната собственост, а ще настъпи правоприемство и заместване на страната с приобретателя на имота, а за приобретателите защитата се проявява в това, че преди сключване на договора за придобиване на имота те ще имат възможност да узнаят за наличието на такъв договор и да решат дали да го сключат или не. Тяхно е решението дали да поемат наред с правото на собственост и правата и задълженията по съществуващия договор или не. Ако обаче договорът е вписан, със сключването на договор за покупка или наем на апарамента, те се задължават автоматически и по договора за управление на общите части на етажната собственост. Законът не им дава възможност да се откажат от него или да го прекратят с едностранно волеизвление. Законът предвижда **противопоставимостта на договора** за управление на общите части само по отношение на приобретателите на имоти, като под приобретатели се разбират правоприемниците на собствениците на отделните имоти, които са инвидивуална собственост. Договорът е противопоставим и на частните и универсалните правоприемници и на инвеститора.

Използвана литература

1. Ставру, Стоян (2011), Как възниква жилищният комплекс от затворен тип?, https://www.challengingthelaw.com/veshtno-pravo/kak-vaznikva-jilishten-kompleks/
2. Ставру, Стоян (2010), Възникване на жилищен комплекс от затворен тип, сп. "Собственост и право", кн. 5, 2010, стр. 5-15
3. Ставру, Стоян (2009), Въпроси на етажната собственост, София, ИК Сиби, 2009, стр. 282.
4. Ставру, Стоян (2011), Къде се вписва договорът за управление на жилищен комплекс от затворен тип?, https://www.challengingthelaw.com/veshtno-pravo/vpisvane-jilishten- kompleks/
5. Голева, Поля, проф. д-р, Договор за управление на общите части в жилищен комплекс от затворен тип, http://www.trudipravo.bg/index.php/mesechni-spisania/mesechno-spisanie-sobstvenost-i-pravo/menucontsp1/1304-dogovor-za-upravlenie-na-obshtite-chasti-v-zhilishten-kompleks-ot-zatvoren-tip

АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ В ПРАВНАТА РАМКА НА СЕМЕЙНАТА МЕДИАЦИЯ

Юлия Раданова,
адвокат и медиатор

Резюме

Настоящата статия изследва правната рамка на семейната медиация в България, като се фокусира върху приложимата регулация от националноправни и международни източници, намерили приложение в страната. Основният фокус е поставен върху възможността страните да уреждат семейни спорове посредством алтернативните способи за решаване на конфликти, както и да придадат изпълнителна сила на така постигнатата спогодба. Същевременно проучването се стреми да обърне поглед към наднационалната правна уредба в семейноправната сфера, приложимостта на медиацията в нея и да я изведе през призмата на нейното практическо приложение в семейното право у нас.

Ключови думи: семеен спор, семейна медиация, АРС, семеен кодекс, упражняване на родителски права, принудително изпълнение на споразумението за съвместно упражняване на родителските права, международноправна уредба

Summary

This article explores the legal framework of family mediation in Bulgaria, focusing on the applicable regulation of national and international sources having found application in the country. The main focus is on the possibility for parties to settle family disputes through alternative dispute resolution mechanisms, as well as to ensure the settlement thus achieved is enforceable. At the same time, the study seeks to look at the supranational legal framework in the family law, the applicability of mediation in it, and draw it out of the perspective of its practical application in national family law.

Key words: family dispute, family mediation, ADR, family code, custody, enforcement of the agreement on joint custody, international law

I. Общ преглед

Семейните отношения и брачната динамика предполагат и обещават интензитет на обмена и взаимовъздействието на отделните членове, влизащи в кръга на семейството. Макар участниците да имат различни роли от по-голямо или по-малко значение, всички те образуват своеобразна субстанция на съвместно живеещи и делящи общи блага индивиди, за които конфликтът често бива ежедневна реалия. Дълбоко интимните интереси, които някак по дефиниция семейството засяга, пък прави възможността за избягване на конфликти на практика нереализируема. Правото и извечният стремеж за регулация на туй що не се регулира отдавна е вперило поглед в тази блатиста субстанция и действително е създало редица норми, приложими в търсене на изход от семейния конфликт. Част от тези правни норми регули-

рат и разписват процедурата по медиация в семейните отношения – обект на настоящото кратко изследване.

II. Определение за семейна медиация

Преди да преминем към разясняване на приложимата правна уредба по отношение на семейната медиация следва да уточним какво е съдържанието на самото понятие. Нито теорията, нито доктрината на този етап е приела единна дефиниция, която да е закрепена на законодателно равнище. Това налага изкристализирането на едно работно понятие на теоретично ниво, което да разкрие правните принципи и основни начала, заложени в процеса по медиация в семейните отношения. Без да претендира с изчерпателност или подробност, може да бъде дадена следната работна дефиниция относно семейната медиация, а именно: **структурирана доброволна и конфиденциална процедура, при която членове на едно семейство се опитват да намерят решение по спорни въпроси и постигнат споразумение за решаването им посредством трето неутрално лице – медиатор.** Неимоверна част от така изложеното определение се явява понятието "семеен конфликт/спор", което може да бъде дефинирано като открито или прикрито разминаване и противоречие между потребностите и интересите на отделни индивиди, съставляващи част или имащи отношение към дадена семейна среда, изразяващо се противопоставяне по отношение на семейноправни въпроси, включително но не само отношенията между отделните членове на семейството, родителска отговорност и право на лични отношения, отвличане на дете, мерки за закрила на детето, издръжка за деца и бивши партньори, както и други последици от развод или раздяла от имуществен или неимуществен характер. Посочената дефиниция се опира и има за своя основа част от наложените в научната литература дефиниции за конфликт. Предвид това определението намира сходство с даденото такова от Л.Андреева, а именно: "*Конфликтите възникват, когато от човека се иска да се ангажира в дейност, която е несъвместима с неговите потребности или интереси, когато той има поведенческо предпочитание, чието удовлетворяване е несъвместимо с предпочитанията на другата страна, когато съществува ограничено количество от силно желан ресурс (пари, пространство, възможности за работа и т.н.), при различия в нагласите, ценностите, уменията и целите*". Последното, изнесено на плоскостта на семейната среда, намира пряко отношение и приложение в динамиката на семейния микрокосмос. Към това следва да бъдат добавени и петте основни характеристики, развити от Р. Барон и Д. Бърн по отношение на междуличностния конфликт, а именно опирането на последния на следните постулати:

1. Противоположни интереси.
2. Осъзнаване от конфликтуващите страни, че имат противоположни интереси.
3. Убеждения и у двете страни, че другият е навредил или възнамерява да навреди на техните интереси.
4. Течащо взаимодействие между страните.
5. Преки действия, осъществявани от една или от двете страни, които вредят на интересите на другата срана.

Приложението им по отношение на конфликтите в семейна среда не прави изключение, а напротив – затвърждава тяхното значение като основополагащи начала за стартиране на процедурата по медиация. Веднъж стартирала от своя страна процедурата по медиация се провежда при спазване на следната правна рамка.

III. Правна рамка от националноправната уредба

1) **Закона за медиацията**, приет през месец Декември 2004 г., изменен с ДВ. бр. 86 от 24 Октомври 2006г., доп., бр. 9 от 28.01.2011 г., изм. и доп., бр. 27 от 1.04.2011 г. ("**Закон**") и последващо издадената на негово основание Наредба № 2 от 15 март 2007 г. за условията и реда за одобряване на организациите, които обучават медиатори; за изискванията за обучение на медиатори; за реда за вписване, отписване и заличаване на медиатори от единния регистър на медиаторите и за процедурните и етични правила за поведение на медиатора, накратко **Наредба по чл. 8 от Закона за медиацията** (обн. ДВ, бр. 26/27.03.2007г., доп., бр. 29/08.04.2011 г.) – неимоверно заемат основното място в правната уредба на медиацията като цяло и към момента, с изключение на процесуалните закони и Закона за защита на потребителите, съдържат почти напълно правната рамка в сферата. Законът, ведно с подзаконовата нормативна уредба, се явяват общи по отношение регулацията на медиацията като алтернативен способ за решаване на конфликти. Последните не правят конкретна референция, нито предвиждат специфични правила за провеждане на семейна медиация. Независимо от това, именно чл. 3, ал. 1 на Закона изрично посочва, че предмет на медиация могат да бъдат семейните спорове. С това законодателят включва в приложното поле на медиацията семейните спорове без да поставя каквито и да са специфики или изрична регулация относно начина на провеждане на процедурата в семейни конфликти. Единствената разпоредба от Закона, която по някакъв начин обръща внимание на особеностите, присъщи на семейните спорове, е чл. 7, ал. 3, т. 2 от Закона, предвиждаща изрично изключение от поверителния характер на медиационния процес, когато следва да се осигури закрилата на интересите на децата или да се предотврати посегателството над физическата или психическата неприкосновеност на определено лице. Действително цитираната алинея не уточнява, че подобно изключение от поверителния характер на процеса е приложимо относно семейната медиация, макар по естеството си то да намира отражение именно в този вид процеси.

2) **Граждански процесуален кодекс**[1] – следващият нормативен акт, застъпващ в себе си семейната медиация е Граждански процесуалният кодекс (ГПК) в глава 26

[1] В сила от 01.03.2008 г., Обн. ДВ. бр. 59 от 20 Юли 2007 г., изм. ДВ. бр. 50 от 30 Май 2008 г., изм. ДВ. бр. 63 от 15 Юли 2008 г., изм. ДВ. бр. 69 от 5 Август 2008 г., изм. ДВ. бр. 12 от 13 Февруари 2009 г., изм. ДВ. бр. 19 от 13 Март 2009 г., изм. ДВ. бр. 32 от 28 Април 2009 г., изм. ДВ. бр. 42 от 5 Юни 2009 г., изм. ДВ. бр. 47 от 23 Юни 2009 г., изм. ДВ. бр. 82 от 16 Октомври 2009 г., изм. ДВ. бр. 13 от 16 Февруари 2010 г., изм. ДВ. бр. 100 от 21 Декември 2010 г., изм. ДВ. бр. 5 от 14 Януари 2011 г., изм. ДВ. бр. 45 от 15 Юни 2012 г., изм. и доп. ДВ. бр. 49 от 29 Юни 2012 г., доп. ДВ. бр. 99 от 14 Декември 2012 г., изм. и доп. ДВ. бр. 15 от 15 Февруари 2013 г., изм. ДВ. бр. 66 от 26 Юли 2013 г., изм. ДВ. бр. 53 от 27 Юни

"Производство по брачни дела" относно способите за прекратяване на брака. Медиацията в ГПК е предвидена посредством заложеното "напътване" от страна на съда към страните за решаване на конфликти им посредством медиация или друг способ за доброволно уреждане на спорове съгласно чл. 321, ал. 2 от ГПК. По същество така предвиденото задължение се простира в това по време на първото заседание по делото на страните да бъде напомнено за наличието на редица алтернативни способи за намиране на решение и да им бъде разяснено лично и от страна на съдията последиците от развода. В рамките на именно това първо заседание и след като вече е била осъществена проверка относно редовността на исковата молба, съдията не действа като медиатор или посредник. Негова единствена цел е да направи още един, задължителен процесуален опит, спорът да бъде отнесен към разрешаването си извън съда. Законодателят мълчи относно другите алтернативни способи за решаване на брачния спор, реферирани в чл. 321, ал. 2 от ГПК и добавени към "медиацията". Точният им кръг и спецификите на различните алтернативните способи за решаване на видовете брачни искове следователно подлежи на разширително тълкуване. Към тях следва да бъдат отнесени всички способи, които макар заложени в теорията, не са закрепени в нормативната рамка. Тук следва да отбележим помирителните производства, производствата по установяване на факти от неутрално лице, преговори, та дори и семейното консултиране като форма на адресиране на брачния конфликт. Идеята на законодателя по същество е да даде максимална свобода на страните да отнесат конфликта си към неговото адресиране на една друга плоскост и посредством друг вид способи за неговото уреждане. Същевременно и имайки предвид, че по реда на глава двадесет и шеста от ГПК се разглеждат единствено спорове относно исковете за развод, за унищожаване на брака и за установяване на съществуването или несъществуването на брак между страните, заложеното приложение на медиацията е ограничено единствено до обхвата на така очертаните спорове. В това прозира идеята на законодателя да насърчи страните по бракоразводното производство да направят опит да разрешат спора си чрез помирение. Затова и предвиденото заседание по чл. 321, ал. 2 от ГПК за реферирание към алтернативните способи за решаване на спорове често се дефинира като помирително такова и задължително за двата вида развод – по взаимно съгласие и по искане на единия съпруг. Както и в общия случай, така и в процеса по семейна медиация се приема, че времето работи в полза на страните, позволявайки смилане и осмисляне на емоциите и пространство за премисляне и осмисляне на решенията им. В случай, че страните, благодарение на опита за уреждане на конфликта, преценят, че имат нужда да спрат съдебното производство – същото може да бъде преустановено за период до 6 месеца, след изтичането на който и в случай, че не бъде отправена молба за продължаването му, бракоразводният процес се прекратява.

2014 г., изм. ДВ. бр. 98 от 28 Ноември 2014 г., изм. и доп. ДВ. бр. 50 от 3 Юли 2015 г., доп. ДВ. бр. 15 от 23 Февруари 2016 г., изм. ДВ. бр. 43 от 7 Юни 2016 г., изм. и доп. ДВ. бр. 8 от 24 Януари 2017 г., доп. ДВ. бр. 13 от 7 Февруари 2017 г.

3) Семейния кодекс[1] **–** макар непредвидена директно в Семейния кодекс (СК), медиацията намира широко приложение в сферата на развода, уреден в чл. 49 или 50 от СК, разногласията между родителите относно упражняването на родителски права и всякакви други спорове и конфликти, произтичащи и свързани с това. Както и по общия ред, заложен в Закона за медиацията, за да бъде инициирана процедурата по медиация относно семейни въпроси следва да е налице съгласие и на двете страни за участието им в нея. Едва в случаите на съвместно постигнато решение относно напътването на спора към решаването му посредством медиация може да бъде прието, че е налице съгласие за стартиране на процеса. При наличието му страните могат да преценят и предприемат процедура, опосредено която да адресират всички конфликтни въпроси- било то относно развода и дължимото споразумение, което да даде отговор на всички въпроси по чл. 50 от СК, било то относно начина на упражняване на родителските права, местоживеенето на общи деца, осъществяването на пътувания извън границата на страната и всякакви други конфликтни положения, които могат да засегнат семейната сфера.

IV. Особености на правната рамка, приложима в семейната медиация

Тук особено значение следва да отдадем на следните няколко елемента на медиацията и нейното приложение, регулирано или загатнато в рамките на СК:

i. Относно споразумението на съпрузите при развод по взаимно съгласие – чл. 51 от СК изрично урежда минималното съдържание на това споразумение, което следва да бъде налице, за да може последното да бъде одобрено от съда, респективно бракът да бъде прекратен. Т.е. независимо дали споразумението ще бъде постигнато посредством преговори или в процес по медиация, съпрузите следва да имат съгласие относно следния екзистенц минимум: местоживеенето на ненавършилите пълнолетие деца, упражняването на родителските права, личните отношения и издръжката на децата, както и относно ползването на семейното жилище, издръжката между съпрузите и фамилното име (чл. 51, ал. 1 от СК). Макар съдържанието на това споразумение да е императивно с оглед последващото му одобрение от страна на съда, страните могат да уговорят и включат в неговите клаузи и редица други права и задължения, които също така ще подлежат на одобрение от страна на съда. С оглед на това, всичко заложено в сключеното споразумение следва да не противоречи на императивните норми на закона и добрите нрави. Теорията е приела, че става дума за един нехомогенен договор[2]. Нехомогенността на последния произтича от следните паралелно съществуващи елемента, а именно:

---

[1] В сила от 01.10.2009 г., Обн. ДВ. бр. 47 от 23 Юни 2009г., изм. ДВ. бр. 74 от 15 Септември 2009г., изм. ДВ. бр. 82 от 16 Октомври 2009г., изм. ДВ. бр. 98 от 14 Декември 2010г., изм. ДВ. бр. 100 от 21 Декември 2010г., изм. и доп. ДВ. бр. 82 от 26 Октомври 2012г., изм. ДВ. бр. 68 от 2 Август 2013г., изм. ДВ. бр. 74 от 20 Септември 2016г.

[2] Според Л. Ненова основната характеристика на този договор се състои в това, че уреждане в него отношения по начало лежат в компетенцията на съда. Подобно становище, изложено на плоскостта на децата и родителските отношения, изначално противоречи на човешки заложената постановка, че компетентни (освен в случаите на трайна или обективна

1.1. Нуждата от материализиране на сериозно и непоколебимо съгласие на съпрузите относно факта на прекратяване на гражданския брак – тук следва да бъде отчетено, че сериозността и непоколебимостта на съгласието не съставлява нова правна квалификация, на която едно волеизялвение следва да отговаря, за да може последното да произведе правното си действие. Независимо, че законодателят е поставил редица условия за допустимостта на така постигнатото съгласие, не е налице пречка от процесуално или материално естество постигането на "сериозното и непоколебимото съгласие" да бъде осъществено в рамките на процес по медиация посредством участието на медиатор. Практиката е изпъстрена със случаи, където действителният конфликт е именно по отношение на постигането на споразумението за развода, отколкото условностите на неговото уреждане[1]. Именно поради това навременната намеса на медиатор в процеса способства за достигане на действителните интереси на съпрузите и намирането на решение, работещо и за двете страни. Естествено, постигнатото споразумение следва да инкорпорира воля, спрямо чиято действителност намират приложение общите гражданско-правни постановки относно валидността на даденото волеизявление, а именно последното да не страда от някой от пороците по чл. 27-33 от ЗЗД. Същевременно, споразумението следва да бъде постигнато и подписано лично от страните, без правната възможност последното да бъде осъществено по пълномощие. Същото е относимо и спрямо непълнолетните съпрузи, които с факта на стъпване в граждански брак се считат за еманципирани и като такива – не се нуждаят от попечителско съдействие за сключване споразумението за развод. Единствено изключение от това правило е възможността споразумението да бъде подписано от особен представител в случай, че един от съпрузите е поставен под ограничено запрещение, респ. нуждата от второ волеизявление паралелно на това на ограничено запретения не може да бъде преодоляна. Последното не следва да бъде тълкувано като препятстващо съпрузите да участват в процеса по медиация с представителството на свой процесуален представител, който да участва и в самия процеса по медиация.

1.2. Нуждата от постигане на съгласие по всички въпроси относно местоживеенето на ненавършилите пълнолетие деца, упражняването на родителските права, личните отношения и издръжката на децата, както и относно ползването на семейното жилище, издръжката между съпрузите и фамилното име (чл. 51, ал. 1 СК). По същество наличието на съгласие по горепосочените въпроси се явява *conditio sine quo non* за постановяването на съдебно решение за прекратяване на брака. Послед-

---

невъзможност) за полагане на грижи спрямо децата са единствено техните родители. За това следва да бъде подкрепено и становището, че компетентността на съда по отношение на всички въпроси, свързани с децата, произтича единствено от позицията му на орган, предоставящ закрила. Това е и обяснението за предоставената процесуална възмножност на съответно сезирания съд с това да постанови решение относно начина на упражняване на родителските права да се обърне за становище на дирекция "Социално подпомагане", която да предостави независима и безпристрастна оценка относно предложения в споразумението начин за упражняване на родителските права.

[1] Последното дори е възпято в популярната естрада с шлагерното парче "Развод ми дай" на Асен Гаргов.

ното не следва да бъде тълкувано като ограничаващо и задължаващо страните да постигнат споразумение по всички въпроси в рамките на процедура по двупосочни преговори. Напротив, част от задължителните за решаване въпроси могат да бъдат уредени в рамките на процедура по медиация и да бъдат включени в представяното за последващо одобрение от съда споразумение, а част от тях – отнесени към съда за решаването им в рамките на спорно производство. Независимо всичко и каквото и споразумение да бъде постигнато между страните, същото ще подлежи на одобряване от съда в случай, че не противоречи на закона и добрите нрави и при условие, че защитава интересите на децата (чл. 49, ал. 5 СК). Постигането на това споразумение е императивно определено от законодателя условие едва след което съдът може да прекрати брака.

1.3. Необходимостта споразумението да предвижда разрешения, които да отговарят на най-добрия интерес на детето: по същество този елемент от споразумението по чл. 50 от СК осъществява състава на договор в полза на трето лице. Независимо от това обаче режимът по чл. 22 от ЗЗД не намира приложение, тъй като приемането или отказа от страна на третото лице не може да се очаква. С оглед на това семейната медиация обръща и следва да включва изричното внимание от страна на медиатора спрямо интересите на детето и как последните са застъпени от обсъжданата от страните спогодба. Предвид това и макар и към момента нормативната рамка да не предвижда изричното спазване на строго определен ред за провеждането на семейна медиция, императивните изисквания на закона налагат изричното включване на интересите на децата като задължителен реквизит на процеса. Същевременно, уговореният режим за упражняване на родителските права и начина на полагане на родителска грижа спрямо непълнолетните от брака деца подлежи на последващо изменение в случай, че бъде изменена фактическата обстановка и релевантните обстоятелства. Последващата промяна на постановките, относими към положението на децата, по същество се явява и единственото основание за пререшаване на уговорените в споразумението въпроси. Както и при първоначалното споразумение, така и при последващото, родителите могат да се обърнат към медиатор и да отнесат спора към неговото решаване посредством процедура по медиация преди внасянето му за одобрение от съда по реда на чл. 127, ал. 1 СК.

ii. **Относно начина на упражняване на родителски права** – следващ институт, в рамките на който медиацията може да намери приложение и който намира уредба в СК, е относно отношенията родители и деца, глава девета на СК. В днешно време застъпено се говори за т.нар. споделено родителство – един сравнително нов институт на нашето право, базиран на идеята, че упражняването на родителските права може да бъде осъществявано паралелно от двамата родители. Съгласно чл. 123, ал. 2 от СК за да бъдат упражнени родителските права следва да е налице общо съгласие между родителите, като разпоредбата предвижда и препраща решаването на всякакви разногласия да може да бъде осъществено посредством референцията на спора към процедура по медиация. С цел пълнота, на първо място следва да бъде дефинирано понятието "упражняване на родителски права", за да може да бъде разширено разбирането относно спецификите на този подвид семейни

спорове и начините, посредством които последните могат да бъдат овладени чрез процеса по медиация. СК в своите допълнителни разпоредби не предвижда правно въвеждане на определение на точния обхват и обем на последното. Респективно единственото определение от съдебната практика, което е доразвито в теорията и което и до ден днешен не е загубило своето значение е това, дадено в т. I на Постановление № 1 от 12.11.1974 Г. по гр. д. № 3/1974 Г., Пленум на ВС. Съгласно последното "*Под упражнение на родителските права се разбира тяхното ежедневно осъществяване, както и действията по закрилата, защитата и представителството на децата*." Изрично е подчертано, че се предоставя само упражнението на правата, защото задълженията на родителя, комуто не се предоставя упражнението на родителските права, се запазват и при развод. Липсата на конкретика относно изчерпателно изброен набор от специфични права и задължения и елементи на родителската грижа, които следва да бъдат уредени за да бъде прието за осъществено споразумението за упражняването на родителските права, е обусловено от спецификите на всеки отделен случаи, които не позволяват приемането на подобно едностранно законодателно решение. Респективно и пренесено на плоскостта на медиацията, последното би означавало, че в рамките на самия процес медиаторът следва задълбочено да изследва отделните индивидуални потребности на конкретното дете с цел достигане на начина, по който същите могат да бъдат задоволени чрез постигането на едно балансирано холистично решение между страните. Под "интереси на децата" се разбират всестранните интереси на децата по тяхното отглеждане и възпитание – създаване на трудови навици и дисциплина, подготовка за обществено полезен труд и изобщо изграждането на всяко дете като съзнателен гражданин. СК не дава дефиниция на понятието "най-добър интерес на детето", именно който следва да бъде основна цел на всеки процес по медиация в тази сфера. Независимо от това, Законът за закрила на детето в пар.1, т.5 дефинира "най-добър интерес на детето" като преценка на: желанията и чувствата на детето; физическите, психическите и емоционалните потребности на детето; възрастта, пола, миналото и други характеристики на детето; опасността или вредата, която е причинена на детето или има вероятност да му бъде причинена; способността на родителите да се грижат за детето; последиците, които ще настъпят за детето при промяна на обстоятелствата; други обстоятелства, имащи отношение към детето. Международните договори, които имат отношение към концепцията за "най-добър интерес на детето", които са ратифицирани от РБългария и са част от вътрешното ни право, също не дават конкретна дефиниция. Конвенцията за правата на детето на ООН в чл. 3 пар.1 обаче постановява, че "*висшите интереси на детето са първостепенно съображение във всички действия, отнасящи се до децата, независимо дали са предприети от обществени или частни институции за социално подпомагане, от съдилищата, административните или законодателните органи*". Принципът за интереса на децата се съдържа и в Конвенцията за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените на ООН от 1979 г. (ратифицирана и в сила за България от 10.03.1982 г.), която задължава държавите членки да вземат всички подходящи мерки, за "*да гарантират, че семейното възпитание включва правилно разбиране на майчинството като социална функция и признава-*

не на общата отговорност на мъжете и жените във възпитанието и развитието на своите деца и при условие, че във всички случаи интересите на децата бъдат преобладаващи" (чл. 5 б.б) и "*еднакви права и отговорности на мъжете и жените като родители независимо от тяхното семейно положение по въпроси, засягащи техните деца; във всички случаи интересите на децата са преобладаващи*" (чл. 16 б.г). Хартата за основните права на Европейския съюз, също част от вътрешното ни право, в сила от 01.12.2009 г., урежда правата на детето в чл. 24 така: "*Децата имат право на закрила и на грижите, необходими за тяхното благоденствие. Те могат да изразяват свободно своето мнение. То се взема под внимание по въпросите, които ги засягат, в зависимост от възрастта и зрелостта им*". В своята практика по чл. 8 от Европейската конвенция по правата на човека (в частност правото на семеен живот) Съдът по правата на човека също поставя като водещ интереса на детето. За пълнота на изложението следва да се отбележи, че критериите поставени от ВС през 1974 г. касаещи преценката кой от родителите следва да упражнява родителските права се припокрива и с критериите възприемани от други съдилища. Напр. съдилищата в САЩ, в зависимост от местното щатско право, приемат като критерии: качеството на заобикалящата среда, връзките с общността, възпитателските качества на родителите, финансовото състояние на всеки родител, индивидуалните нужди на детето, психологическото здраве на всеки родител, стабилността на домашната обстановка, която всеки родител може да осигури, желанието и чувствата на детето, физическите, емоционалните и/или образователните нужди сега и в бъдеще, до какъв ефект ще доведе промяната и др. Всичко това предполага, че именно подобен анализ на интересите на детето следва да бъде осъществен от медиатора, ангажиран с подпомагането на процес по намиране на начин за съвместно упражняване на родителските права спрямо едно дете. Естествено за осъществяването на последния водеща е ролята на съгласието и активността на родителите – участници в процеса, предимно посредством които може да бъде достигнат съответния интерес.

Независимо от горепосоченото и на следващо място, мнението на близките и на децата не са задължителни в процеса по семейна медиация нито за медиатора, нито при последващото им евентуално отнасяне към съда. С оглед постигането на едно устойчиво споразумение относно начина на полагане на грижа спрямо децата следва да бъдат отчетени всички фактори, които могат да афектират това, а от тях няма как да изключим грижата, влиянието и на част от останалите близки на децата – като бабата, дядото, лели, чичовци и др. Макар да имат далеч от водеща роля в процеса по медиация между родителите, отчитането на техния интерес и моментно и бъдещо участие в живота на детето не следва да бъдат неглижирани. На база на това се постига едно завършено и пълно разбиране на индивидуалните потребности, които детето има и които следва да бъдат отчетени при определяне на начина на упражняване на родителски права. Така макар че задължителните указания на ВС, постановени през 1974 г., не звучат със съвременен изказ, разбирането и принципите залегнали в тях относно начина на полагане на родителска грижа пряко отразява заложеното в Конвенцията за правата на детето на ООН от 1989 г., която в преамбюла приема, че "*детето трябва да бъде напълно подготвено за самостоятелен*

живот в обществото и да бъде възпитано [...] в дух на мир, достойнство, толерантност, свобода, равенство и солидарност". Респективно, последното няма как да бъде осъществено в изолация и при неотчитане на мнението и виждането на останалите важни в живота на детето. Нещо повече, в случай, че детото е достатъчно зряло (а тази зрялост се преценява с оглед спецификите на случая и се презюмира за настъпила с настъпването на 14-годишна възраст), неговото участие и мнение в процеса по медиация следва да бъде взето предвид и отчетено.

iii. **Принудително изпълнение на постигнатото споразумение за съвместно упражняване на родителските права** – гореизложеното кулминира в чл. 127, ал. 1 от СК, съгласно чиято разпоредба на постигнатото между родителите споразумение относно начина на упражняване на родителските им права (*независимо дали посредством участието или не на медиатор)* може да бъде придадена изпълнителна сила и да бъде използвано като изпълнително основание по чл. 404, т. 1 от Гражданския процесуален кодекс. По същество най-новата съдебна практика не само допуска, но и постъпателно утвърждава все по-широкото застъпване на съдебното одобряване в рамките на едно охранително производство на постигнатите спогодби на основание чл. 127 от СК. Последното е извикано за живот поради липсата на изрична нормативна уредбна спрямо децата, родени от двойки, които не са сключили граждански брак, а живеят при режим на съвместно съжителство. С оглед на това, именно процедурата по чл. 127 от СК се явява редът, по който с оглед преустановяването на фактическите отношения между родителите, се решава статуса на децата и последващата грижа спрямо тях. Като императивно съдържание за одобрението на подобни споразумения от съда следва последните да включват решение относно местожителството на детето, начин на упражняване на родителските права спрямо детето и издръжката. Преценката, която съдът прави, за да одобри последните аналогично на одобрението по реда на чл. 51 от СК при развода, включва анализ на съответствието на постигнатото споразумение с императивните норми на закона и добрите нрави. Следва да бъде отчетено че макар и развиващо се като едно охранително производство, утвърждаването на спогодбата по чл. 127 от СК предполага анализ от страна на съда спрямо степента до която постигнатото споразуемение може и е в "*най-добър интерес за детето".* Аналогично и на останалите производство по реда на СК, и тук правомощията на съдията включват правото да изисква по своя преценка становище от компетентната дирекция "Социално подпомагане". Законодателят не установява задължителни процесуални предпоставки или условия, при наличието на които това правомощие да бъде упражненено. Напротив, изискването на становище от дирекция "Социално подпомагане" относно степента до която споразумението отразява интереса на детето е изцяло в дискрецията на съдебния състав, разглеждащ делото, и е още една правна гаранция за най-високата степен на съотнасяне на представеното споразумение като такова в най-висша степен защитаващо правата на децата.

iv. **Относно местоживеенето на детето и пътувания на детето в чужбина** – както вече бе казано по-горе, определенято местоживеенето на детето е в компе-

тенцията на двамата родители и решение относно последното може да бъде постигнато посредством съвместно съгласие в рамките на процес на преговори или опосредено фасилитацията на медиатор. Като частен случай на последното може да бъде взета и разпоредбата на чл. 127а от СК, постановяваща нуждата от намиране на съвместно решение на спорове относно пътувания извън страната. Особеността на тази разпоредба е, че последната може да намери приложение и при наличие на валиден брак, който не подлежи на прекратяване, и при съвместно съжителство от страна на родителите. Законодателят не предвижда изричното препращане или инициране на процедура по медиация за намиране на решение на спора. Към нейното мълчаливо отнасяне можем обачем да съдим от текста на чл. 127а, ал. 2 от СК, съгласно който "*Когато родителите не постигнат съгласие по ал. 1, спорът между тях се решава от районния съд по настоящия адрес на детето"*. Начините, по които родителите ще търсят решение по спора, лежат изцяло в техните лични предпочитания и избор. Това предполага имплицитното залагане на медиацията и всякакви други алтернативни способи за решаване на спорове като средства, предоставени на разположение на страните за решаване на техните разминавания. Едва като последна стъпка обаче следва да се приеме, че законодателят е заложил възможността за отнасяне на спора към съдебното му решаване. Това предполага предхождащото и активно търсене от страна на родителите на алтернативи за решаване на разминаващите им се становища по спорните въпроси, което имплицитно включва и медиацията сред тези средства, предоставени на разположение на страните.

v. **Относно спорове за произход** – макар СК да отделя задълбочено внимание на отношенията на произход и съдебно решаване на споровете, произтичащи от това, законодателят не предвижда изрично препращане/насочване на страните по подобни спорове към тяхното отнасяне за разрешаването им чрез медиация. Подобна непълнота в правната уредбна обаче не следва да бъде тълкува като ограничаваща приложното поле на медиацията в спорове от подобно естество. Напротив, липсата на изрично разписана процедура в тази сфера по никаква начин не се отразява при наличието на съгласие от страна на страните, същите да намерят решение на конфликтните въпроси посредством медиация.

Обобщение

В обобщение, семейната медиация е способ за решаване на конфликти, имащ историческо значение и навлязъл в съвремието благодарение на практическите ползи, доказали се от съществуването му през вековете. В резултат на неговото *de facto* приложение правната регулация настъпателно предвижда изграждането на стройна рамка, фасилитираща за все по-навлизащото приложение на семейната медиация като способ за решаване на конфликти в правната сфера. Тепърва предстои да видим неговото разрастване и достигане до нови висоти, благодарение на които ефективно ще може да бъде търсено решение на споровете в тази най-интимна сфера извън съда.

Използвана литература

1. Румен Рашков, Практическа и консултативна психология при решаване на семейни спорове чрез медиация; статия.
2. Миглена Балджиева, Институт за държавата и правото-БАН,"Forum shopping" при уреждане положението на детето в производствата за развод по взаимно съгласие.
3. Ръководство за международна медиация при семейни спорове.
4. Семейно право, Лиляна Ненова.
5. Коментар на новия Семеен Кодекс – Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова – ИК "Труд и право" – 2009 г.

ФАКТИЧЕСКИ СЪСТАВ НА ОТГОВОРНОСТТА ПО ЧЛ. 19 ДОПК. АНАЛИЗ НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

Ани Митева, докторант,
Юридически факултет,
СУ "Св. Климент Охридски",
a.miteva@law.uni-sofia.bg

Резюме

Посредством разпоредбите на чл. 19 ДОПК е създаден особен случай на лична имуществена отговорност на ръководни органи на задължени за данъци и осигурителни вноски субекти. След измененията на посочените законови разпоредби, в сила от 04.08.2017 г. и 21.11.2017 г, субектният обхват на отговорността по чл. 19 ДОПК е значително разширен като понастоящем обхваща и мажоритарните собственици на капитала на данъчнозадълженото лице, а при определени ситуации и съдружници или акционери, които притежават миноритарни дялове.

Във връзка с увеличаващия се брой ревизионни производства, целящи реализиране на отговорността по чл. 19 ДОПК и все по-обогатяващата се съдебна практика по приложението на посочените законови разпоредби е необходимо по-детайлното анализиране на фактическия състав на отговорността по чл. 19 ДОПК.

Ключови думи: данъци, отговорност, чл. 19 ДОПК, данъчни ревизии

Summary

A special case of personal liability of the management of taxable legal entities has been created through the provisions of art. 19 TIPC. Following the amendments to the aforementioned legal provisions, in force as of 04.08.2017 and 21.11.2017, the subjective scope of the liability under Art. 19 TIPC has been significantly expanded as it currently covers the majority owners of the taxable person's capital and, in certain situations, the shareholders, holding minority shares.

In relation with the increasing number of tax audit proceedings focusing on the realization of the liability under art. 19 TIPC and the increasingly enriching case law on the application of the abovementioned legal provisions the factual composition of the liability under art. 19 TIPC requires a more detailed analysis.

Key words: taxes, liability, art. 19 TIPC, tax audit

Посредством разпоредбите на чл. 19 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК) е създаден особен случай на лична имуществена отговорност на трети лица за данъци и осигурителни вноски на задължени лица по чл. 14, т. 1 и т. 2 от ДОПК[1].

[1] Така и Решение № 15347 от 13.12.2017 г. на ВАС по адм. д. № 4851/2017 г.; Решение № 13882 от 16.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7532/2017 г.; Решение № 12484 от 18.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 11202/2016 г.

По своята правна същност анализираната отговорност представлява субсидиарна отговорност[1] на член на орган на управление, управител, прокурист, търговски представител или търговски пълномощник за задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски на ръководеното[2] от последните задължено лице. След измененията на посочените законови разпоредби, в сила от 04.08.2017 г., субектният обхват на отговорността по чл. 19 ДОПК е значително разширен като понастоящем обхваща и мажоритарните собственици на капитала на данъчнозадълженото лице, а при определени ситуации и съдружници или акционери, които притежават миноритарни дялове. Анализираната отговорност представлява усложнение в данъчното правоотношение, при реализиране на което един трети субект е привлечен да отговаря за чужд дълг.

Целта на настоящето изследване е чрез анализ на разпоредбите на чл. 19, ал. 1 и ал. 2 ДОПК и релевантната съдебна практика да бъде изяснен фактическият състав на личната имуществена отговорност по чл. 19, ал. 1 и ал. 2 ДОПК.

С оглед законосъобразното ангажиране на отговорността по чл. 19 ДОПК е необходимо стриктното съблюдаване изпълнението на чл. 20 ДОПК, съгласно който: *В случаите по чл. 19 обезпечението и принудителното изпълнение се насочва първо срещу имуществото на задълженото лице, за чието данъчно или осигурително задължение се носи отговорност.*

Така, принудителното изпълнение срещу управители, членове на органи на управление и други лица, посочени в чл. 19, ал. 1 ДОПК, е свързано винаги с доказване от страна на публичните изпълнители на несъбираемост на задължението от съответното задължено лице. Необходимо е доказването на неуспешно проведено обезпечително, съответно изпълнително производство, поради което и ангажирането на личната имуществена отговорност по чл. 19 ДОПК е допустимо само и единствено ако публичният изпълнител е изчерпал всички законови средства за удовлетворение на публичните вземания от задълженото юридическо лице/задължено лице по чл. 14, т. 1 и т. 2 от ДОПК[3].

По отношение на съдебната практика следва да се посочи, че тя константна в становището си, че органите по приходите трябва да са предприели всичко необходимо за събиране на вземанията от основния длъжник. Съгласно практиката на Върховния административен съд на Република България (ВАС) обективната невъз-

---

[1] Така и Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г.; Решение № 10744 от 15.10.2015 г. на ВАС по адм. д. № 9849/2014 г.; Решение № 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12588/2013 г., I о.

[2] За разлика от чл. 21, ал. 1 ДПК (отм.) и предходната редакция на чл. 19 ДОПК, след измененията на последния, в сила от 01.01.2016 г., в приложното поле на чл. 19 ДОПК са включени и прокуристи, търговски представители и търговски пълномощници, чиито правомощия са установени в гл. VI от търговския закон. В следствие на посоченото изменение е допустимо ангажирането на личната имуществена отговорност по чл. 19 ДОПК и в хипотезите, при които лицето е било ангажирано единствено с текущата дейност на задълженото лице без да е разполагало с каквито и да е управителни функции.

[3] Така и Решение № 12329 от 15.11.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11247/2015 г; Решение № 11243 от 25.10.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5683/2016 г., VIII о.; Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г., VIII о

можност да се събират задълженията за данъци/осигурително вноски в резултат на недобросъвестно поведение на ръководен орган на съответното задължено лице е предвидена в състава на правната норма, като тя не може да се тълкува разширително, нито да се свързва със затрудняване или с ограничаване на възможността за принудително събиране на задължението[1].

Поради това и не може да бъде подкрепено застъпеното в част от съдебната практика становище, че отговорността по чл. 19 ДОПК представлява "неистинска солидарна отговорност" поради "тъждеството на престациите на длъжника и управляващия"[2].

Отговорността по чл. 19 ДОПК е допустимо да бъде реализирана само и единствено при доказана невъзможност публичното задължение да бъде събрано от задълженото лице. Поради това и публичният взискател не разполага с възможността да избира към кой субект първо да насочи изпълнителните си действия, в което именно се изразява същността на солидарната отговорност съгласно общите правила на гражданското право[3]. За разлика от солидарната отговорност при субсидиарната отговорност (вкл. тази по чл. 19 ДОПК) личната имуществена отговорност е допустимо да бъде ангажирана едва след като взискателят е изправен пред фактическа невъзможност да се удовлетвори от задълженото лице[4]. В този смисъл е и актуалната практика на ВАС[5].

Именно в тази връзка е и социалната функция на чл. 19 ДОПК. Институтът на чл. 19 ДОПК не е средство за преодоляване на бездействието или недостатъчната ефективност на администрацията по събиране на публичните вземания, а способ за ефективно ангажиране на отговорност на управителни и други органи когато в на-

---

[1] Решение № 3068 от 14.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14255/2016 г., I о.; Решение № 3181 от 15.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 3411/2016 г., I о; Решение № 11243 от 25.10.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5683/2016 г., VIII о.; Решение № 140 от 26.01.2015 г. на АдмС – Пловдив по адм. д. № 3698/2013 г., потвърдено с Решение № 2645 от 9.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3166/2015 г., Решение № 12329 от 15.11.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11247/2015 г., I о. Решение № 3616 от 30.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 99/2015 г., VIII о.; Решение № 4407 от 13.04.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3289/2015 г., I о.; Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г., VIII о.,; Решение No 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. No 12588/2013 г. и др.

[2] Вж. Решение № 12216 от 15.10.2014 г. на ВАС по адм. д. № 189/2014 г., I о.

[3] Вж. чл. 122 от Закона за задълженията и договорите.

[4] Друг класически пример за субсидиарна отговорност е личната имуществена отговорност на съдружниците в персоналните дружества по чл. 64, ал. 1, т. 1-2 ТЗ. В тази връзка, съгласно чл. 88 ТЗ По иск срещу дружеството ищецът може да насочи иска си и срещу един или повече съдружници. Принудителното изпълнение се насочва най-напред срещу дружеството, а при невъзможност за удовлетворение – срещу съдружниците.

[5] Напр. Решение № 13049 от 31.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1066/2017 г.; Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г., съгласно което: Отговорността на лицето по чл. 19, ал. 2 ДОПК е субсидиарна и възниква от момента, в който се установи, че задълженията за данъци и задължителни осигурителни вноски, не могат да бъдат събрани от лицето по чл. 14, т. 1 и т. 2 ДОПК; Решение № 9027 от 11.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 4429/2017 г. и др.

рушение на вменените им задължения, умишлено са възпрепятствали събирането на безспорно дължими публичноправни плащания[1].

Така, с изпълнението на задължението за самоначисляване по чл. 105 от ДОПК за данъчната администрация е налице изпълнително основание, въз основа на което последната би могла да проведе принудително изпълнение срещу съответното лице и да предяви своите претенции за заплащане на дължимото (чл. 209 ДОПК). По този начин, чл. 19 ДОПК единствено предоставя гаранции за удовлетворяване на фиска, в случай на доказана невъзможност публичноправното задължение на длъжника да бъде събрано принудително от самия него и при изпълнение на един от сложните фактически състави по чл. 19 ДОПК.

В съдебната практика са подробно анализирани предпоставките за реализиране на отговорността по чл. 19 ДОПК. Трайно установено е разбирането, че е абсолютно задължително безспорното установяване от страна на ревизиращия орган на всеки един елемент от фактическите състави на посочената разпоредба[2].

Следва да се подчертае, също така, че за разлика от типичните ревизионни производства, в които ревизираните субекти следва да установят изгодни за себе си факти и обстоятелства, в случаите на чл. 19 от ДОПК елементите на фактическия състав за ангажиране на отговорността на физическото лице следва да бъдат установени по несъмнен начин от ревизиращия екип в хода на ревизията (чл. 170, ал. 1 от АПК във вр. с § 2 от ДР на ДОПК). Поради това и задължение на приходните органи е да докажат всички елементи на правопораждащия фактически състав като основание за реализиране на отговорността по чл. 19 ДОПК[3].

Разпоредбите на чл. 19, ал. 1 и 2 ДОПК съдържат две самостоятелни основания за ангажиране на субсидиарната отговорност на управителния орган (съгласно ал. 1 и ал 2 на чл. 19 ДОПК). Необходимо е доказването на всеки един елемент от съдържащите се в ал. 1 или ал. 2 предпоставки от ревизиращия орган.

Съгласно разпоредбата чл. 19, ал. 1 ДОПК:

Който в качеството си на управител, член на орган на управление, прокурист, търговски представител, търговски пълномощник на задължено юридическо лице по чл. 14, т. 1 и 2 укрие факти и обстоятелства, които по закон е бил длъжен да обяви пред органа по приходите или публичния изпълнител и вследствие от това

---

[1] Решение No 15873 от 12.12.2012 г. на ВАС по адм. д. No 4426/2012 г.

[2] Решение от 14.09.2015 г. на ВАС по адм. д. No 10623/2014 г., Решение No 10744 от 15.10.2015 г. на ВАС по адм. дело No 9849/2014 г., Решение No 12216 от 15.10.2014 г. на ВАС по адм. д. No 189/2014 г., Решение No 15873 от 12.12.2012 г. на ВАС по адм. д. No 4426/2012 г., Решение No 6570 от 04.06.2015 г. на ВАС по адм. д. No 4012/2015 г., Решение No 14850 от 10.12.2014 г. на ВАС по адм. д. No 1309/2014 г., Решение No 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. No 12588/13 г., Решение No 560 от 16.01.2014 г. по адм. д. No 5389/2013 г., Решение No 2475 от 20.02.2013 г. по адм. д. No 7036/2012 г., Решение No 2676 от 26.02.2013 г. по адм. д. No 6168/2012 г., Решение No 3197 от 06.03.2013 г. по адм. д. No 9015/2012 г. Решение № 8279 от 28.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 2921/2017 г.. и др.

[3] Така и Решение № 14227 от 22.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 10068/2016 г.; Решение № 13049 от 31.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1066/2017 г.; Решение № 8373 от 29.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7063/2016 г.

не могат да бъдат събрани задължения за данъци и/или задължителни осигурителни вноски, отговаря за непогасеното задължение.

Тъй като отговорността по чл. 19, ал. 1 от ДОПК е особен вид субсидиарна отговорност за физическите лица, то посочената отговорност възниква, единствено ако е изпълнен сложният фактически състав, предвиден в посочената разпоредба.

Така, при прилагането на чл. 19, ал. 1 ДОПК е необходимо установяването на кумулативното наличие на предпоставките предвидени в анализираната разпоредба. В частност, следва да се установи, че:

1. Физическото лице, субект на отговорността, притежава качеството член на орган на управление, управител, прокурист, търговски представител или търговски пълномощник на задълженото лице в периода на възникване на публичните задължения на задълженото лице;

2. Физическото лице е укрило факти и обстоятелства, които по закон е било длъжно да обяви пред приходната администрация.

За да възникне отговорност по чл. 19, ал. 1 ДОПК е необходимо на лицата да са известни съответните факти, но въпреки това, при наличие на задължение за обявяването им, същите да не са ги обявили пред приходната администрация[1];

3. При укриването на фактите и обстоятелствата по т. 2 по-горе лицето следва да е действало с умисъл т.е необходимо е установяването на волево поведение на субекта на отговорността, с което последният цели невъзможността да се съберат публичните задължения[2].

4. Причинно-следствена връзка между укриването на факти и обстоятелства и несъбираемостта на задълженията. Съгласно съдебната практика на ВАС с цел законосъобразно реализиране на отговорността по чл. 19 ДОПК е необходимо да е налице уникалност на причинно-следствената връзка между поведението на субекта на отговорността и несъбирането на данъчните задължения, която връзка да представлява единствената причина за невъзможността да бъдат събрани публичните вземания[3].

Отговорността по чл. 19, ал. 2 ДОПК, подобно на отговорността по чл. 19, ал. 1 ДОПК, представлява неистинска субсидиарна отговорност на член на орган на уп-

---

[1] Укриването е определено от съдебната практика като "разминаване между декларираното и действителното положение" – вж. напр. Решение № 560 от 16.01.2014 г. на ВАС по адм. д. № 5389/2013 г., I о. По аргумент за по-силното основание, недекларирането също следва да се счита за укриване. В този смисъл е и Решение № 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12588/2013 г., I о., съгласно което укриването се представлява поведение,, изразяващо се в действие или бездействие.

[2] Съгласно най-новата съдебна практика, напр. Решение № 3181 от 15.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 3411/2016 г., I о.,: "..да е наясно със смисъла на действията си, да предвижда последиците им и съзнателно да иска или да допуска настъпването им".

[3] Решение № 12465 от 17.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14077/2016 г.; Решение No 10744 от 15.10.2015 г. на ВАС по адм. дело No 9849/2014 г., Решение по адм. дело No 7036/2012 г.; Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г., VIII о. Съгласно Решение № 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12588/2013 г., I о. е необходимо установяването на уникалност на каузалната връзка между поведението на субекта на отговорността и несъбирането на данъчните задължения на дружеството.

равление, управител или друг изрично посочен субект за задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски на дружеството. Посочената отговорност по отношение на вземане от публично-правен характер е функция от изпълнението на конкретен фактически състав, визиран в нормата на чл. 19, ал. 2 ДОПК.

Съгласно посочената разпоредба: *Управител, член на орган на управление, прокурист, търговски представител, търговски пълномощник на задължено юридическо лице по чл. 14, т. 1 и 2 носи отговорност за непогасените задължения на задължено юридическо лице по чл. 14, т. 1 и 2, когато недобросъвестно извърши едно от следните действия, в резултат на което имуществото на задълженото лице е намаляло и по тази причина не са погасени задължения за данъци и/или задължителни осигурителни вноски:*

1. извърши плащания в натура или в пари от имуществото на задълженото лице, представляващи скрито разпределение на печалбата или дивидент, или отчужди имущество, включително предприятието, на задълженото лице безвъзмездно или по цени, значително по-ниски от пазарните;

2. извърши действия, свързани с обременяване с тежести на имуществото на задълженото юридическо лице за обезпечаване на чужд дълг и то бъде осребрено в полза на третото лице.

От анализа на цитираната разпоредба може да се заключи, че за законосъобразно реализиране на отговорността е необходимо кумулативното наличие на следните предпоставки:

1. Лицето, което е подведено под отговорност (субектът на отговорността) следва да е управител, член на орган на управление, прокурист, търговски представител, търговски пълномощник по време на възникване на публичноправното задължение[1];

2. Субектът на отговорността следва да е извършил плащания от имуществото на дружеството, представляващи скрито разпределение на печалбата *или* дивиденти *или* отчуждаване имуществото на задълженото лице безвъзмездно или по цени, значително по-ниски от пазарните *или* извършване на действия, свързани с обременяване с тежести на имуществото на задълженото юридическо лице за обезпечаване на чужд дълг и то бъде осребрено в полза на третото лице.

В данъчното законодателство легалното определение за скрито разпределение на печалба се съдържа в § 1, т. 5 на ДР на ЗКПО. Съгласно посочената разпоредба скрито разпределение на печалбата представляват *начислените суми от данъчнозадължени лица в полза на трети лица, несвързани с осъществяваната стопанска дейност или превишаващи обичайните пазарни нива*.

Наличието на скрито разпределение на печалбата или отчуждаване имуществото на задълженото лице безвъзмездно или по цени, значително по-ниски от пазарните

[1] Настоящият анализ не включва разширението на субектния състав на отговорността по чл. 19, ал. 2 ДОПК, установено с измененията и допълненията на чл. 19 ДОПК, в сила от 21.11.2017 г. и изразяващи се във включване на нови ал. 3 и ал. 5 на посочената законова разпоредба, които съществено разширяват субектния състав на отговорността по чл. 19 ДОПК.

следва да бъде безспорно установено от данъчната администрация с оглед законосъобразното ангажиране на личната имуществена отговорност по чл. 19 ДОПК.

3. Субектът на отговорността следва да е извършил деянието по т. 2 недобросъвестно, т.е аналогично на чл. 19, ал. 1 ДОПК е необходимо доказването на наличие на умисъл, волево поведение на субекта, с което последният цели скрито разпределение на печалбата/отчуждаване на имущество на задълженото лице безвъзмездно или по-цени значително по ниски от пазарните като лицето осъзнава, че поведението му води до невъзможността да се събират публичните задължения[1]; Съгласно допълненията в чл. 19 ДОПК, в сила от 21.11.2017 г.: *Смята се, че е налице недобросъвестност по смисъла на ал. 2 и 3, когато действието е извършено след декларираме и/или установяване на задълженията до една година от декларирането и/или издаването на акта за установяване на задължението*.

4. Намаляване на имуществото на задълженото лице, което се изразява в намаляване на активите или увеличаване на пасивите му[2];

5. Невъзможност да се събират задълженията за данъци, респективно задължителни осигурителни вноски;

6. Причинно-следствена връзка[3] между намаляването на имуществото и невъзможността да се събират задълженията за данъци, респективно задължителни осигурителни вноски.

С оглед обхвата на отговорността съгласно чл. 19 ДОПК следва да се посочи, че разпоредбата на чл. 19 ДОПК в двете си алинеи установява отговорност за неизплатени данъци или задължителни осигурителни вноски (данък добавена стойност; корпоративен данък; данък върху доходите от трудови и приравнените на тях правоотношения; задължителни осигурителни вноски за наети лица). Отговорността по чл. 19 ДОПК не следва да включва дължимите от работодателите вноски във фонд "Гарантирани вземания на работниците и служителите", дължими въз основа Закона за гарантираните вземания на работниците и служителите при несъстоятелност на работодателя доколкото посочените вноски не представляват данъчни или осигурителни задължения по смисъла на материалните данъчни/осигурителни закони.

Съгласно разпоредбата на чл. 19, ал 1 ДОПК отговорността е ограничена до размера на несъбраното задължение[1]. Отговорността по чл. 19, ал. 2 ДОПК е ограни-

---

[1] Съгласно съдебната практика, напр. Решение № 3068 от 14.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14255/2016 г., I о., "..недобросъвестността не се презюмира, а подлежи на доказване и се състои в субективно състояние на лицето, което предполага знание на обстоятелството, че е налице публично задължение на дружеството и, че отчуждаването на недвижимите имоти ще осуети на погасяването на това задължение."

[2] В тази връзка, вж. Решение № 12329 от 15.11.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11247/2015 г., I о., Съдът е кредитирал допуснатата съдебно-счетоводна експертиза, съгласно която: отчуждаването на апартаментите в полза на "……..." ЕООД не намалявало активите, а само трансформирало материалните запаси в парични средства и/или вземания от клиенти, които от счетоводна гл. т. не следвало да се изключват от разполагаемото имущество.

[3] Подобно на ал. 1 на чл. 19 и тук следва да е налице уникалност на причинно-следствената връзка между поведението на субекта на отговорността и несъбирането на данъчните задължения, която връзка да представлява единствената причина за невъзможността да бъдат събрани публичните вземания.

чена до "размера на извършените плащания, съответно до размера на намалението на имуществото"[2], но доколкото отговорността по чл. 19 ДОПК е за данъци и осигурителни вноски, дължими от трето лице, отговорността и по чл. 19, ал. 2 ДОПК следва да е ограничена, освен до размера на извършените плащания/намалението на имуществото, и до размера на несъбраното публично задължение на задълженото лице.

В отговорността по чл. 19 ДОПК не следва да се включват лихви за забава поради установената посредством константната съдебна практика забрана за разширително тълкуване на обхвата на анализираната отговорност[3]. В този смисъл е и практиката на Върховния административен съд на Република България.[45].

В заключение следва да се посочи, че увеличаващият се брой данъчно-ревизионни производства по 19 ДОПК и съдебната практика по прилагането му, както и честите изменения и допълнения на посочената законова разпоредба[6] предполагат по детайлно изучаване на фактическия състав на личната имуществена отговорност по чл. 19 ДОПК. Предвид обстоятелството, че чл. 19 ДОПК представлява особен случай на лична имуществена отговорност на трети лица за данъци и осигурителни вноски на задължени лица по чл. 14, т. 1 и т. 2 от ДОПК, при приложението му данъчните органи на Република България следва да анализират наличието на всеки един елемент от сложните фактически състави на чл. 19 ДОПК.

---

[1] Така и Решение № 2645 от 9.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3166/2015 г., I о.; Решение № 6570 от 4.06.2015 г. на ВАС по адм. д. № 4012/2015 г., II о.

[2] Така и Решение № 890 от 27.01.2016 г. на ВАС по адм. д. № 1734/2015 г., I о.

[3] Решение No 15873 от 12.12.2012 г. на ВАС по адм. д. No 4426/2012 г., Решение № 278 от 09.02.2012 г. на Административен съд – Варна по адм. д. No 2973/2011 г.

[4] Напр. Решение № 13623 от 13.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 9714/2015 г., VIII о., съгласно което: "Основателно е оплакването на касатора, че задължението за лихви е вън от обхвата на солидарната отговорност по чл. 19 ДОПК и в тази част задълженото лице правилно се е позовало на Решение № 15873 от 12.12.2012 г., по адм. дело № 4426/2012 г. по описа на Върховния административен съд, първо отделение. Отговорността по чл. 19, ал. 2 е частен случай на отговорност за чужди задължения, поради което разпоредбата следва да се тълкува стриктно. В нея е предвидена отговорност за неплатени данъци или задължителни осигурителни вноски, но не и на лихвите върху тях. Задълженията за данъци са по т. 1 на ал. 2 на чл. 162 ДОПК, съдържаща изброяване на публичните държавни и общински вземания, а лихвите върху тях са по т. 9 на същия текст, т. е. става дума за различни публични държавни вземания. Като не е предвидено изрично, че отговорността по чл. 19, ал. 2 обхваща и лихвите върху установените, но не събрани публични вземания за данъци, такава отговорност на ревизираното лице е незаконосъобразно ангажирана."

[5] В обратния смисъл е Разяснение № 24-00-10 от 30.06.2009 г. относно прилагане разпоредбата на чл. 19, ал. 1 от ДОПК, съгласно което: Отговорността обхваща както самото задължение, така и лихвите, и разноските по събирането му и Разяснение № М-24-33-146 от 3.09.2012 г. относно начисляване на лихви в ревизия по чл. 19 от ДОПК.

[6] 2015 г. чл. 19 ДОПК включваше 2 (две) алинеи. Към настоящия момент чл. 19 ДОПК съдържа 12 (дванадесет) алинеи.

Използвана съдебна практика

1. Решение № 15347 от 13.12.2017 г. на ВАС по адм. д. № 4851/2017 г.
2. Решение № 13882 от 16.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7532/2017 г.
3. Решение № 14227 от 22.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 10068/2016 г.
4. Решение № 13049 от 31.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1066/2017 г.
5. Решение № 12484 от 18.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 11202/2016 г.
6. Решение № 12465 от 17.10.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14077/2016 г.
7. Решение № 9027 от 11.07.2017 г. на ВАС по адм. д. № 4429/2017 г.
8. Решение № 8373 от 29.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 7063/2016 г.
9. Решение № 8279 от 28.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 2921/2017 г.
10. Решение № 7942 от 29.06.2016 г. на ВАС по адм. д. № 2689/2015 г.
11. Решение № 10744 от 15.10.2015 г. на ВАС по адм. д. № 9849/2014 г.
12. Решение № 1072 от 28.01.2014 г. на ВАС по адм. д. № 12588/2013 г.
13. Решение № 12329 от 15.11.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11247/2015 г.
14. Решение № 11243 от 25.10.2016 г. на ВАС по адм. д. № 5683/2016 г.
15. Решение № 3068 от 14.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 14255/2016 г.
16. Решение № 3181 от 15.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 3411/2016 г.
17. Решение № 140 от 26.01.2015 г. на АдмС – Пловдив по адм. д. № 3698/2013 г., потвърдено с Решение № 2645 от 9.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3166/2015 г.
18. Решение № 3616 от 30.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 99/2015 г.
19. Решение № 4407 от 13.04.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3289/2015 г.
20. Решение № 12216 от 15.10.2014 г. на ВАС по адм. д. № 189/2014 г.
21. Решение № 15873 от 12.12.2012 г. на ВАС по адм. д. No 4426/2012 г.
22. Решение от 14.09.2015 г. на ВАС по адм. д. No 10623/2014 г.
23. Решение № 6570 от 04.06.2015 г. на ВАС по адм. д. No 4012/2015 г.
24. Решение № 14850 от 10.12.2014 г. на ВАС по адм. д. No 1309/2014 г.
25. Решение № 560 от 16.01.2014 г. по адм. д. No 5389/2013 г.
26. Решение № 2475 от 20.02.2013 г. по адм. д. No 7036/2012 г.
27. Решение № 2676 от 26.02.2013 г. по адм. д. No 6168/2012 г.
28. Решение № 3197 от 06.03.2013 г. по адм. д. No 9015/2012 г.
29. Решение по адм. дело No 7036/2012 г.
30. Решение № 2645 от 9.03.2016 г. на ВАС по адм. д. № 3166/2015 г.
31. Решение № 890 от 27.01.2016 г. на ВАС по адм. д. № 1734/2015 г.
32. Решение № 278 от 09.02.2012 г. на Административен съд – Варна по адм. д. № 2973/2011 г.
33. Решение № 13623 от 13.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 9714/2015 г., VIII о.

ОТГРАНИЧЕНИЕ НА ПРОЦЕСУАЛНОТО ОТ МАТЕРИАЛНОТО ПРАВО ЧРЕЗ АНАЛИЗ НА ПРЕДНАЗНАЧЕНИЕТО ИМ В ПРОЦЕСА НА ПРАВНО РЕГУЛИРАНЕ

Любомир Стоянов, докторант,
катедра "Теория и история на държавата и правото",
ЮФ на СУ, хон. ас. при Академията на МВР
l_p_s@abv.bg

Резюме

Изследваме предназначението на процесуалното право в процеса на правно регулиране, от една страна според теорията на Харт за правото като единство на първични и вторични правила, а от друга, според институционалната теория. Показваме, че някои от твърденията на двете теории описват едни и същи характеристики на процесуалното право, но на различни онтологични равнища. Теорията на Харт описва проявлението им в sollen, а институционалната теория – в sein. Възможността да достигнем до сходни изводи с приложението на два различни подхода ни дава основание да предложим идентифицираните по този начин характеристики на процесуалното право да се използват при дефинирането на критерий за отграничаването му от материалното.

Ключови думи: процесуално право, вторични правила, институционализъм

Summary

We examine the purpose of procedural law in the process of legal regulation, on the one hand according to Hart's theory of law as the unity of primary and secondary rules, and on the other according to the institutional theory. We show that some of the assertions of the two theories describe the same features of the procedural law but at different ontological levels. The Hart's theory describes their manifestation in sollen and the institutional theory – in sein. The ability to achieve similar conclusions by the application of two different approaches, gives us a reason to propose that the features of the procedural law thus identified should be used when defining a criterion to distinguish it from the substantive law.

Key words: procedural law, secondary rules, institutionalism

Един от най-жизнеспособните и самобитни умове – Стаффорд Бир казва, че "Целта на системата е това, което тя прави"[1], а най-големият принос на кибернетиката е разкриването на факта, че това, което системата прави се определя най-вече от нейната структура – начинът, по който частите от цялото са свързани помежду си.[2] Възприемайки това като изходна методологична позиция, в настоящата работа

[1] Beer A. S., Diagnosing the System For Organozations, John Wiley and Sons, Chichester, 1985, p. 99.

[2] Beer A. S., Platform For Change John Wiley and Sons, Chichester, 1975, 1994, p. 221.

ще идентифицираме някои особености на процесуалното право, изследвайки предназначението му в процеса на правно регулиране, като държим сметка, че това предназначение се определя от връзките между самите процесуални норми и от връзките им с материалните.

Анализираме предназначението на процесуалното право в процеса на правно регулиране като разглеждаме и съпоставяме две теории, които използват функционален критерий при изграждане на своите класификации. Това са теорията на Харт за правото като единство на първични и вторични правила и институционалната теория на проф.Бойчев. Ще покажем, че двете класификации използват един и същ критерий за делене, приложен веднъж към проявлението на правото във sein и веднъж към проявлението му в sollen. Като следваща стъпка ще определим мястото на процесуалното право в тези класификации и ще покажем, че някои от твърденията на двете теории описват едни и същи характеристики на процесуалното право, но на различни онтологични равнища. Това от своя страна ни дава основание да предложим идентифицираните по този начин характеристики на процесуалното право да се използват при дефинирането на критерий за отграничаването му от материалното.

Правото като единство на взаимодействащи си първични и вторични норми

За Харт правото е система от първични и вторични правила[1]. Първичните норми "се отнасят до действия, включващи физическо движение или промяна"[2], а вторичните "предвиждат операции, които водят не просто до физическо движение или промяна, а до създаването или промяната на дългове или задължения"[3]. Харт достига до критерий за отграничение на първичните и вторичните норми чрез мисловен експеримент като си представя модел на общество, ръководено само от първични норми, налагащи задължения. Това са норми, съгласно които "от човешките същества се изисква да извършват или да се въздържат от определени действия, независимо дали искат, или не".[4] Този модел е "краен случай, който въпреки че вероятно никога не е бил реализиран напълно в никоя действителна общност, си заслужава да бъде разгледан"[5], защото ако от него се опитаме да достигнем до модел, описващ действителна общност от хора, регулирана от правна система, ще разкрием една съществена характеристика на правото – то е нормативна система,

[1] Той използва термина "rule", в буквален превод "правило", но от смисъла, който придава на този термин, отграничавайки го от смисъла на термина "правен принцип" (вж. Hart, H. L. A. The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 259–263), може да се приеме, че с термина "правило" той означава понятие, което е много близко по своето съдържание до понятието, което в българската правна наука се означава с термина "правна норма". Тази близост ни дава основание по съображения за терминологична "яснота", в настоящото изследване на определени места да използваме термина "правна норма".

[2] Ibid., p. 81.

[3] Ibid., p. 81.

[4] Ibid., p. 81.

[5] Ibid., p. 93.

която винаги съставлява единство на взаимодействащи си първични и вторични норми. Харт достига до този извод като показва, че първичните норми притежават недостатъци, които могат да бъдат преодолени само чрез норми, които са на "различно ниво от първичните правила, защото те са изцяло относно такива правила"[1].

Първият недостатък на първичните норми, налагащи задължения е тяхната *неопределеност.* Ако възникнат въпроси, относно това дали дадено правило е правна норма, или какъв е неговият обхват, първичните норми нямат механизъм, по който да ги разрешат.[2]

Вторият недостатък на първичните норми е тяхната *статичност.* В общество регулирано само от такива норми няма средства, с които правилата целенасочено да се адаптират към променящите се обстоятелства, било чрез премахването на стари, било чрез въвеждането на нови правила.[3]

Последният недостатък на първичните норми е тяхната *неефикасност* по отношение на социалния натиск, с който правилата се поддържат. Първичните норми, налагащи задължения не предписват механизми за разрешаване на спорове относно това дали определено правило е било нарушено или не.[4]

Ядрото в теорията на Харт е разбирането, че средството за преодоляване на всеки от тези недостатъци е въвеждането на вторични норми с определен вид функции[5], а самото въвеждане на такива норми пък представлява преход от предправна към правна организация на обществените отношения.[6] Всъщност, както по-долу ще бъде показано, въвеждането на вторичните норми, осигурява взаимодействието между първичните норми и ги превръща от множество в система от правила.

Така, за да се преодолее неопределеността на първичните норми, се въвеждат вторичните *правила за признаване*, които предписват на своите адресати поведение, което най-общо се изразява в това да се прилагат като правни само онези норми, които притежават указаните в нормите на признаване характеристики.

Статичността пък се преодолява чрез *правилата за промяна,* предписващи на своите адресати поведение, което се изразява във възможността, при определени обстоятелства, чрез обективиране на своите волеизявления да създават нови, да

---

[1] Ibid., p. 94. В българската теория има автори, които приемат, че те не съдържат правило за поведение. Не приемаме тезата и сме показали, че всички правни норми съдържат правило за поведение, защото поведението на техните адресати е единственият механизъм, чрез който нормите могат да бъдат реализирани. Особеното при вторичните норми е само насочеността на поведението, което тези норми предписват. вж. Стоянов Л., Процесуалните норми в контекста на класификацията на нормите на първични и вторични, сборник Научни четения на тема "Правни норми и правни принципи", УИ "Св. Климент Охридски", София, 2017, с. 525-527. В този см. вж. в същия сборник и Шопов А., Правната норма – някои размисли, с. 416-417.

[2] Hart, H. L. A. The Concept, p. 92.

[3] Ibid., p. 92-93.

[4] Ibid., p. 93-94.

[5] Една и съща правна норма, може едновременно да изпълнява няколко от тези функции. В т.см. вж. Ibid., p. 96.

[6] Ibid., p. 94.

променят съдържанието на вече съществуващи правни норми или да преустановяват тяхното действие.

И накрая, проблемът за неефикасността на първичните норми се разрешава с въвеждането на *нормите за юрисдикция*, които предписват на своите адресати поведение, което се изразява във възможността, чрез обективирани по определен ред свои волеизявления, да разрешават спорове относно съдържанието и изпълнението на първичните норми.[1]

Въпросът, къде в тази класификация попадат процесуалните норми сме разглеждали като основен предмет на друго наше изследване[2], поради което тук ще споделим само крайният извод, а именно, че процесуалните норми според Харт са част от множествата на вторичните норми за признаване, промяна (когато предоставят публична власт) или юрисдикция, чието поведение е насочено към преодоляване на някой от недостатъците на първичните норми.

В настоящата работа следва да се добави, че щом процесуалните норми според Харт са винаги вторични, то тогава първичните норми са винаги материални. От това не следва обаче, че не съществуват вторични материални норми. Живко Сталев също приема, че гражданският процес има служебен, вторичен характер спрямо материалното право.[3]

В обобщение, за Харт системата от правни норми представлява структура, изградена от две подсистеми – на първичните и на вторичните норми, които се отграничават една от друга по функциите, които осъществяват в процеса на регулиране на обществените отношения. Подсистемата на вторичните норми е на различно "ниво" и е предназначена да придаде качеството система и на множеството на първичните норми. Процесуалните норми в частност са норми, които винаги осъществяват функцията по преодоляване на някой от посочените недостатъци на първичните норми и следователно са винаги вторични. Допълнително знания за особеностите на процесуалните норми можем да извлечем, ако анализилраме в какъв смисъл те са на различно "ниво" от първичните.

Поставяме термина "ниво" в кавички, тъй като никъде в The Concept of Law, Харт не го изяснява. Може да допуснем, че се има предвид йерархично ниво, в смисъл, че вторичните норми стоят по-високо от първичните в йерархията на правните норми. Възприемането на такова съдържание на термина "ниво" обаче, влиза в противоречие с наблюдаваното в правните системи. Първични норми се съдържат в нормативните актове от най-високо равнище и обратното, вторични норми се съдържат в законови и подзаконови нормативни актове. В действителност, въз основа на изложеното от Харт можем да твърдим само, че на върха на йерархичната структура на всяка правна система по необходимост стои една вторична норма на признаване, която поставя начало на тов, което в доктрината е известно като вериги на

---

[1] В българската доктрина са предложени и други класификации на видовете вторични норми. вж. Вълчев Д., Лекции по обща теория на правото., Сиела, София, 2016, с. 177-183.

[2] Стоянов Л., цит. съч.

[3] Сталев Ж., Българско гражданско процесуално право, Наука и изкуство, София, 1970, с. 61.

валидността. Останалите вторични норми могат, но не е задължително да бъдат по-високо от първичните в йерархията на правните норми.

От съвременните класификации на подвидовете вторични норми също следва, че на терминът "ниво", в тезата на Харт, за вторичните норми като стоящи на различно ниво от първичните[1], не трябва да се придава смисъл на йерархична субординация. Даниел Вълчев например, подразделя вторичните норми в зависимост от "служебната" функция, която изпълняват на норми, отнасящи се до условията за валидност и приложимост в една правна система и норми с правно-технически функции (основно насочени към правна икономия).[2] В множеството на нормите с правно-технически функции авторът поставя например – дефинитивните норми. Не е състоятелно да се твърди, че една дефинитивна норма, установяваща смисъла на определено понятие, стои по-високо в йерархията от първичната норма в същия нормативен акт, съдържаща понятието, чийто смисъл се изяснява с вторичната норма. Те са разположени в един акт и на едно равнище в йерархията на нормите. В какъв смисъл тогава, вторичните норми са на различно ниво от първичните?

Първичните и вторичните норми са в отношение на система към метасистема

За да си отговорим на този въпрос, нека преди това се върнем и в детайли да разгледаме причината, поради която се появяват вторичните норми – неопределеността, статичността и неефикасността на първичните норми, които се определят като недостатъци. Защо това са недостатъци може да се изясни чрез интерпретирането на проблема в системен контекст, въз основа на Общата теория на системите.

Нормативните, както и всички останали системи, се разглеждат като нещо отделно от заобикалящата ги среда поради единствения факт, че поведението им зависи основно от вътрешната им структура, а не от въздействията на средата, в която функционират.[3] Структурата е начинът, по който елементите на системата са взаимосвързани. Именно взаимосвързаността на елементите ѝ, отделя системата от нейната среда[4]. За да се превърне едно множество от елементи в система, необхо-

---

[1] Hart, H. L. A. The Concept, p. 94.

[2] Вълчев Д., Лекции по обща теория, с. 177-183 Приемаме в този случай за методологически допустимо да направим извод за теорията на Харт, въз основа на класификация извършена от друг автор, тъй като считаме, че множествата на вторичните норми при Харт и при Вълчев се покриват, а различията са само в класификационните критерии за вътрешните им подразделения. Всеки един от примерите, които Вълчев предлага в своята класификация може да бъде отнесен към някой от трите вида вторични норми на Харт.

[3] Beer A. S., Platform, p. 221.

[4] Берталанфи определя системата като "…съвкупност от елементи, които взаимодействат по между си. Взаимодействие означава, че елементите "p", се намират в отношение "R" така, че поведението на елемент "p" в отношение "R" е различно от поведението му в отношение "R¹". Ако поведенията в "R" и "R¹" не се различават няма взаимодействие и елементите имат поведение, което е независимо от отношенията между тях. Bertalanffy L., General System Theory Foundations, Development, Applications, George Brazziller Inc., New Yourk, 1968, p. 42.

димо е "нещо" да предизвика взаимодействие между тях. Системата е система и защото е способна да се адаптира, т.е. да продължава да функционира, независимо от въздействията, които средата ѝ оказва. Ако системата не се адаптира, възниква риск тя да престане да съществува, защото, ако поведението на едно множество от елементи започне да се определя основно от въздействията на неговата среда, а не от вътрешните взаимодействия между елементите, това множество престава да бъде система.

От гледна точка на Общата теория на системите, твърдението на Харт, че *неопределеността* на първичните норми е недостатък, се обяснява с това, че първичните норми събрани на едно място представляват множества, но не и системи, защото липсва "нещото", което да осигурява взаимодействие помежду им. Взаимодействието между първичните норми, за да образуват те система, започва с посредничеството на правилата на признаване, защото без тях не могат да се формират вериги на валидността.

Статичността в системен контекст би означавала невъзможност за адаптация, която се преодолява чрез правилата за промяна, предписващи поведение, изменящо системата съобразно нейната среда.

Неефикасността отново е израз на невъзможност за адаптация, защото както и Келзен, Харт приема, че валидността на цялата правна система е не юридически, а фактически въпрос[1]. Един от факторите, влияещ на тази валидност, е спазването на първичните норми от техните адресати. Следователно, валидността на цялата правна система е външен за нея въпрос, но той се явява предпоставка за съществуването ѝ. Ето защо в системен контекст валидността на системата може да се интерпретира като въздействие на средата върху правната система, последната да осигурява социален натиск, гарантиращ спазването на първичните норми. Необходимият социален натиск осигуряват *нормите за юрисдикция*, предписващи на своите адресати поведение, което се изразява във възможността, чрез обективирани по определен ред свои волеизявления, да разрешават спорове относно съдържанието и изпълнението на първичните норми.

Логично следва въпросът, какво предизвиква тези недостатъци на първичните норми? Отговорът според нас е невъзможността на първичните норми за самопозоваване, което е видно от извършения системен анализ на трите недостатъка. Под възможност за самопозоваване разбираме, ограничение в логиката на първичните норми, което пречи те да предписват такива правила, чието изпълнение да води до въздействие върху самите тях. Причините за това са две – начините на дефиниране правилото за поведение в първичните норми и насочеността на поведението, което предписват. Първичните норми на Харт са изразени или като задължение или като забрана. Това е видно от определението, което той им дава като правила, съгласно които "от човешките същества се изисква да извършват или да се въздържат от определени действия, независимо дали искат, или не."[2] Статичността, неефикасността

[1] Hart, H. L. A. The Concept, p. 112-113., в т.см. вж. Вълчев Д., Лекции по обща теория, с. 221.

[2] Hart, H. L. A. The Concept, p. 81.

и неопределеността обаче, могат да бъдат избегнати само чрез правила от разрешаващ тип.

Няма как на статичността, изискваща правило за поведението, изразяващо се във възможност да се създават или премахват правила в правната система, да бъде отговорено с правило, установяващо задължение, още по-малко забрана. Същото е и с неефикасността, изискваща правило за поведение, изразяващо се във възможност за преценка по вътрешно убеждение, дали едно лице е осъществило правонарушение или не. Правилата за разпознаване не правят изключение. Те винаги са адресирани до официални лица и предписват поведение, което най-общо се изразява във възможността за преценка, въз основа на установените в първилото критерии, дали една норма е валидна или не. Това изисква правилото на признаване също да бъде от разрешаващ тип.

Обстоятелството, че за преодоляване недостатъците на първичните норми са необходими вторични норми от разрешаващ тип, не означава обаче, че всички вторичини норми са от такъв тип. Така например, голяма част от процесуалните норми, които се числят към нормите на юрисдикция, са от задължаващ тип, защото без такива норми едва ли би могло да се изграждат процедури. Като пример за вторична норма, чието правило за поведение е от задължаващ тип, проф.Вълчев например посочва обективираното в чл. 36, ал. 1 от НПК правило, че "Делото е подсъдно на съда, в чийто район е извършено престъплението". Според автора това вторично правило "задължава съответните длъжностни лица…да имат определено поведение"[1].

Всичко изложено позволява да се направи извод, че вторичните норми са на различно ниво от първичните, в смисъл че вторичните норми имат по-голям набор от логически средства за изразяване на правилата за поведение, в сравнение с първичните. Поради това поведението, което е необходимо, за да се превърнат и функционират първичните норми като система, и което не може да бъде формулирано в собствената им логика, се изразява в логиката на вторичните норми. При тях това е възможно, поради наличието на изказвания от разрешаващ тип. Това са отношения на система (първичните норми) към метасистема (вторичните норми). Връзката между системата и метасистемата не означава, че последната има някакъв специален авторитет над системата, а само и единствено, че метасистемата има логическия капацитет да изразява и обяснява неща, които са неизразими и необясними на езика на системата.[2] Нещо повече, това означава, че качеството "мета", на една система се определя и от това доколко тя е приспособена да преодолява логическите недостатъци на системата от по-ниско логическо ниво. В този смисъл, характеристиките на първичните норми определят характеристики на вторичните, а вторичните от своя страна обратно въздействат върху вторичните. Това е още един аргумент, че не може да разглеждаме отношенията между първичните и вторичните норми като отношения на субординация.

Ако към последното прибавим и изводите, че процесуалните норми са част от метасистемата в правото, която образува и взаимодейства с подсистемата на пър-

[1] Вълчев Д., Лекции по обща теория, с. 175-176.
[2] В т.см. Beer A. S., Platform., p.71.

вичните норми, които винаги са материални, получаваме още един аргумент за несъстоятелността на някои опити в теорията да се обоснове примат на материалното над процесуалното право или обратното. Двете са в отношение на взаимодействие между система и метасистема. Подобно е и становището на проф.Сталев, според който материалното право и гражданския процес образуват функционално единство, в рамките на което те запазват самостоятелното си битие, но взаимодействайки си, взаимно се обуславят.[1]

Чрез първичните норми се въздейства в sein, а чрез вторичните в sollen

Вторичните норми са на различно ниво от първичните и от гледна точка на насочеността на поведението, което предписват. Считаме, че поведението на първичните норми е винаги насочено към въздействие в sein, а поведението на вторичните към въздействие в sollen.

Показахме, че първичните норми, не могат да предписват поведение, което да въздейства на самите тях. Това означава, че поведението им може да е насочено към предизвикване на промени единствено извън самата система от правни норми. Извън нея стоят други системи от правни норми (на националните правни системи и на международното право) и други нормативни регулатори, а също и част от елементите на sein. Взаимодейтвието между националните системи, системата на международното право и останалите нормативни регулатори се осъществява посредством вторични норми като например: нормите на признаване, чрез които другите регулатори се превръщат в субсидиарни източници на правото. Следователно поведението предписвано от първичните норми остава да бъде насочено към въздействие върху sein. Това кореспондира и с определението, което Харт им дава като отнасящи се до действия, включващи физическо движение или промяна[2].

Вторичните норми от своя страна пък, преодоляват неопределеността, статичността и неефикасността на първичните норми, като въздействат със самите тях и с останалите нормативни регулатори. Това означава, че поведението, което вторичните норми предписват е насочено към предизвикване на промени в sollen. Така например, чрез поведението на адресатите на нормите на разпознаване и промяна се изграждат веригите на валидността в системата от правни норми. Вече беше посочено, че взаимодействието между нормативните системи в sollen също се осъществява от вторични норми. От тази гледна точка, нормите на юрисдикция предписват поведение, което води до утвърждаване на първичните норми, като по този начин се обезпечава валидността на системата от правни норми в цялост. Независимо, че тази валидност е фактически, а не юридически въпрос, тя е предпоставка за съществуването на системата от правни норми в дължимото. В този смисъл, поведението в нормите на юрисдикция, също е насочено към правната система разположена в sollen, защото осигурява една от предпоставките за нейното съществуване. Проф.Сталев също приема, че *социологическата зависимост на материалното*

---

[1] Сталев Ж., Българско гражданско, с. 60.
[2] Hart, H. L. A. The Concept, p. 81.

право от гражданския процес като институция се състои в зависимостта на ефикасността на гражданския правен ред от ефикасността на гражданския процес.[1]

Щом поведението на всички вторични норми е насочено към въздействие в sollen и всички процесуални норми са вторични, следва изводът, че и поведението на всички процесуални норми е насочено към въздействие в sollen.

Изводите, че вторичните норми са метасистема по отношение на първичните и че поведението, което вторичните норми предписват е насочено към въздействия, имащи ефект в sollen, позволяват да се изяснят и други особености на процесуалните норми.

Проф. Михайлова например, също говори за това, че свойствата на правото се разполагат на различни нива. Процесуалното и материалното право според нея са на различни нива, като процесуалните норми осигуряват фундаментални свойства на правото като способността му да обвързва и да се самосъхранява.[2] Това твърдение се подкрепя и от направените в настоящото изследване изводи, че като вторични норми, поведението на процесуалните правила е насочено към въздействие в sollen и че първичните норми са материални и следователно поведението им е насочено към въздействие върху съществуващата действителност.

Разликите в насочеността на правилата за поведение в материалните и процесуалните норми позволяват да се обяснят и особеностите на процесуалните правоотношения, свързани с техния обект. В Общата теория на правото обектът на правоотношението се определя като благото, към което е насочено поведението, установено като субективни права и юридически задължения.[3] В този смисъл, от извода, че процесуалните норми винаги предписват поведение, насочено към sollen следва, че обекти на процесуалните отношения могат да бъдат само такива нематериални блага, които са елементи от *дължимата действителност*, т.е. общи или индивидуални правила за поведение. Това твърдение намира потвърждение и в изводите на Живко Сталев относно това, че процесуалните правоотношения имат изключително вътрешно процесуално значение, преходен характер, развиват се по повод на незаконосъобразното развитие на гражданските правоотношения и целят да възстановят нормалното им функциониране. Родено от нуждата за защита, то умира, когато я удовлетвори.[4] Не може обаче да се твърди обратното, че обекти на материалните правоотношения са само елементи от sein. Това е така защото, както беше показано, от това, че всички процесуални норми са вторични не можем да направим извод, че няма вторични материални норми. Следователно възможно е някои вторични норми да бъдат материални норми и да предписват поведение, насочено към дължимата действителност.

---

[1] Сталев Ж., Българско гражданско, с. 62.

[2] Михайлова М., Теория на правото, Фенея, София, 2002, с. 170-171.

[3] В т. см. вж. напр. Бойчев Г., Правният институционализъм, УИ "Св. Климент Охридски", София, 2009, с. 664., Ташев Р. Обща теория на правото, Сиби, София, 2010, с. 332.

[4] Сталев Ж., Българско гражданско, с. 41.

Обществени отношения, съществуващи преди и създавани в рамките на процеса на правна институционализация

Основателността на изводите относно особеностите на процесуалното право, предложени в настоящата работа, зависи от основателността на деленето на нормите на материални и процесуални, което прави Харт. Поради тази причина, намираме за необходимо да приведем и още един аргумент за това делене, който е следният:

Ако действително в системата от правни норми съществуват две подмножества от норми, които са на различни нива, изпълняват различни функции и се намират в отношения на система към метасистема, то тези подмножества от норми, би следвало да образуват аналогични подмножества в системата от правни отношения, които да се намират в същото отношение едно спрямо друго и да изпълняват подобни функции. Ако такива множества се установят, това е и аргумент в подкрепа на деленето на нормите на първични и вторични.

Наличието на такива подмножества в системата на правоотношенията допуска проф.Сталев. Според него чрез процесуалните правоотношения "законът не регулира обществени отношения, които съществуват независимо от него и които той преднамира, какъвто е случаят със семейните и производствените отношения. Напротив, чрез тях законът цели тепърва да предизвика обществените отношения между защитен орган и страни."[1]

Проф. Бойчев също приема, че правото институционализира два типа обществени отношения. Едните са обществени отношения, които съществуват преди процеса на институционализация и след него те се превръщат в правоотношения. Другите са правоотношения, които не съществуват като обществени отношения преди да бъдат институционализирани.[2] Нещо повече, авторът използва двата типа обществени отношения като критерий за деленето на правото на материално и процесуално като приема, че най-съществената разлика между двете е, че процесуалните отношения не се проявяват като фактически съществуващи отношения преди институционализацията, а възникват първично, след установяването на съответните процесуални норми, докато материалните отношения се предхождат от фактически съществуващи обществени отношения, които изискват институционализация.[3]

Съществува и прилика между значението, което Харт отдава на вторичните норми и значението, което проф.Бойчев отдава на процесуалните норми по въпроса за отграничаването на правото от останалите социални регулатори. Според теорията на Харт, такъв отграничителен признак е наличието на развита система от вторични норми.[4] Според проф.Бойчев, развитата система от процесуални норми е белег, отграничаващ правото от останалите социални регулатори.[5]

---

[1] Сталев Ж., Българско гражданско, с. 41.
[2] Бойчев Г., Правният, с. 130-131.
[3] Пак там, с. 234.
[4] "The introduction of the remedy for each defect might, in itself, be considered a step from the prelegal into the legal world", Hart, H. L. A. The Concept, p. 94.
[5] Бойчев Г., Правният, с. 340.

Въз основа на извършения кратък сравнителен анализ между двете класификации, може да се направи извод, че някои от твърденията на двамата автори описват едни и същи особености на процесуалното право, но на различни онтологични равнища. Харт, разсъждавайки върху нормите, описва проявлението им в sollen, а проф.Бойчев, разсъждавайки върху особеностите на обществените отношения, регулирани от правото, описва проявлението им в sein. Възможността да достигнем до сходни изводи с приложението на два различни подхода, ни дава основание да предложим идентифицираните особености на процесуалното право, да се използват при дефинирането на критерий за отграничаването му от материалното.

В синтезиран вид, тези изводи са, че:

- процесуалните норми в класификацията на Харт са част от множествата на вторичните норми за признаване, промяна (когато предоставят публична власт) или юрисдикция, чието поведение е насочено към преодоляване на някой от недостатъците на първичните норми;
- не може да се приемат твърденията за примат на материалното над процесуалното право или обратното, защото двете са в отношение на взаимодействие между система и метасистема;
- поведението на всички процесуални норми е насочено към въздействие в sollen;
- обекти на процесуалните отношения могат да бъдат само такива нематериални блага, които са елементи от *дължимата действителност*, т.е. общи или индивидуални правила за поведение.

Библиография

1. Бойчев Г., Правният институционализъм, УИ "Св. Климент Охридски", София, 2009

2. Вълчев Д., Лекции по обща теория на правото., Сиела, София, 2016

3. Михайлова М., Теория на правото, Фенея, София, 2002

4. Сталев Ж., Българско гражданско процесуално право, Наука и изкуство, София, 1970

5. Стоянов Л., Процесуалните норми в контекста на класификацията на нормите на първични и вторични, сборник Научни четения на тема "Правни норми и правни принципи", УИ "Св. Климент Охридски", София, 2017

6. Ташев Р. Обща теория на правото, Сиби, София, 2010

7. Шопов А., Правната норма – някои размисли, сборник Научни четения на тема "Правни норми и правни принципи", УИ "Св. Климент Охридски", София, 2017

8. Beer A. S., Diagnosing the System For Organozations, John Wiley and Sons, Chichester, 1985

9. Beer A. S., Platform For Change John Wiley and Sons, Chichester, 1975, 1994

10. Bertalanffy L., General System Theory Foundations, Development, Applications, George Brazziller Inc., New Yourk, 1968

11. Hart, H. L. A. The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, 1994

ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПРИ ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ НА АДМИНИСТРАТИВЕН КОНТРОЛ ОТ РЕГИОНАЛНИТЕ ЗДРАВНИ ИНСПЕКЦИИ

Росица Рогова, докторант,
катедра "Публичноправни науки",
ЮФ на УНСС
e-mail: rosica.rogova@abv.bg

Резюме

В последните години се забелязва тенденция за все по-често засилване на недоверието на обществото в качеството на оказваната им медицинска помощ като пациенти.

Причина за това от една страна е липсата на осезаем административен контрол, който да бъде упражняван непрестанно върху дейността на медицинските специалисти и лечебните заведения, а от друга – дублирането на контролни правомощия на органите в структурата на здравеопазването.

Възможно решение на тези проблеми е прецизирането на нормативната уредба чрез създаването на точна и ясна регламентация на правомощията на контролните органи в системата на здравеопазването.

Ключови думи: здравеопазване, административен контрол, нарушения, санкции

Abstract

In recent years, there has been a tendency for increasing public mistrust in the quality of the medical care.

The reason for this is, on the one hand, the lack of tangible administrative control carried out continuously over the activity of medical specialists and medical institutions and, on the other, the duplication of control powers of the authorities in the healthcare structure.

A possible solution to these problems is the precision of the legal framework by creating an exact and clear regulation of the powers of the control bodies in the healthcare system.

Keywords: healthcare, administrative control, violations, sanctions

В Република България не съществува единна система за събиране и анализиране на случаи от медицинската практика, свързани с пропуски и грешки при предоставяне на медицинската услуга. Липсва и обобщена медицинска статистически достоверна информация относно броя и териториалното разпределение на тези случаи, съответно за видовете грешки, причините, статуса на потърпевшите, позицията на извършителите и други основни характеристики, които биха подпомогнали извършването на анализ и прилагането на мерки за ограничаването им.

Наличието на подобна система би било предпоставка за усъвършенстване на правното регулиране на този специфичен бизнес и би подпомогнало подобряването

на административния контрол на медицинската и стопанската дейност на лечебните заведения.

Анализът на нормативната уредба и досегашната съдебната практика в България показва липсата на ефективно работеща единна система за контрол чрез ясно определен и разпознаваем контролен орган, които да бъде сезиран при извършване на нарушения от страна на изпълнителите на медицинска дейност. Това поражда сериозно недоверие и объркване на потърпевшите от пропуски, грешки и нарушения в тази сфера до кого следва да адресират сигнали си за нарушаване правата им, съответно коя институция е отговорна за осъществяването на административни проверки и налагането на административни мерки и наказания. Това е и причината за удължаване на продължителността на извършваните проверки и постоянното препращане на сигнали и документи по компетентност между институциите.

От административна гледна точка, контролът би могъл да бъде представен като дейност по изясняване на фактическото положение, по отношение на статута и дейността на под контролните органи, оценяването им в съответствие с поставените цели на системата на управление и предприемане във връзка с това на съответното разрешаващо въздействие. Превръщането на контрола в не само констатиращ, но и в оперативноразрешаващ елемент от инструментариума на властовия апарат, е основната цел, към която е насочено вниманието на законодателя.

Интерес в административната теория представлява въпросът за съотношението между контрола и надзора като държавно-властнически функции. От юридическа гледна точка предмет на контролната дейност в цялата ѝ пълнота са проблемите и на законосъобразността, и на правилността. Погледнато през тази призма, формите на контрола, които имат за свой предмет единствено законността се определят в някои случаи и като "надзор".

Във всяка една област се развиват специфични обществени отношения. Това се извършва под непосредственото ръководство и наблюдение на специално изградените държавни органи на управление в лицето на различните ведомства. Тези органи, осъществявайки управлението във ведомствената си система, разполагат с изключително широки правомощия, което произтича от мястото им като управленски органи. Това предполага и упражняването на контрол във ведомствената им система, или както се определя в тези случаи– упражняване на вътрешноведомствен контрол.

Наличието на двойно ведомствено подчинение, поражда възникването на административни отношения между организационно неподчинени субекти. Специализираният външноведомствен административен контрол се реализира от съществуващи отраслови и функционални ведомства в държавният апарат.

Настоящият преглед има за цел да изследва правомощията на регионалните здравни инспекции (РЗИ), които са един от органите, овластени съгласно нормативната уредба, да осъществяват контрол върху качеството на оказваната медицинска помощ от всички структури в системата на здравеопазването, като се посочи как несъвършенството на нормативната уредба създава трудности при реализиране на тяхната дейност.

Съгласно чл. 8 от Закона за здравето (ЗЗ) Регионалните здравни инспекции (РЗИ) се създават, преобразуват и закриват от Министерския съвет. РЗИ организират и осъществяват държавната здравна политика на територията на съответната област съгласно чл. 7 от ЗЗ. Те са юридическо лице на бюджетна издръжка – второстепенен разпоредител с бюджет към министъра на здравеопазването, със седалище населеното място – административен център на областта (чл. 3, ал. 1 от Устройствения правилник на регионалните инспекции издаден от министъра на здравеопазването.

Министърът на здравеопазването осъществява контрол върху дейността на регионалните здравни инспекции чрез определен от него ресорен заместник-министър, подпомаган от главния държавен здравен инспектор (чл. 4, ал. 1 от Правилника).

Регионалната здравна инспекция се ръководи и представлява от директор, който е орган на изпълнителната власт към министъра на здравеопазването за организиране и осъществяване на държавната здравна политика на територията на съответната област (чл. 5 от Правилника). Съгласно чл. 24 от Правилника Регионалната здравна инспекция е администрация, която подпомага директора при осъществяване на неговите правомощия.

В чл. 10 от Правилника се предвидено, че при осъществяване на своите правомощия директорът издава индивидуални административни актове.

Компетенциите на РЗИ са изброени в чл. 10 от Закона за здравето. Най-общо те са осъществяване на контрол върху качеството на оказваната медицинска помощ от всички структури в системата на здравеопазването, действащи на територията на областта, опериране със здравната информация и контрол над използването ѝ, планиране, организация, ръководство и контрол на медицинската експертиза в областта; промоция на здравето и интегрирана профилактика на болестите; мониторинг на факторите на жизнената среда и на дейностите със значение за здравето на населението; анализи, оценки и прогнози за здравно-демографските процеси на регионално ниво; лабораторни анализи и изпитвания; разработване и изпълнение на регионални здравни програми и проекти; координация и изпълнение на национални и международни здравни програми и проекти; методическа, консултативна и експертна помощ; организиране на здравните дейности при бедствия, аварии и катастрофи и изготвяне на военновременен план за територията на съответната област; проверки по жалби и сигнали на граждани свързани с опазването на общественото здраве; проучване (съвместно със съответните съсловни организации) на потребностите от медицински и немедицински специалисти в областта и предлагане на съответния брой места за следдипломно практическо обучение в областта на опазване на общественото здраве.

Съгласно чл. 93, ал. 1 от ЗЗ пациентът, директорът на дирекция "Социално подпомагане" или изрично упълномощено от тях лице имат право да подава жалби и сигнали до съответната регионалната здравна инспекция при нарушаване на правата му, визирани в Закона за здравето или при спорове, свързани с медицинското обслужване.

В следващите алинеи на чл. 93 от ЗЗ е предвидено, че Регионалната здравна инспекция чрез своето поделение в 7-дневен срок извършва служебна проверка по жалбата или сигнала.

Резултатът от проверката се обективира в констативен протокол и при констатиране на административно нарушение, проверяващият служител на Регионалната здравна инспекция съставя акт за установяване на административно нарушение, а директорът на Регионалната здравна инспекция издава наказателно постановление по реда на Закона за административните нарушения и наказания.

При установяване на нарушения, наказуеми по реда на Закона за съсловните организации на лекарите и лекарите по дентална медицина и Закона за здравното осигуряване, Регионалната здравна инспекция уведомява и изпраща жалбата на районните колегии на Българския лекарски съюз и Българския зъболекарски съюз и на Районната здравноосигурителна каса. В 3-дневен срок от приключване на проверката, Регионалната правна инспекция уведомява пациента за резултатите от проверката и за предприетите действия.

Разпоредбата на чл. 93 от ЗЗ гарантира на пациентите правото на жалба в два аспекта. На първо място пациентите могат да подават жалба в случай на нарушени права, гарантирани от Закона за здравето. На второ място – пациентите, респективно лицата по чл. 93 от ЗЗ, могат да сезират РЗИ при спорове, свързани с медицинското обслужване. Така дефинирано правото на жалба създава впечатлението за широки възможности за защита правата в здравеопазването.

Жалбата по чл. 93 от ЗЗ е способ за зашита на индивидуалните права на пациентите. Гражданите могат да сезират РЗИ и в защита на колективния интерес. В отговор на тази възможност е дефинираното в чл. 10, ал. 1, т. 14 от ЗЗ правомощие на РЗИ да извършват проверки по сигнали на граждани, свързани с опазването на общественото здраве.

Правото на жалба, свързана с качеството на медицинското обслужване, не е изрично дефинирано, така както е в чл. 93 от ЗЗ. Но възможността на гражданите да сезират Изпълнителна агенция "Медицински одит" се извлича по тълкувателен път.

Изпълнителна агенция "Медицински одит" е създадена с цел осъществяване на контрол върху медицинското обслужване на гражданите.

В чл. 116б от ЗЗ са посочени нейните правомощия, които биха могли да бъдат сведени в три основни направления:

1. Контрол върху качеството на медицинското обслужване (чл. 116б, т.2, 3, 4,6, 9, 10 от ЗЗ).

2. Контрол върху организацията на медицинското обслужване (чл. 116б, т. 1, 7, 8 от ЗЗ).

3. Други контролни правомощия свързани с функционирането на здравната система (чл. 116б, т. т. 4а, 5 от ЗЗ).

Съгласно чл. 116б, ал. 1, т. 6 от Закона за здравето Изпълнителна агенция "Медицински одит" извършва проверки по молби на граждани и юридически лица, свързани с медицинското обслужване. Въпреки езиковата редакция на текста, молбата в този случай следва да се разглежда и в смисъла на жалба, разгледан по-горе. Следователно на правните субекти е предоставена възможността да се обръщат към

административния орган в случаи на нарушени изисквания, свързани с оказването на медицинската помощ.

С оглед разгледаните по-горе разпоредби може да се направи извод, че лицата могат да се обръщат към Изпълнителна агенция "Медицински одит" и към Регионалните здравни инспекции с искане за защита на техни права. Условието е гарантираните права да са в сферата на регулиране на административния орган, т.е. той да е компетентен във връзка с извършване на проверка и установяване на административното нарушение, ако такова е извършено.

Преценката на това условие обаче значително затруднява правните субекти. Първо защото, за да определят към кого да адресират своето оплакване те следват да прегледат няколко нормативни актове, а доста по-лесно и прецизно би било, ако в ЗЗ точно и ясно са определени компетенциите на съответния контролен орган или да съществува един общ контролен орган. Това е причината често органите да си препращат по компетентност сигнали, а не рядко и да излизат с различни становища по един и същи казус.

На второ място липсата на подразделения на Изпълнителна агенция "Медицински одит" по населени места я прави недостъпна за голяма част от потърпевшите от административни нарушения, които попадат в нейната сфера на компетентност, а наличието на подразделения на РЗИ по области – пък я прави прекалено достъпна..

В допълнение на по-горе описаното са и следващите разпоредбите на Закона за здравето в, които се забелязва на пръв поглед дублиране на възможността за налагане на санкции от РЗИ и Изпълнителна агенция "Медицински одит", както следва:

Първо, чл. 234а от ЗЗ предоставя възможност на държавни здравни инспектори на Регионалната здравна инспекция или длъжностни лица на Изпълнителна агенция "Медицински одит" да съставят актове за установяване на административни нарушения. Наказателни постановления се издават съответно от директора на Регионална здравна инспекция или изпълнителния директор на Изпълнител агенция "Медицински одит", които налагат санкции на основан чл. 228 ЗЗ, който касае обработката, анализа, съхраняването и предоставянето на медицинската документация.

Второ, чл. 235 от ЗЗ също предвижда възможност държавни здравни инспектори на Регионалната здравна инспекция или длъжностни лица на Изпълнителна агенция "Медицински одит" да съставят актове за установяване на административни нарушения. Наказателни постановления се издават съответно от директора на Регионална здравна инспекция или изпълнителния директор на Изпълнител агенция "Медицински одит", които налагат санкции на основан чл. 229 от ЗЗ, който касае нарушения на Закона за здравето или нормативни актове по прилагането му извън случаите на чл. 209-228 в ЗЗ.

При извършването на проверки от страна на държавни здравни инспектори при регионалните здравни инспекции и установяване нарушение, подлежащо на санкция по чл. 228 или 229 от ЗЗ, актът установяване на административно нарушение следва да бъде съставен от служителя установил нарушението, а наказателното постановление да бъде издадено от съответния директор на Регионалната здравна инспекция.

В случаите на извършени проверки от служители на Регионалната здравна инспекция по самосезиране или подадени жалби, които бъдат установени нарушения по Закона за лечебните заведения се изготвят уведомителни писма, които се изпращат по компетентност на Изпълнителна агенция "Медицински одит" и към които следва бъдат приложени:

- основание за извършената проверка, ако е налично (жалба, сигнал);
- заповед на директора на съответната Регионална здравна инспекция за възлагане на проверката и компетентността на държавните здравни инспектори за извършването ѝ;
- констативен протокол или протокол за извършена проверка;
- всички доказателства, иззети по надлежния ред, които потвърждават извършеното нарушение.

В тези случаи съответните длъжностни лица от Изпълнителна агенция "Медицински одит" разглеждат преписката и при установяване наличието на нарушение, съставят акт за установяване на административно нарушение, след което изпълнителният директор издава наказателно постановление.

В тази връзка много трудно е за пациентите да изследват всички относими нормативни актове в тази сфера на дейност, за да определят кой от двата контролни органа, (а те са и повече в здравеопазването) е компетентен да разгледа жалбата им и често я адресират до повече от един.

За да бъде отстранен този явен недостатък и да се проведе законосъобразно процесът на административно наказване, е необходимо:

1. Прецизиране на нормативната уредба касаеща правомощията на компетентните органи да издават актовете за установяване на административно нарушение и наказателните постановления.

2. Недопускане на възможността акт за установяване на административно нарушение да бъде съставен от длъжностни лица при Регионалната здравна инспекция, а наказателното постановление да бъде издадено от изпълнител директор на Изпълнителна агенция "Медицински одит".

3. Разписване на завишени контролни административни мерки в специалните закони регулиращи сферата на здравеопазването, тъй като като всяка стопанската дейност, така и тази извършвана от медицинските дружества, подлежи на ограничен административен контрол съгласно разпоредбите на Закона за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност, което също може да бъде отчетено като недостатък.

В заключение считам, че ако по-горе описаните предложения бъдат възприети, това би довело до значително повишаване на ефективността на контролните функции на Регионалните здравни инспекции и усъвършенстване на нормативната уредба, касаеща обществените отношения, свързани с живота и здравето на българските граждани. Това ще спомогне и за правилно прилагане на принципите на своевременност, достатъчност и качество на медицинската помощ, за равнопоставеност на пациентите, за сътрудничество, последователност и координираност на дейностите между лечебните заведения и зачитане правата на пациентите.

Използвана литература

1. Голева, П., Куцарова, О. "Гражданската и административната отговорност в здравеопазването", Поля Голева и Олга Томова-Куцарова, София, 2012 г., ИК "Труд и право".
2. Закон за здравето.
3. Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина.
4. Зиновиева Д. "Медицинско право", София, Сиела 2016 г.
5. Илиева, А., Административен контрол в здравеопазването съгласно ЗЗ
6. Лазаров К., "Административно право", София, 2011 г., ИПЛ "Фенея".
7. Мария Радева, Административното право и механизмите за защита правата в здравеопазването, Известия на Съюза на учените – Русе, серия 4, Медицина и екология, том 2, 2011 г.
8. Сивков, Ц., Зиновиева, Д., "Административно право"- специална част, София 2015, Сиби.

ПРАВОТО НА РЕГРЕСЕН ИСК ПРИ ВИНОВНО ПОВЕДЕНИЕ НА ДЛЪЖНОСТНО ЛИЦЕ ЗА ИЗПЛАТЕНО ОБЕЗЩЕТЕНИЕ ПО ЧЛ. 1 ОТ ЗОДОВ

Стефан Радев, докторант,
катедра "Публичноправни науки",
ЮФ на УНСС
stefan.o.radev@gmail.com

Резюме

За вреди от виновно поведение на длъжностно лице отговаря държавата или общината, но последната има възможност за регресен иск. В доклада се разглеждат предпоставките за реализирането му.

Ключови думи: длъжностно лице, виновно поведение, право на регресен иск, предпоставки

Summary

The State or the municipality is liable for damage caused by the culpable conduct of the official, but the latter has the possibility of recourse. The report examines the preconditions for its implementation

Key words: official, guilty behaviour, right of recourse, preconditions

Носител на правото на регресен иск е държавата, респективно общината. Това право се поражда, тогава когато вредата е произлязла от виновно поведение на длъжностно лице, влязло е в сила осъдително съдебно решение, което присъжда обезщетение на увреденото физическо лице или организация и обезщетението е било платено.

Правото на регресен иск е уредено в разпоредбата на чл. 9 от ЗОДОВ, според която "Отговорността на виновните длъжностни лица спрямо държавата и общините за изплатените обезщетения по чл. 1, ал. 1 се осъществява при условията и по реда, предвидени в Кодекса на труда, Закона за държавния служител или в друг закон или указ

Длъжностните лица по чл. 2, ал. 1 и 2, чл. 2а и чл. 2б, ал. 1, органите по приходите и Агенцията за държавна финансова инспекция отговарят пред държавата за изплатените от нея обезщетения на увредени граждани и юридически лица само когато действията или бездействията им са признати за престъпление по съдебен ред. Отговорността е в пълен размер".

3.1. Предпоставки

За да възникне правото на регресен иск трябва да бъдат налични няколко кумулативно реализирали се предпоставки. Тези предпоставки могат да се разделят в две групи: спрямо длъжностното лице и спрямо обезщетението.

3.1.1. Предложение за предпоставки за възникване на регресен иск, свързани с длъжностното лице правят Стоян Терзийски и Александър Терзийски в своята монография относно отговорността на държавата[1], както следва:

- Известно длъжностно лице. Така предложената предпоставка изисква известно уточнение в две направления.

- Под известно трябва да се разбира лице, което по недвусмислен начин се свързва с осъществяването на незаконосъобразното фактическо действие и/или бездействие или с издаването на незаконосъобразния юридически акт;

- Под длъжностно лице, както бе посочено по-горе трябва да се разбира: Едноличните административни органи; Членовете на колективните административни органи; Държавните служители; Лицата на трудово правоотношение в администрацията на административен орган; Лицата, които временно[2] извършват възложена им дейност при и по повод изпълнение на административна дейност;

- Установена вина на длъжностното лице. Вината на длъжностното лице може да се установи по категоричен начин при следните възможности:

- Чрез административно наказателно производство, с налагането на административна отговорност, чрез наказателно постановление, което е влязло в сила;

- Чрез наказателно производство, с налагането на наказателна отговорност, чрез осъдителна присъда, която е влязла в сила;

- Чрез дисциплинарно производство, с налагането на дисциплинарна отговорност, чрез дисциплинарно наказание, което не е оспорено по надлежен ред;

- Да е установено във връзка с дейност на администрацията. При издаването на незаконосъобразен акт е ясно, че ще бъде във връзка с дейност на администрацията, по-важен е въпросът за фактическите действия и/или бездействия. Последните трябва да са извършени при или по повод административна дейност, тоест длъжностното лице трябва да ги е извършило в това си качество, а не по друг повод.

Ако ги е извършило по друг повод няма да има основание да се реализира отговорността на държавата, съответно регресната отговорност. В тези случаи увреденото лице ще разполага с възможност да търси обезщетение по пътя на общия състав на непозволеното увреждане.

- По аргумент от разпоредбата на чл. 9, ал. 2 от ЗОДОВ, горепосочените три предпоставки не са достатъчни, за да се стигне до регресна отговорност при всички длъжностни лица. При длъжностните лица по смисъла на разпоредбата на чл. 2, ал. 1 и 2, чл. 2а и чл. 2б, ал. 1 положението е различно. Органите по приходите и Аген-

---

[1] Терзийски, С., Терзийски, А., Отговорност на държавата за вреди причинени на гражданите, С. 2002г., с. 108-109.

[2] Има се предвид всички лица, които не са на служебно или трудово правоотношение с административен орган. Такива лица могат да бъдат оценителите в процедури за отдаване под наем на имоти държавна собственост, лицата осъществяващи външни услуги при обществените поръчки и т.н.

цията за държавна финансова инспекция отговарят пред държавата за изплатените от нея обезщетения на увредени граждани и юридически лица, само когато действията или бездействията им са признати за престъпление по съдебен ред.

В тези случаи законодателят урежда още една предпоставка, а именно вредата да е произлязла от престъпление, за което е наложена влязла в сила осъдителна присъда.

3.1.2. Спрямо обезщетението. Основание за тези критерии може да се намери в съдържанието на разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от ЗОДОВ и използвания израз "изплатени обезщетения". Това предразполага две предпоставки:

- Влязло в сила осъдително съдебно решение, което присъжда обезщетение за незаконосъобразна дейност на администрацията и;
- Изплатено парично обезщетение по реда на гл. XVII "Изпълнение на административни актове и съдебни решения по административни дела"[1]. Реализирането на обезщетение е абсолютна предпоставка за правото на регресен иск "Преди заплащането не може да се търси нищо от длъжностното лице"[2]

3.2. Ред за реализиране на регресния иск.

По аргумент от чл. 9, ал. 1 от ЗОДОВ регресният иск насочен срещу лицата работещи на трудово правоотношение се реализира по реда на КТ, а срещу лицата на служебно правоотношение се реализира по ЗДСл. Когато лицата, поради чиято вина е настъпила вредата осъществяват своите правомощия по реда на специален закон или указ, то той ще бъде приложим, ако урежда изрична уредба за имуществена отговорност. Пример за последното може да се намери при длъжностните лице по ЗВМР и при съдебните служители по ЗСВ.

Предвид разбирането за длъжностно лице по смисъла на ЗОДОВ, чл. 9, ал. 1 от закона не урежда хипотезата за виновно поведение на едноличните държавни органи, членовете на колективен държавен орган и лицата, които временно извършват възложена им дейност при и по повод изпълнение на административна дейност. За тези случаи приложение ще намери разпоредбата на § 1 от ЗР на ЗОДОВ, която гласи "за неуредените в този закон въпроси се прилагат разпоредбите на гражданските и трудовите закони", тоест приложение ще намери общия състав за непозволено увреждане, уредена в чл. 45 от ЗЗД.

3.3. Особени случаи на регресна отговорност

В развитието на българската юридическа теория, отговорността на държавата и общините за вреди постепенно се налага като правен принцип. Аргумент за това положение може да се почерпи от разпоредбата на чл. 7 от КРБ и нейното систематично място в нормативния акт. Характерна особеност за този принцип е безвинов-

---

[1] По принцип при обезщетенията за вреди, заплащането на дължимото може да се реализира непосредствено след влязлото в сила съдебно решение. При отговорността на държавата и общините за незаконосъобразна дейност на администрацията обезщетението винаги се реализира в някакъв бъдещ момент и причината за това е държавния бюджет и начинът, по който той се приема и изменя. Затова обезщетението обикновено се реализира през последващата година, след като е предвиден в новия държавен бюджет, съответно в бюджета на конкретния осъден административен орган;

[2] Гоцев, В. Отговорност на държавата за вреди причинени на гражданите, С., 2002 г., с. 156;

ния характер на отговорността. Тоест отговорността може да се реализира само на база обективни критерии, без наличие на вина. Основен момент в реализацията на този принцип е предвидената възможност за регресен иск към виновни длъжностни лица.

Съгласно посочените в разпоредбата на чл. 9, ал. 2 от ЗОДОВ случаи, регресната отговорност може да се реализира само, ако е извършено престъпление и от него са последвали вреди и има влязла в сила осъдителна присъда. Тази разпоредба значително стеснява приложното поле на регресната отговорност и води до ограничение на тази важна особеност при реализацията на принципа на отговорността на държавата и общините за вреди.

Причини за това ограничение може да се търсят в редица посоки. От една страна така може да се гарантира свободната преценка на съдиите, от друга се защитава обективността на органите по приходите и Сметната палата. Едно обаче е сигурно, разпоредбата на чл. 9, ал. 2 от ЗОДОВ е претърпяла най-много редакции[1] от приемането на нормативния акт до момента с тенденция към стесняване на приложението на регресната отговорност.

Това положение се преповтаря и в други нормативни актове, уреждащи дейността на някои административни органи:

- Съгласно разпоредбата на чл. 41 от Закона за Сметната палата[2] "Ръководните органи на Сметната палата, директорите на дирекции, ръководителите на структурни звена и одиторите не носят имуществена отговорност за причинени вреди при упражняване на своите правомощия, освен ако са извършили престъпление или са действали умишлено";
- Съгласно разпоредбата на чл. 20 от Закона за националната агенция по приходите[3] "Служителите на агенцията отговарят пред агенцията за изплатените от нея обезщетения на увредени задължени лица само когато действията или бездействията им са признати за престъпление по съдебен ред или вредите са причинени умишлено. Отговорността е в пълен размер."

Тази тенденция обаче е опасна. Първо, сериозно се застрашава годността на регресния иск да стимулира длъжностните лица, да реализират законосъобразно административната дейност и съпътстващата я материално техническа дейност. Липсата на престъпление ще може да води до липса на възможност за регресна претенция от страна на държавата и общините за изплатено обезщетение. Това от своя страна може да доведе до липса на всякаква отговорност на длъжностните лица при извършено противоправно деяние, когато последното не съставлява престъпление. Второ, непонасянето на неблагоприятни последици от длъжностните лица, виновни за вредата създава неистинното положение, че съществува виновно противоправно поведение, което е ненаказуемо.

---

[1] До момента разпоредата на чл. 9, ал. 2 е претърпяла 6 редакции, с тенденция към постоянно увеличаване на лицата, за които се изисква влязла в сила присъда като основание за реализиране на регресна отговорност.

[2] Обн. ДВ. бр. 12 от 13 Февруари 2015г., посл. изм. ДВ. бр. 7 от 19 Януари 2018 г.

[3] Обн. ДВ. бр. 112 от 29 Ноември 2002г., посл. изм. ДВ. бр. 7 от 19 Януари 2018 г.

Библиография

1. Терзийски, С., Терзийски, А., Отговорност на държавата за вреди причинени на гражданите, С. 2002 г.

2. Гоцев, В. Отговорност на държавата за вреди причинени на гражданите, С. 2002 г.

ОБЛАГАНЕ НА ПЕЧАЛБАТА НА ЧУЖДЕСТРАННИ ЮРИДИЧЕСКИ ЛИЦА ОТ МЯСТОТО ИМ НА СТОПАНСКА ДЕЙНОСТ В БЪЛГАРИЯ СЪГЛАСНО ЗКПО

Стойчо Дулевски, докторант,
катедра "Публичноправни науки",
ЮФ на УНСС,
s.dulevski@mail.bg

Резюме

Мястото на стопанска дейност (МСД) представлява един от най-актуалните данъчни въпроси от международна и национална гледна точка. Тъй като то присъства понятийно в българското законодателство, логично е да се обърне внимание на облагането му съгласно предписанията на закона. Трябва да се отбележи, че за да се говори за облагане на МСД на едно чуждестранно юридическо лице в България, са необходими няколко кумулативни условия. Самото МСД трябва да е на територията на България, да е на чуждестранно юридическо лице и да е реализирало печалба. За целите на настоящето изследване ще се проследи режимът му на облагане съгласно Закона за корпоративното подоходно облагане (ЗКПО). Въпреки че не се забелязват значителни различия спрямо оставения в закона общ ред, ще се обърне внимание на някои специфични моменти, характерни само за МСД, както и ще се направят предложения за хармонизацията на тази материя.

Ключови думи: място на стопанска дейност (МСД), Закон за корпоративното подоходно облагане (ЗКПО), печалба, трансфер между МСД и друга част на същото предприятие

Summary

The permanent establishment (PE) is one of the most intriguing tax issues both from international and national perspective. Since it is defined in the Bulgarian legislation, it is logical to be paid attention to its taxation according to the law. It should be noted that in order to talk about taxation of a PE of a foreign enterprise in Bulgaria several cumulative conditions should be met. The PE itself should be situated in the territory of Bulgaria, be part of a foreign enterprise and should realize profit. For the purpose of the current study its taxation regime under the Corporate Income Tax Act (CITA) will be examined. Although no significant differences from the common order of taxation under CITA are noticed, the author will pay attention to some specific moments, unique to the PE, and will make some proposals for the harmonization of this matter.

Key words: permanent establishment (PE), Corporate Income Tax Act (CITA), profit, transfer between the PE and another part of the same enterprise

В българското законодателство мястото на стопанска дейност (МСД) е регламентирано в Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК) в § 1, т. 5 ДР. В Закона за корпоративното подоходно облагане (ЗКПО) в § 1, т. 2 се прави препратка именно към ДОПК. Законът влиза в сила от 1 януари 1998 г., като претърпява

редица изменения през годините. За настоящото изследване интерес ще представлява най-новата му редакция от 1 януари 2007 г. с последващите изменения.

Какво се разбира под МСД съгласно националната дефиниция? Според проф. Пенов при определянето на понятието е необходимо да се изследват субективната (личната) и обективната (предметната) връзка.[1] Първата е по-специфична, тъй като изисква наличието на представител в държавата източник, отговарящ за дейността на предприятието. Втората връзка – предметната, е заложена и в класическата концепция на МСД от международна гледна точка и продължава да бъде част от общото правило по чл. 5, ал. 1 от Модела на спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане (МСИДДО). Най-кратко тя може да се определи като физическата привързаност чрез "определено място" в държавата източник. За целите на настоящето изследване внимание ще се обърне не на самата фигура на МСД, а по-скоро на облагането му с корпоративен данък в България.

За да се говори за облагане на МСД, е необходимо то да е реализирало печалба. Има ли тя обаче легална дефиниция? Печалбата не е изрично регламентирана като понятие в нито един нормативен акт може би поради сложната ѝ природа. Тя има икономическо, правно, счетоводно, дори социално значение.

Съществуват няколко вида печалба: счетоводна (брутна), чиста (нетна), облагаема и нормална. Счетоводната печалба акцентира върху предоставената информация от счетоводните документи и представлява разликата между приходите и разходите. Тя формира положителния финансов резултат. Нетната печалба е разликата между брутната и данъците и вноските, т.е. реалната печалба за лицето. Облагаемата представлява най-голям интерес, тъй като съгласно нея се определя данъчното задължение на данъчно задълженото лице. Чл. 19 от ЗКПО изрично въвежда данъчната печалба като основа за определяне на корпоративния данък. Тя е и самият положителен данъчен финансов резултат. Той от своя страна представлява преобразувания счетоводен финансов резултат от данъчните постоянни разлики, данъчните временни разлики и други суми, предвидени в закона.

Чл. 1 от ЗКПО, очертаващ кои са обекти на облагане, в т. 3 регламентира изрично, че в приложното поле на закона попада и "печалбата на чуждестранните юридически лица от място на стопанска дейност в Република България или от разпореждане с имущество на такова място на стопанска дейност". Следователно при реализирана печалба на МСД тя ще се облага с корпоративен данък съгласно нормите на ЗКПО.

При анализа на чл. 1, т. 3 ЗКПО правят впечатление няколко неща. Първо, трябва да има печалба, т.е. положителен данъчен финансов резултат през данъчната година. Второ, трябва да има МСД на чуждестранно юридическо лице, извършващо дейност на територията на страната, което да отговаря на дефиницията, заложена в ДОПК. Трето, МСД трябва да е подчинено на чуждестранно юридическо лице, т. е. да е юридически и икономически зависимо от него. Изрично е предвидено лицето да е юридическо поради приложното поле на ЗКПО. Трябва да се отбележи обаче, че съгласно българското законодателство МСД могат да имат както физическите,

[1] Пенов, С. Правен режим на корпоративното подоходно облагане, Аспекти на хармонизация с правото на Европейския съюз, София, 2000, с. 19

така и юридическите лица. До 31 декември 2006 г. в ЗКПО обект на облагане са били както физическите, така и юридическите местни или чуждестранни лица. В новия ЗКПО физическите лица са извадени от обхвата му и се облагат със Закона за данъците върху доходите на физическите лица (ЗДДФЛ).

Редът за определяне основата за облагане на печалбата е уреден в Част втора на ЗКПО. От значение за определяне на корпоративния данък е данъчната печалба, която се получава чрез преобразувания на счетоводния финансов резултат за данъчни цели. Следователно може да се заключи, че се прилага принципът на "чистия доход", т.е. основата представлява реализираните приходи, намалени с разходите.[1]Интересно е да се отбележи, че се забелязва разлика между счетоводния и данъчния финансов резултат. Така например, счетоводният, който е отрицателен след преобразуване за данъчни цели, може да стане положителен данъчен финансов резултат – данъчна печалба. Налице е и обратната хипотеза – положителният счетоводен да се трансформира в отрицателен данъчен финансов резултат – данъчна загуба. Разликата се дължи на прилагането на различните нормативни актове относно двата вида финансов резултат и от там на различните изисквания (напр. при признаването на един разход за данъчни цели). Логично счетоводният финансов резултат съблюдава разпоредбите на Закона за счетоводството (ЗСч) и приложимите счетоводни стандарти (национални или международни), докато данъчният финансов резултат е регламентиран в ЗКПО.

Логично е след определянето на обектите да се очертаят и кои са субектите на облагане. Чл. 2 от ЗКПО определя кои са данъчно задължени лица като ги разделя на местни и чуждестранни. Според проф. Пенов данъчната правосубектност е многоотраслова и именно поради това е възможно съгласно данъчния закон МСД да представлява субект и да е носител на данъчни задължения.[2] Като самостоятелен данъчноправен субект МСД има задължения за счетоводно записване на стопанските операции съгласно чл. 1 ЗСч.

Своеобразно продължение на идеята за равенство в третирането на субектите представлява разпоредбата на чл. 2, т. 2 от ЗКПО. Съгласно нея данъчно задължени лица са чуждестранните юридически лица чрез МСД в България. Субектният критерий отново е ограничен единствено до юридическите лица, които не са местни и извършват стопанска дейност.

Кои лица обаче се считат за чуждестранни? Логично е да се заключи, че това са тези, които не са местни съгласно чл. 4, ал. 1 от ЗКПО, като ал. 2 изрично очертава, че печалбата от МСД се облага в България. Аналогична разпоредба се забелязва и в чл. 5 от ЗДДФЛ.

Определянето статута на лицето е важно по няколко причини. Първо, ако то е местно в България, не може да има МСД тук поради липсата на международен елемент. Също така, размерът на данъците е различен в държавите, което може да окаже сериозно влияние и на облагането на печалбата на МСД. Не на последно място, гражданството е от значение не само за данъчноправни цели, но влияе върху

[1] Минкова Г., Данъчни задължения, С., Сиела, 2012, с. 308.

[2] Пенов, С. Правен режим на корпоративното подоходно облагане, Аспекти на хармонизация с правото на Европейския съюз, С., 2000, с. 11.

цялостната дейност на лицето на определена географска територия. Трябва да се отбележи, че няма ограничение колко МСД може да формира едно лице на територията на страната, освен ако няма изрична нормативна забрана.[1]

Когато се установи наличието на МСД на територията на България, е необходимо да се съблюдават предписаните в ЗКПО задължения. Така например, то трябва да декларира и внася данъка. Чл. 92 от ЗКПО регламентира декларирането, като в ал. 7 (в сила от 27.09.2016 г.) изрично е установено, че "Чуждестранно юридическо лице, извършващо дейност в страната чрез място на стопанска дейност, посочва в годишната данъчна декларация идентификационни данни за собствениците, акционерите или съдружниците в чуждестранното юридическо лице и за размера на тяхното участие, когато размерът на това участие е над 10 на сто." Съгласно чл. 92, ал. 2 срокът за подаването ѝ до 31 март на следващата година. Компетентна е териториалната дирекция на НАП по регистрацията на МСД.

Защо е важно МСД да подава декларация? Тъй като за чуждестранните юридически лица представляват данъчно задължени лица, логично е те да са носители на същите права и задължения като останалите очертани в ЗКПО субекти. Самото декларираме отразява справедливото третиране на реализираната печалба в България и гарантира нуждите на фиска. Данъчната декларация представлява частен документ и е от категорията на свидетелстващите, който отразява определени факти и обстоятелства, които стоят в пряка връзка със самото данъчно задължение.[2]

Декларирането на данъка е основно задължение, независимо кога и как МСД прекратява своята дейност. Трябва да се отбележи, че режимът на данъчната декларация по ЗКПО се явява специален спрямо разпоредбите по ДОПК (чл. 98-104). Поддържаме виждането на проф. Караниколов, че данъчната декларация има двояка функция – да е носител на информация и да представлява един своеобразен инструмент за облагане.[3] Ако съблюдаваме делението на данъците като обложни и безобложни, то корпоративният данък ще попадне във втория вид. Необходимо е МСД да формира положителен данъчен финансов резултат, т. е. да съществува облагаем обект, за да се говори за задължение за декларираме. Подаването на данъчната декларация прави задължението ликвидно и изискуемо.

В Част II от данъчната декларация логично се изисква изричното идентифициране на данъчно задълженото лице. Необходимо е да се въведе БУЛСТАТ, а при наличие на МСД на чуждестранно лице трябва да се напише и наименованието му. Изрично трябва да се отбележи и в част III – Данни за дейността на данъчно задълженото лице в т. 2 наличието на МСД. Отразяването на данъчния финансов резултат и дължимия корпоративен данък се попълва в част V. Предвидено е първо определяне на счетоводния финансов резултат, като ако той представлява положителна величина, представлява счетоводна печалба. Обратното, ако е по-малък, той е счетоводна загуба. Логично след определянето на счетоводния финансов резултат следва и изчисляването на данъчния финансов резултат. Когато е налице данъчна печалба, тя се умножава с данъчна ставка от 10 % и по този начин се установява

[1] Разяснение № 53-00-602 от 22.07.2013 г. на НАП
[2] Караниколов, Л., Данъчният облагателен акт, С., 1995, с. 53
[3] Пак там, с. 54.

полагащият се за периода корпоративен данък. При наличие на данъчна загуба обаче не може да се говори за дължим данък, тъй като е налице отрицателен данъчен финансов резултат. В случай на надвнесен данък той се възстановява по реда на глава Шестнадесета от ДОПК.

Интерес при подаването на данъчната декларация за МСД представлява Част XI – Идентификационни данни за собствениците, акционерите или съдружниците в чуждестранно юридическо лице, извършващо стопанска дейност в страната чрез място на стопанска дейност. Тази последна част се попълва единствено при наличието на МСД на територията на България на основание чл. 92, ал. 7 ЗКПО. Съгласно нея всяко юридическо лице с МСД в България трябва да посочи в данъчната декларация идентификационните данни на собствениците, акционерите или съдружниците, ако размерът на участието им в чуждестранното юридическо лице надхвърля 10%. Може би идеята на подобна разпоредба е гарантиране на по-голяма прозрачност и публичност на лицата, извършващи дейност. Дали обаче подобен критерий е меродавен и не могат ли въпросните категории субекти умишлено да намалят участието си чрез прехвърляне на дялове към други лица е друг въпрос.

Невинаги обаче МСД може да реализира печалба. Нещо повече, възможно е да е налице данъчна загуба. Когато е реализиран отрицателен данъчен финансов резултат, той се пренася за следващи период съгласно чл. 70-74 от ЗКПО. В този случай става въпрос за данъчния, а не за счетоводния финансов резултат, т.е. той първо трябва да се преобразува с данъчните постоянни и данъчните временни разлики, както и с всички суми, изрично очертани в ЗКПО. След като данъчната загуба се изчерпи, тогава може да се говори за положителен данъчен финансов резултат, т.е. данъчна печалба. В този случай е възможно и облагане.

Съгласно чл. 70 ЗКПО тя може да се пренася през следващи данъчни периоди в рамките на 5 години. Трябва да се отбележи, че това е право, а не задължение на данъчно задълженото лице за пренасяне на отрицателния данъчен финансов резултат. Тази процедура е допустима през първата възможна година, следваща годината на възникване на данъчната загуба при положителен данъчен финансов резултат. В противен случай, поради преклузивния срок, правото се погасява. Лицето няма право да избира периодите за пренасяне на загубата, а трябва да ги пренася последователно. Може ли обаче пренасянето да се извърши служебно от орган по приходите? Ако загубата не е пренесена коректно, е длъжен да направи служебни корекции в тази връзка и при съблюдаване нормите на ЗКПО.

При пренасянето на загуби от източник в чужбина съществуват два утвърдени метода – методът "освобождаване с прогресия" и методът на данъчния кредит. Общото и при двата освен наличието на загуба е необходимостта от един трансграничен елемент, за да се породят фактическите им състави. Те разглеждат възможните случаи на юридическо двойно облагане – налице е облагане на един и същ доход или имущество, притежавано от едно и също лице в няколко държави. Следователно липсата на международна връзка обуславя неприложимостта им. Логично е след като са поместени в една глава да се съблюдава и очертания в нея ред при осъществяването на определени кумулативни предпоставки. Така например, спазен е 5-

годишният срок за пренасянето на загубата. Съществени разлики се забелязват обаче в приложното им поле.

Чл. 73 от ЗКПО очертава методът на "Освобождаване с прогресия".. Необходима предпоставка, заложена още в ал. 1 на разпоредбата, е да е налице сключена СИДДО между България и другата държава. Ако такава липсва, чл. 73 е неприложим. При прилагането на този метод печалбата реализирана в чужбина подлежи на облагане при източника в чужбина, а не в България. Последователно и в продължение на тази концепция в случай на генерирана загуба в тази друга държава тя подлежи на приспадане в тази държава и не може да бъде съотнесена както към реализираната печалба в България, така и към такива от източници от други държави.

Ал. 3 разглежда хипотезата, когато е прекратена дейността на МСД в друга държава, като без значение е каква е причината за прекратяването. МСД обаче трябва да се намира на територията на ЕС или ЕИП. Самата разпоредба е в унисон с Решение No C-446/03 от 13.12.2005 г. Съгласно него вътрешното данъчно законодателство на една държава членка не може да ограничи правото на пренасяне на загуби, които са реализирани от местно данъчно задължено лице от източник в друга държава членка.

Вторият вид е методът на данъчния кредит по чл. 74 от ЗКПО, който логически покрива случаите, когато не се прилага първият метод. Една от съществените разлики спрямо чл. 73 е по-широкото приложно поле на разпоредбата – тя е приложима както при сключена СИДДО, предвиждаща този метод, така и за всички останали случаи на загуба, реализирана в държави, с които България няма влезли в сила СИДДО. Друго съществено различие се забелязва в самия ред на пренасяне на загубата. В годината на възникване тя участва наравно с данъчните финансови резултати от другите източници (вкл. България) при определянето на данъчния финансов резултат за световния доход на лицето. Следователно тя се срещу поставя срещу печалби, реализирани през текущата година. Така например, ако в чужбина е установена загуба от 100 единици, а в България е реализирана печалба от 60 единици за текущия период, то крайният данъчен финансов резултат за текущата година ще бъде данъчна загуба в размер на 40 единици.

Ал. 2 на чл. 74 очертава формула в случаите, когато загубата е формирана от два или повече източника, като няма значение дали това е страната или другата държава. Ал. 3 съдържа изключението, че общият ред по ЗКПО е приложим, когато загубата е от източник в държава-членка или Европейското икономическо пространство.

Интерес при изследването на фигурата на МСД във вътрешното законодателство представлява и чл. 47б от ЗКПО, разглеждащ неговото прехвърляне. Логично е очертано, че счетоводният резултат ще се увеличи при реализирана печалба и респективно ще се намали с евентуалната загуба. Интересно е да се отбележи, че ал. 1 разглежда не данъчната, а счетоводната печалба. Ал. 2 очертава как ще се определят въпросните печалба и загуба. Това ще бъде "разлика между продажната цена на мястото на стопанска дейност и счетоводната стойност на активите, намалена със счетоводната стойност на пасивите на мястото на стопанска дейност към датата на прехвърлянето". Ал. 3 въвежда правилото, че при участвала вече печалба или загуба във формиран счетоводен финансов резултат ал. 1 и ал. 2 са неприложими.

Трябва обаче да се отбележи, че този ред е неприложим, когато печалбата, респективно загубата, вече е участвала при формирането на счетоводния финансов резултат на МСД. Също така, разпоредбата включва и самото разпореждане с имущество на МСД. Аргумент за това се вижда в т. 59 от ДР на ЗКПО, която попада в приложното поле на чл. 47б. Без значение е дали прехвърлянето се осъществява самостоятелно или заедно с цялото предприятие. Изричната дефиниция е продиктувана от предишната редакция на разпоредбата, третираща разпореждането като доход от източник в България съгласно чл. 12, ал. 1 от ЗКПО. Такова виждане е пораждало неясноти дали печалбата действително се реализира чрез МСД и трябва ли да се облага с корпоративен данък.

Може да се заключи, че чл. 47б от ЗКПО представлява своеобразно приключване, край на МСД на определена географска точка поради прехвърлянето му на друго място. Не е изрично очертано дали подобно действие трябва да е на територията на страната или може да се осъществи и в друга държава. Логично законодателят е определил и в този случай определянето на данъчния финансов резултат да се извършва по общия ред.

Каква е разликата между прехвърлянето и специфичните правила при трансфери между МСД в страната и друга част на същото предприятие, разположена извън страната (чл. 155-157). Още при анализирането на заглавието на Глава двадесета правят впечатление няколко неща. Въпросните три разпоредби очертават един поспециален, специфичен ред, различаващ се от общия, изхождайки от особеностите на конкретната хипотеза. Те служат за определяне на данъчния финансов резултат. Необходими предпоставки за осъществяването на фактическия състав са наличието на МСД на територията на България и друга част, която се намира в различна държава. Следователно е нужно да присъства един международен елемент, една трансграничност. МСД и другата част трябва да са в патримониума на едно и също предприятие. Логично е то да представлява чуждестранно юридическо лице съгласно вътрешното законодателство, за да може да се формира МСД в България. Ако МСД и другата част са от различни предприятия или се намират на територията на една държава, тези правила са неприложими.

Самият трансфер между МСД и друга част на същото предприятие е понятийно изведен в ДОПК в § 1, т. 6. Считаме, че подобна дефиниция както спомага за едно общо, генерално изясняване на подобна дейност, така поражда и редица въпроси. Така например, какво се разбира под "фактическо извършване на услуги"? Необходимо ли е надлежно правно основание или самото им обективно, недвусмислено осъществяване представлява достатъчно условие? Осигуряването на ползване на нематериални блага също може да се тълкува двояко. Достатъчно ли е едно прехвърляне на въпросното ползване (напр. чрез даване на парола за достъп) или е задължително и осигуряването на физически носител (напр. компютър)? Прецизна ли е и хипотезата относно "всяко предаване на вещи"? Ако се съблюдава едно разширително тълкуване на понятието "вещ", то логично причислими в този случай са и недвижимите такива. Друг е въпросът дали едно евентуално предаване може да се извърши на части поради естеството им или законодателят е имал предвид само движимите, необходими за извършването на една нормална дейност. Щом неизчер-

пателно е уредено, че предаването може да е от всякакъв вид, би следвало и неправомерното такова да попада в приложното поле на въпросната хипотеза.

По-голямо практическо затруднение може да възникне при правилното определяне на понятието "друга част". Безспорно тя представлява несамостоятелна такава и трябва да бъде елемент от предприятието на МСД. Тъй като подобно понятие не е юридическо, икономическо или счетоводно, как трябва да се интерпретира този израз? От една страна, липсата на конкретизацията му включва всякакви видове несамостоятелни образувания от едно предприятие. Може ли в този случай въпросната част да представлява друго МСД? Считаме, че отговорът е по-скоро положителен по две причини. Първо, МСД е несамостоятелна правна форма и не може да се определи като независим правен субект от гражданскоправна гледна точка. Следователно няма законова пречка да се счита като част от едно предприятие. Второ, ако се застъпи обратното виждане, че то не може да се определи като част, въпросните правила са неприложими за него. На мнение сме, че това ще доведе до едно прекалено стеснително тълкуване от практическа гледна точка и може да се обуслови едно целенасочено заобикаляне на закона. Ако законодателят считаше, че МСД не може да се определи като друга част, то логично би било Глава двадесета да е озаглавена "Специфични правила за определяне на данъчния финансов резултат при трансфери между МСД в страната и друга част **или МСД** на същото предприятие, разположен**и** извън страната".

Достатъчно ясен и прецизен ли е терминът "друга част"? Считаме, че използването на "образувание" би породило по-малко въпроси и неясноти в тази материя. Логически частта представлява най-малкият съставен елемент в предприятието. Може ли обаче едно бюро или една стая да се определят за част? От една страна, те действително са съставен елемент от съвкупността на предприятието, а в някои случаи дори необходим и съществен такъв. От друга, трудно е да се приеме, че законодателят е имал предвид всякакви недвижими вещи, изхождайки от заложената в ДОПК дефиниция.

Ето защо, de lege ferenda предлагаме въвеждането на един по-прецизен термин, който да замести "част" и възможното погрешно тълкуване свързано с него. Като примерен вариант това може да е "образувание". Юридически погледнато МСД също представлява такова, независимо от несамостоятелния си характер. Образуването не е необходимо да бъде независима правна форма, но в същото време представлява съвкупност от няколко части, които структурно го изграждат. Може да се каже, че то е нещо средно между предприятие и част. Не може да се определи категорично дали подобно предложение е удачно за практически цели, но едно бъдещо понятийно доусъвършенстване би спомогнало за доизясняването на тази сложна материя.

Какво все пак очертава Глава двадесета от ЗКПО? Трябва да се отбележи, че подобни разпоредби са въведени за първи път във вътрешното законодателство от 1 януари 2007 г. Адмирации заслужава съчетанието на данъчната регулация и счетоводното отчитане на трансферите между МСД и другите части. Благодарение на разпоредбите се дава отговор относно правилното данъчно третиране на понесени-

те разходи, дали те се признават за данъчни цели и как се оценяват – по пазарна цена или по себестойността им.

Счетоводните приходи/разходи, които са във връзка с трансфер от или за друга част на предприятието се признават по пазарна цена в три случая.[1] Първата хипотеза обхваща два случая – чл. 155, ал. 1 и чл. 156, ал. 2, т. 1 от ЗКПО. Необходимо условие и при двата е трансферът да съвпада с обичайните сделки на МСД или на другата част, които са насочени към трети лица. Кои сделки се считат за обичайни зависи от естеството на извършваната дейност. Не е изрично упоменато дали тя да съвпада с обичайната на предприятието.

Втората хипотеза също изисква дейността да е обичайна за МСД или другата част, като този път трансферите са насочени към други части на предприятието – чл. 155, ал. 1, т. 2 и чл. 156, ал. 2, т. 2 от ЗКПО. Не е определено дали тези други части трябва да се намират на територията само на една държава, всяка част да е разположена в различна страна или предприятието само може да направи избор. В този случай изборът за определяне чрез пазарна цена е продиктуван от принципа за гарантирането на справедливото облагане на субектите. Видно от фактическата обстановка става въпрос за вътрешногрупови трансфери, които умишлено или не, могат да доведат до отклонение от реалните цени, които биха били определени между различни несвързани предприятия.

Третата последна хипотеза съгласно чл. 156, ал. 1 от ЗКПО отново изисква наличието на обичайна дейност на МСД, като разходите трябва да са свързани "с реализация в променен или непроменен вид на трансфериираните стоки, услуги или права". Законодателят алтернативно е заложил двете необходими предпоставки. Без значение за осъществяването на трансфера е дали ще е налице някаква промяна. Очертани са три групи обекти – стоки, услуги или права. Има ли разлика между "вещи" съгласно заложената дефиниция в ДОПК и "стоки"? Струва ни се, че поскоро двете понятия са синоними и са взаимнодопълващи се.

Така очертаните три хипотези обективно отразяват вътрешногруповите взаимоотношения по пазарни цени, изхождайки от идеята, че те трябва да се третират по аналогичен начин както при независими предприятия. В останалите случаи евентуалните възникнали приходи и разходи между МСД и други части на предприятието ще се отразяват по тяхната себестойност.[2] Според Велин Филипов практически най-срещани са случаите на получени от МСД административно-управленски услуги, като обичайно разходите се признават от централите им.

Понякога е необходимо индивидуалното изясняване на фактическата обстановка. Така например, съгласно чл. 156, ал. 4 от ЗКПО трансферите на права на интелектуалната собственост се признават за данъчни и счетоводни цели по тяхната себестойност. Ако обаче подобни дейности представляват обичайна и изключителна дейност на трансфериращата част, то те ще се признаят в МСД по пазарната им стойност.

---

[1] Филипов, В. Коментар на новия Закон за корпоративното подоходно облагане, С., Сиела, 2007, с. 139-140.

[2] Пак там, с. 140.

Законодателят е обърнал специално внимание и на трансфера на парични средства, установявайки, че в подобни случаи счетоводните приходи и/или разходи няма да се признават за данъчни цели. Предвидени са две изключения – чл. 155, ал. 2 и чл. 156, ал. 6 от ЗКПО. По отношение на второто приходната администрация е изразила позиция.[1] В конкретния случай става въпрос за получени парични средства от австрийско строително дружество към неговия клон в България. Поради третирането на клона като несамостоятелно юридическо лице съгласно българското законодателство и намерението за прекратяването на дейността му в България се поставя запитването дали е приложима разпоредбата на чл. 46 от ЗКПО. От конкретната фактическа обстановка е видно, че клонът отговаря на изискванията за МСД и действително е получил парични средства. Той обаче не попада в случаите на чл. 156, ал. 6 от ЗКПО. Нещо повече, тъй като клонът не е самостоятелно правно образование, той представлява част от австрийското дружество. Следователно недопустимо е последното да се договаря само със себе си и да претендира за евентуални лихви при отпуснати парични средства. Логично в този случай разпоредбата на чл. 46 от ЗКПО е неприложима.

Интерес представлява разпоредбата на чл. 157 от ЗКПО. При анализирането ѝ трябва да се има предвид понятието за облагането на капиталовата данъчна печалба (taxation of capital gain), което се въвежда в ЗКПО от 2007 г. Тя се проявява при общия режим за третиране на преобразуването на дружествата. Според Велин Филипов тя е "една скрита (латентна) печалба, която не възниква до момента на разпореждане и се определя като разлика между справедливата стойност и принципно данъчната стойност на актива или пасива".[2] Идеята е облагането ѝ да се извършва при преобразуващото се дружество.

Облагането на капиталовата печалба при трансфера на активи от МСД към друга част е разгледан именно в чл. 157 от ЗКПО. Аналогично се съблюдава предвидената при преобразуването на дружествата концепция. Активите са реализирани и променят стойността си при МСД. Логично е те да се причислими към неговия данъчен финансов резултат. Изключение от този подход представлява чл. 157, ал. 5, ако приходите на МСД се определят по пазарни цени съгласно чл. 155, ал. 1. От значение за данъчните амортизируеми активи е продължителността им на ползване. Така например, ако се използват до две години, то те не се отчитат в данъчния амортизационен план. При превишаването на този праг се завеждат по себестойност.

Липсата на практика относно Глава двадесета представлява своеобразно доказателство или за напълно хармонизирана и ясна материя, или за невъзможността да се изрази едно точно, конкретно становище при разглеждането на трансфера. При съблюдаването на въпросните три разпоредби трябва да се има предвид, че както МСД, така и различните части на предприятието не са самостоятелни правни форми, поради което "наименованието и видът на издаваните между тях документи не

[1] Разяснение № 24-39-34 от 17.03.2017 г.

[2] Филипов, В. Коментар на новия Закон за корпоративното подоходно облагане, С., Сиела, 2007, с. 121.

са законово регламентирани".[1] Поради това няма ограничение при индивидуализацията им – необходимо е те да отговарят на чл. 10 от ЗКПО и да съдържат вярна информация. Като че ли най-голям проблем в тази материя е понятийният апарат и възможните усложнения с правилното причисляване и избор на метод при третирането на приходите и разходите. Отворен остава въпросът и за трансферът в трети страни.

От краткия анализ на облагането на печалбите на МСД в България могат да се направят няколко извода. Самата фигура, приравнена с останалите очертани в закона субекти, е носител на същите права и задължения като тях. В определени случаи се забелязват по-специални хипотези, характерни само за МСД (напр.чл. 92, ал. 7 от ЗКПО), които не рефлектират значително на самата идея за облагането с корпоративен данък. Упоменаването на МСД в редица разпоредби представлява своеобразно доказателство за неговата значимост и обичайно проявление на територията на България. Множеството чуждестранни инвестиции, ниските данъчни ставки, желанието за повече приходи в държавната хазна, както и идеята за едно равностойно третиране на данъчните субекти, са само част от аргументите в подкрепа на поместването му именно в ЗКПО.

Библиография

1. Караниколов, Л., Данъчният облагателен акт, С., 1995.
2. Минкова Г., Данъчни задължения, С., Сиела, 2012.
3. Пенов, С. Правен режим на корпоративното подоходно облагане, София, 2000.
4. Филипов, В. Коментар на новия Закон за корпоративното подоходно облагане, С., Сиела, 2007.
5. Разяснение № 26-Д-115 от 19.01.2009 г. на НАП.
6. Разяснение № 24-39-34 от 17.03.2017 г. на НАП.
7. Разяснение № 53-00-602 от 22.07.2013 г. на НАП.

[1] Разяснение № 26-Д-115 от 19.01.2009 г.

АВТОМАТИЧЕН ОБМЕН НА ОТЧЕТИ ПО ДЪРЖАВИ: СЪЩНОСТ И ПРАВНА УРЕДБА СПОРЕД БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО

Тодор Тодоров, докторант,
катедра "Публичноправни науки", УНСС,
peritus@abv.bg

1. Увод

Автоматичният обмен на информация между отделните държави е правен институт, който през последните няколко години придобива особено важна роля на фона на ускореното развитие на националните икономики и увеличаването на трансакциите в световен план. Настоящият доклад разглежда основните положения при един от видовете за административно сътрудничество – Автоматичен обмен на отчети по държави или т. нар. "Country-by-Country Reporting".

Необходимостта на държавите да разполагат с определена информация, която да се използва за постигането на конкретни вътрешнофинансови цели и задачи, се осъзнава през втората половина на XX-ти век. Тази материя първоначално се урежда от сключените междудържавни СИДДО. Значението и обемът на разменената информация се увеличават многократно в наши дни и това поставя началото на един естествен процес на развитие и усъвършенстване на нормативната база, свързана със събирането, предаването и последващото използване на нужната информация.

Големият обем и сложност на международните трансакции водят след себе си до сближаване на финансовите и данъчни системи на всички държави. За да се приложат към новите обществени отношения и стандарти, голяма част от съществуващите национални финансови и данъчноправни норми следва да претърпят съществени изменения. В други случаи се появява необходимост от въвеждане на съвсем нови правни режими, за да бъдат постигнати законодателните цели.

В основата на задължителния автоматичен обмен на отчети по държави стоят принципи и цели, които са общи за автоматичния обмен като видово понятие, но правната уредба е различна и се отличава със свои специфики. Тъй като разглежданият институт е нов за всички въвели го държави, в това число и за България, неговите същностни характеристики предстои да бъдат обект на различни анализи и коментари и в бъдеще.

В по-общ план, обменът на информация е комплексна административна процедура и една от категориите на административно сътрудничество на наднационално ниво[1]. Основните видове за обмен на информация са: (1) обмен на информация при

[1] Други видове административно сътрудничество са връчването на документи на територията на друга държава, взаимопомощ при принудително събиране и налагане на обезпечи-

поискване; (2) автоматичен обмен на информация и (3) спонтанен обмен на информация. Всеки от изброените видове има самостоятелна роля при осъществяване на политиките за борба срещу данъчните измами и укриването на данъци. Нещо повече, нарастващите предизвикателства, пред които са изправени националните икономики в стремежа да постигнат добро финансово управление, водят до идентифициране на нови и по-сложни рискове, които е невъзможно да бъдат преодолени без обща стратегия и координирани действия на тази плоскост.

2. Международна и националноправна уредба

Първият юридически акт, който регламентира института, е *Многостранното споразумение между компетентните органи за обмен на отчети по държави* (CbC MCAA). С него се въвеждат препоръките по Мярка 13[1] от проекта за предотвратяване свиването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби от предприятията в световен мащаб (BEPS) на Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) и Г-20 (Групата на двайсетте). Общо 65 юрисдикции[2] са подписали споразумението към 06.07.2017 г. като това число ще се увеличи значително в бъдеще.

На ниво Европейски съюз, механизмът за предоставяне на отчети по държави е въведен с Директива (ЕС) 2016/881 на Съвета от 25.05.2016 г. за изменение на Директива 2011/16/ЕС по отношение на задължителния автоматичен обмен на информация в областта на данъчното облагане (Обн. в официалния вестник на ЕС, L ОВ., бр. 146 от 03.06.2016 г.). Цитираната директива влиза в сила в деня на обнародване в официалния вестник на ЕС и задължава държавите-членки в срок до 04.06.2017 г. да въведат в законодателството си необходимата правна уредба, за да се съобразят с изискванията. При транспонирането, тълкуването и изпълнението на директивата следва да се използва окончателният доклад по Мярка 13 от проекта BEPS.

Автоматичният обмен на отчети по държави е въведен в законодателството на Република България със Закона за изменение и допълнение на Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (ДОПК), обнародван в Държавен вестник (ДВ), бр. 63 от 04.08.2017 г. Правната уредба се съдържа в чл. чл. 143т – 143щ от Раздел VI, Глава шестнадесета, Дял втори от ДОПК.

3. Основни положения

3.1. *Пряката цел*, която е поставена при създаването на института, е регламентиране на единна, достатъчно ясна и ефективна процедура за осъществяване на обмен на информация между държавите–членки на ЕС. Информацията се отнася до

телни мерки, присъствие и участие в административни производства и извършване на паралелни проверки и ревизии.

[1] Окончателният доклад по Мярка 13 "Документация за трансферно ценообразуване и отчети по държави" е публикуван от ОИСР на 05.10.2015 г.: OECD (2015), Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris.

[2] Република България не е страна по споразумението към този момент.

начина на разпределение на приходите, печалбите, активите и данъците на предприятия, които са част от многонационална група предприятия (МГП) и извършват дейност на територията на ЕС[1].

За да се очертае по-ясно проблематиката, довела до въвеждане в българското законодателство на механизма за автоматичен обмен на отчет по държави, следва да се има предвид, че МГП извършва стопанска дейност на територията на множество държави. Освен това, всяка МГП разполага и със значителен материален, кадрови и финансов ресурс, който дава възможност да се използват преимуществата и слабите звена в различните законодателства по начин, позволяващ създаване на изкуствени правни конструкции и променяне на условията по търговските споразумения при извършване на дейността. Търсеният резултат е намаляване на общите публични задължения на групата, чрез насочването на облагаемите печалби от държавите с високи данъчни ставки, където е реализиран доходът, към такива с ниски данъци или офшорни юрисдикции[2].

Не е изключена и възможността, празнотата в правната уредба на дадена държава или коренно различните правни режими на две юрисдикции да доведат до двойно данъчно необлагане. Друг проблем е създаването от МГП на различни стратегии за агресивно данъчно планиране, до които националните дружества нямат достъп. При това положение данъчната тежест на националните дружества, които обикновено са малки и средни предприятия, е значително по-висока спрямо тази на МГП. Тези процеси водят до големи загуби за националните бюджети на държавите–членки и засилват данъчната конкуренция за привличане на МГП чрез предлагането на нерегламентирани данъчни предимства[3].

3.2. *Основни понятия: "МГП" и "подаващо информация предприятие"*

Кръгът на лицата, които са засегнати в процедурата по подаване на отчетите по държави, е широк. Не всички от тях имат преки задължения по силата на закона. По-голямата част от лицата са засегнати непряко, доколкото информацията от отчетите ги касае непосредствено или предоставя допълнителни данни, свързани с дейността на МГП като цяло. *Задължени субекти*, в зависимост от контекста, могат да бъдат крайното предприятие майка, заместващото предприятие майка или някое от съставните предприятия. Последните са наречени най-общо подаващи информация предприятия.

3.2.1. В § 1, т. 35 от ДР на ДОПК е дефинирано понятието "*многонационална група от предприятия*" Определящите критерии са два и се прилагат алтернативно, т.е. достатъчно е изпълнението на един от тях.

---

[1] Еленков, Ж. и Антонов, И., Участие на България в проекта "BEPS" и очаквани последици за страната, Общество и право – София, 5/2017 г.

[2] Антонов, И., Автоматичен обмен на финансова информация, Счетоводство, данъци и право – София, 2/2016 г., с. 41

[3] Актуални примери за това са казусите на Apple в Ирландия (вж. Решение на Европейската комисия от 30.08.2017 г.), Amazon в Люксембург (вж. Решение на Европейската комисия от 04.10.2017 г., Fiat и Starbucks в Холандия (вж. Решение на Европейската комисия от 21.10.2015 г.) и др., където данъчните загуби се изчисляват в милиарди евро.

Първият критерий е ***(а)*** наличие на поне две предприятия, които да са местни лица за данъчни цели на различни държави-членки или други юрисдикции[1]. Под "предприятие" следва да се разбира всяка форма на осъществяване на стопанска дейност, независимо дали притежава правосубектност, доколкото чрез нея има възможност да се притежават или управляват активи и доходи, които са обект на преки данъци. Този извод може да се направи от сравнителното тълкуване на § 1, т. 36 във вр. с т. 22 от ДР на ДОПК. В обсега на определението следователно се включват всички юридически лица, неперсонифицирани дружества и всякакви други форми на правни сдружения (тръстове, фондации и др.).

При квалификацията дали дадена съвкупност от предприятия е МГП, следва да се има предвид, че "*група*" по смисъла на дял втори, глава шестнадесета, раздел VI от ДОПК е съвкупност от предприятия, свързани посредством собственост или контрол, която има задължение да изготвя консолидирани финансови отчети за целите на финансовата отчетност, съгласно приложимите счетоводни правила или би била длъжна да изготвя такива, ако дялове от капитала на някое от съставните предприятия се търгуват на фондова борса.

Последното изискване по първия критерий е свързано с трансграничен елемент – предприятията от групата да са местни лица за данъчни цели на различни юрисдикции. Преценката дали едно предприятие е "*местно*" за данъчни цели се прави на база на информацията, с която разполага МГП. Интерес представляват случаите, в които едно предприятие може да бъде определено като местно лице на две юрисдикции. В тази хипотеза се прилага правилото за разкъсване на връзката, предвидено в приложимата данъчна спогодба. Когато липсват приложими данъчни спогодби, водещо е мястото на неговото действително управление. Преценката се извършва ad hoc като се използват международно приетите стандарти за това[2].

Вторият критерий, за да бъде налице МГП е условието, групата да ***(б)*** включва предприятие, което е местно лице за данъчни цели на една държава – членка или друга юрисдикция, но подлежи на данъчно облагане по отношение на стопанската дейност, извършвана чрез място на стопанска дейност, в друга държава – членка или юрисдикция. С втория критерий се разширява кръгът на задължените субекти, тъй като в противен случай, от обхвата на дефиницията за МГП биха останали изключени множество лица, които поначало имат достатъчна степен на автономност и подлежат на данъчно облагане на самостоятелно основание.

3.2.2. Легална дефиниция за дружество, което е "*крайно предприятие майка*", е изведена в § 1, т. 39 от ДР на ДОПК. Тук отново са налице два критерия – положителен и отрицателен, които за разлика от предходните по т. 3.2.1., следва да бъдат изпълнени кумулативно. Крайното предприятие майка по презумпция е съставно предприятие за МГП, което ***(а)*** пряко или косвено притежава достатъчен дял в едно

---

[1] Под "юрисдикция" по смисъла на законодателството се разбира всяка държавна или недържавна структура, която притежава фискална автономност. Това разбиране е изразено в указанията относно подаването на отчети по държави, дадени с Директива (ЕС) 2016/881 на Съвета.

[2] В тази насока вж. Reimer, Ekkehart and Rust, Alexander, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Wolters Kluwer, The Netherlands, Fourth Edition, 2015, Vol. 1, p. 1087

или повече други съставни предприятия на МГП, поради което е длъжно да изготвя консолидирани финансови отчети, съгласно приложимите счетоводни правила в юрисдикцията, на която то е местно лице за данъчни цели или което би било длъжно да изготвя такива, ако неговите дялове от капитала се търгуват на фондова борса в юрисдикцията, на която е местно лице за данъчни цели. Отрицателният критерии изисква да ***(б)*** няма друго съставно предприятие на тази МГП, което притежава пряко или косвено достатъчен дял в това съставно предприятие.

3.2.3. В определени хипотези на закона, задължено лице за подаване на отчет по държави е "*заместващото предприятие майка*". То следва да е част от МГП и да бъде посочено от групата да замести крайното предприятие майка при подаването на отчета в държавата – членка или юрисдикцията, на която съставното предприятие е местно лице за данъчни цели, от името на МГП, когато са налице едно или повече от условията, посочени в чл. 143ц, ал. 1 от ДОПК.

3.2.4. "*Съставно предприятие*" по смисъла на § 1, т. 37 от ДР на ДОПК може да бъде **(*а)*** всяка отделна стопанска единица на МГП, която е включена в консолидираните ѝ финансови отчети или която би била включена, ако дялове от капитала на съответната стопанска единица на МГП се търгуват на фондова борса. За съставни предприятия се считат и ***(б)*** стопанските единици на МГП, които са изключени от консолидираните ѝ финансови отчети само на основание размер или същественост. Освен това, към съставните предприятия се причисляват и ***(в)*** всяко от местата на стопанска дейност на отделните стопанска единица на МГП, ако стопанската единица изготвя отделен финансов отчет за това място на стопанска дейност за финансови, данъчни, счетоводни и регулаторни цели или във връзка с вътрешния управленски контрол.

3.3. *Задължение за подаване на отчети по държави в България*

3.3.1. Правоотношенията, които се пораждат и развиват в разглежданата процедура, се характеризират като властнически[1]. В чл. 143ф и сл. от ДОПК се предвижда отчетът по държави да се изготвя и предоставя ежегодно на изпълнителния директор на Националната агенция за приходите към Министъра на финансите. Срокът за изпълнение на задължението е 12-месечен, считано от края на отчетната данъчна година за МГП (годината на изготвяне на финансовите отчети на крайното предприятие майка). Според преходните и заключителни разпоредби на ДОПК, законът в тази част действа ex tunc, определяйки 2016 г. като първата отчетна година за крайните предприятия майка или заместващите предприятия. Когато в Република България няма крайно предприятие майка или заместващо предприятие майка, а отчетът по държави трябва да се подаде от съставно предприятие, първата отчетна година е 2017 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 143ф, ал. 3 на от ДОПК, отчетите по държави се подават по електронен път по ред и във формат, утвърдени със заповед на изпълни-

[1] В българската правна литература е утвърдено разбирането, че в областта на финансовото и данъчното право е приложим властническия метод на правно регулиране, вж. Стоянов, И., Данъчно право, шесто преработено и допълнено издание, Ciela, София, 2016 г.

телния директор на НАП, която се публикува на интернет страницата на агенцията[1].

3.3.2. *Праг за подаване на отчетите по държави*

С цел по-ефикасно използване на публичните ресурси и намаляване на административната тежест за МГП, задължението за предоставяне на информация търпи известни ограничения. Изглежда в съответствие с посочените принципи изискването отчети по държави да се подават само за МГП, чийто годишен приход на консолидирана основа е над определен размер.

В чл. 143х от ДОПК са предвидени две хипотези за предоставяне на отчетите по държави в зависимост от това къде крайното предприятие майка е местно лице за данъчни цели и за каква цел ще бъде ползвана информацията – за национални цели или за международния обмен. Като предимство на законодателната уредба може да бъде изтъкнато, че обхватът на информацията, която подлежи на обявяване и начинът на предоставянето ѝ е един и същ и за двете изброени по-долу хипотези.

За МГП с крайно предприятие майка, което е местно лице за данъчни цели на Република България, отчет по държави се предоставя, когато сумата на приходите на групата надвишава 100 000 000 лв. за данъчната година, предхождаща отчетната данъчна година.

Когато крайното предприятие майка не е местно лице за данъчни цели на Република България, отчет по държави се подава от заместващо предприятие майка или съставно предприятие на групата, което отговаря на определените условия. В този случай отчет по държави се подава, когато общите приходи на групата са в размер над 1 466 872 500 лв. за данъчната година, предхождаща отчетната данъчна година.

3.3.3. *Съдържание на отчетите по държави*

Информацията, която е необходима за противодействие на вредните данъчни практики в рамките на МГП, извършване на комплексни оценки на риска и на текущи данъчни ревизии обхваща структурата на групата, политиката за трансферно ценообразуване и вътрешните сделки в рамките на групата.

За разлика от повечето държави – членки на ЕС, България не е въвела във вътрешното си законодателство към този момент задължителни изисквания за документация по трансферно ценообразуване по отношение на МГП, които извършват стопанска дейност на територията на страната. Информацията, която се съдържа в подадените отчети по държави, дава най-обща представа за структурата на групата, поради което не може да послужи директно за определяне на пазарни цени между предприятията в МГП, т.е. не може да запълни посочената празнина. Тя може да се използва единствено за оценка на риска, свързан с трансферни цени или с намаляването на данъчната основа и прехвърлянето на печалби, включително оценка на риска от неспазване на приложимите правила за определяне на пазарните цени между предприятията в МГП, както и за икономически и статистически анализ.

Съдържанието на отчетите по държави е регламентирано в чл. 143ф, ал. 2 от ДОПК. Разпоредбата предвижда представяне на следната информация за МГП:

---

[1] Заповед № ЗЦУ-1410 от 31.10.2017 г., издадена от изпълнителния директор на НАП и публикувана на интернет страницата на агенцията в раздел "Международни дейности", подраздел "Обмен на отчети по държави", интернет адрес http://www.nap.bg/page?id=699.

1. обобщена информация относно размера на приходите, печалбата (загубата) преди облагане с данък, платения подоходен/корпоративен данък, начисления подоходен/корпоративен данък, регистрирания капитал, натрупаната печалба, броя на наетите лица и материалните активи, различни от парични средства или парични еквиваленти – за всяка държава – членка или друга юрисдикция, в която МГП извършва дейност;

2. данни за всяко съставно предприятие на МГП, като се посочва държавата членка или друга юрисдикция, на която то е местно лице за данъчни цели, държавата/юрисдикцията, съгласно чието законодателство е създадено, когато тя е различна от държавата/юрисдикцията, на която то е местно лице за данъчни цели, както и характерът на основната стопанска дейност или дейности.

Към настоящия момент общ модел на отчет по държави е включен под формата на две таблици, дадени в Приложение III към Директива (ЕС) 2016/881 на Съвета. В първата таблица са включени общи данни за МГП, а във втората таблица се посочват данни за дейността на конкретните съставни предприятия на МГП.

3.4.*Административнонаказателна отговорност*

Задълженията на предоставящите информацията предприятия по Раздел VI, Глава шестнадесета, Дял втори от ДОПК са свързани с изискване за декларираме на определени факти и обстоятелства. Следователно съставите на нарушенията обхващат деяния, при които задължените лица не предоставят отчет по държави в регламентираните за това срокове, не посочат въобще или посочат неверни или непълни данни или обстоятелства, не уведомят администрацията за определени факти и обстоятелства, когато това е предвидено в закона.

Нарушенията на задължения по отношение на автоматичния обмен на отчети по държави са дадени с разпоредбата на 278а, ал. 1-4 от ДОПК. Предвидените от законодателя имуществени санкции са със значителен размер. Това е обусловено, от една страна, от необходимостта от стриктно спазване на задълженията, предвид усилията в световен мащаб за постигане на по-голяма прозрачност по отношение на МГП. От друга страна, за да бъде насърчено спазването на закона и да бъдат постигнати целите на административнонаказателната отговорност, размерът на санкциите е съобразен и с факта, че задължените лица са МГП със значителни по размер приходи на консолидирана основа.

Предоставящо информация предприятие, което не предостави отчет по държави в предвидения в срок, се наказва с имуществена санкция в размер от 100 000 до 200 000 лв., а при повторно нарушение – от 200 000 до 300 000 лв.

Когато в отчета по държави не са посочени данни или са посочи неверни или непълни данни или обстоятелства, предвидената имуществена санкция е в размер от 50 000 до 150 000 лв., а при повторно нарушение – от 100 000 до 250 000 лв. Това наказание се налага и когато непълните или неверни данни се дължат на отказ на крайното предприятие майка да предостави информация.

Имуществена санкция в размер на 10 000 лв. е предвидена за съставно предприятие, което не изпълни задължението си да уведоми изпълнителния директор на НАП за отказа на крайното предприятие майка да му предостави необходимата информация по чл. 143ц, ал. 2 и чл. 143ч, ал. 5 от ДОПК. При повторно нарушение

санкцията е 15 000 лв. Когато съставно предприятие не изпълни задължението си да уведоми изпълнителния директор на НАП относно неговия статус в групата – дали е крайно предприятие майка, заместващо предприятие майка или съставно предприятие по чл. 143ц, ал. 1, същото се наказва с имуществена санкция в размер от 50 000 до 150 000 лв., а при повторно нарушение – от 100 000 до 200 000 лв.

4. Заключение

Огромните усилия на страната ни да въведе в законодателството си правния режим за автоматичен обмен на отчети по държави са важна стъпка към засилване на административното сътрудничество на европейско ниво. Като положителни черти на разгледаната нормативна база следва да бъдат отчетени нейната универсалност и възможност за бъдещо приложение не само по отношение на обмена с държавите-членки на Европейския съюз, но и с държави по други международни споразумения. Освен това, при въвеждането на института са заимствани експертни практики на европейско и световно ниво (напр. задълбочени предварителни анализи и оценки върху ефектите, преценка на възможностите за намаляване на административната тежест върху бизнеса, сравнителни анализи на различни правни системи при последваща имплементация и др.), които създават предпоставки за устойчивост и по-продължително действие на правните норми. Разгледаният правен режим спомага за постигането на по-голяма финансова и данъчна прозрачност, но ефектите за държавата и бизнеса предстои да бъдат оценени в бъдеще.

Използвана литература

1. Антонов, И., Автоматичен обмен на финансова информация, Счетоводство, данъци и право – София, 2/2016 г., стр. 41.

2. Еленков, Ж. и Антонов, И., Участие на България в проекта "BEPS" и очаквани последици за страната, Общество и право – София, 5/2017 г., с. 77.

3. Минкова, Г. и Чилова, Н., Помагало по данъчно право, Ciela, София, 2015 г.

4. Стоянов, И., Данъчно право, Ciela, София, 2016 г., шесто преработено и допълнено издание.

5. Стоянов, П., Данъчно право, БАН, София, 1994 г.

6. Reimer, Ekkehart and Rust, Alexander, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Wolters Kluwer, The Netherlands, Fourth Edition, 2015, Vol. 1, p. 1087.

ВЪНШЕН ПРЕДВАРИТЕЛЕН КОНТРОЛ ВЪРХУ ПРОЦЕДУРИ НА ДОГОВАРЯНЕ, ОСЪЩЕСТВЯВАН ОТ АГЕНЦИЯТА ПО ОБЩЕСТВЕНИ ПОРЪЧКИ ПО ЧЛ. 233 ОТ ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

Цветолюба Васева, докторант,
катедра "Публичноправни науки",
ЮФ на УНСС,
cvetoluba-vaseva@abv.bg

Резюме

В настоящата разработка е анализиран външния предварителен контрол, осъществява от Агенцията по обществени поръчки върху процедури на договаряне, като е изключен от анализа предварителния контрол, осъществяван на случаен избор, върху изключенията на приложното поле на Закона за обществените поръчки и изменението на договори, сключвани след провеждане на обществени поръчки.

Ключови думи: външен предварителен контрол, процедури на договаряне, Агенция по обществени поръчки, обществени поръчки

Summary

In this study is analyzed external preliminary control carried out by the Public Procurement Agency on negotiated procedures, but is excluded from the analysis preliminary control carried by random choice on exceptions to the scope of the Public Procurement Law and amendment of contracts concluded after conduct the public procurement.

Keywords: External preliminary control, negotiated procedures, Public Procurement Agency, public procurement

В Националната стратегия за развитие на сектор на обществените поръчки за периода 2014 – 2020 са залегнали няколко основни цели пред подобряване осъществяването на предварителния контрол в областта на обществените поръчки. На следващо място при приемането на нов Закон за обществените поръчки законодателя изцяло се е стремил именно към разширяване на превенцията от недопускане на нарушения на етапа на стартиране на обществена поръчка, а не на санкционната дейност при вече допуснати нарушения. Доколко това е изпълнено е обект на изложението по-долу, като основно следва да се наблегне на основополагащата роля, която може и следва да изиграе предварителния контрол в областта на обществените поръчки при недопускане на нарушения в цялостния процес по възлагане на обществени поръчки и законосъобразно разходване на публични средства – национални или получени от фондовете на Европейския съюз.

Основни мотиви за изцяло променената регламентация на предварителния контрол в областта на обществените поръчки са непрестанните констатации от страна на Европейската комисия за системни нередности в процедурите за обществени поръчки; липсата на административен капацитет; неефективните контролни механизми и постоянните съдебни жалби срещу проведени обществени поръчки и забавяне на изпълнението на проекти, финансирани изцяло или частично със средства от фондовете на ЕС. Други забележки от страна на Изпълнителния орган на ЕС, се отнасят най-вече до разширяване на предварителния контрол без ограничение от прогнозната стойност на конкретната обществена поръчка и с проверка от страна на органите, осъществяващи предварителния контрол, на техническите спецификации на етапа подготовка на обществена поръчка. Не на последно място основни препоръки са свързани с равни възможности за всички видове процедури да бъдат обект на предварителен контрол с цел да се обезпечи законосъобразното им провеждане.

С приемането на новия ЗОП се осъществява съществена промяна в регулацията на извършвания предварителен контрол от страна на Агенцията по обществени поръчки. Измененията са в няколко насоки:

- Обхвата на контрола по отношение на процедурите, които ще подлежат на проверка;
- Документите, въз основа на които той ще се реализира.
- Стойностните прагове на подлежащите на проверка обществени поръчки;

Уредени са следните видове предварителен контрол:

- Контрол чрез случаен избор по чл. 232 от ЗОП;
- Контрол върху процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП;
- Контрол върху някои изключения от приложното поле на закона по чл. 234 от ЗОП;
- Контрол при изменението на договор по обществена поръчка по чл. 235 от ЗОП.

Обект на изследване ще бъде именно предварителния контрол върху процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП с оглед изменената му същност сравнимо с предварителния контрол, осъществяван от АОП преди приемането на новия закон. Контролът върху процедури на договаряне без предварително обявление са регламентирани в българското законодателство от 2009 година насам. Съгласно чл. 19, ал. 2, т.24 от ЗОП (отм.) изпълнителният директор на АОП осъществяваше предварителен контрол на решенията за откриване на процедури на договаряне без обявление на основание чл. 90, ал. 1, т.3-9, т. 12, издадени от възложители по чл. 7, т. 1-4 от ЗОП(отм.).

С последваща промяна, считано от 01.07.2014 г., приложното поле на предварителния контрол беше стеснено, като на контрол подлежаха процедурите, чиято стойност е в рамките на чл. 14, ал. 1 от ЗОП (отм.) – "*Процедурите по закона се прилагат задължително при възлагане на обществени поръчки с обект по чл. 3, ал. 1, които имат следните стойности без ДДС:1. (изм. – ДВ, бр. 33 от 2012 г.) за строителство – по-високи от 264 000 лв., а когато поръчката е с място на изпълнение извън страната – по-високи от 1 650 000 лв.;2. (изм. – ДВ, бр. 33 от 2012 г.)*

за доставки, услуги и конкурс за проект – по-високи от 66 000 лв., а когато поръчката е с място на изпълнение извън страната – по-високи от 132 000 лв."

Видно от цитираната разпоредба предварителния контрол върху процедури на договаряне без обявление е ограничен с оглед правното основание, което служи за аргумент за провеждане на вида процедура, а след 01.07.2014 г. с оглед прогнозната стойност на обществената поръчка. На следващо място видно от доклади от дейността на контролния орган в лицето на АОП е осъществил предварителен контрол на следния брой процедури: за 2012 – 1007 процедури, за 2013 – 1470 процедури, за 2014 – 1527 процедури, за 2015 – 1357 процедури и за 2016 до 15.04.2016 г. – 442 процедури.

С приемането на Закона за обществените поръчки, действащ от 15.04.2016 г. законодателят на първо място в чл. 18 е регламентирал следните видове процедури на договаряне:

- Договаряне без предварително обявление – приложима процедура за публичните възложители (т.8 от чл. 18 ал. 1 от ЗОП). Регламентацията на вида процедура е в чл. 79 от ЗОП, където са посочени 10 броя основания за провеждане на посочения вид процедура.
- Договаряне без предварителна покана за участие – приложима процедура само за секторните възложители (т.9 от чл. 18 ал. 1). Видът процедура и основанията за провеждането му е разписан в чл. 138 от ЗОП, където са регламентирани императивно 11 броя основания за провеждане на процедурата, като 9 броя от тях са регламентирани в чл. 79 от ЗОП и чл. 138 от ЗОП препраща към тях.
- Договаряне без публикуване на обявление за поръчката – процедура, приложима само в областта на отбраната и сигурността (т. 10 от чл. 18 ал. 1). Законодателят е разписал 14 броя основания за провеждане на посочения вид процедура в чл. 164 от ЗОП.
- Пряко договаряне – процедура, приложима както от публичните, така и от секторните възложители (т. 13 от чл. 18 ал. 1). Основанията за прилагане на пряко договаряне е регламентиран в чл. 182 от ЗОП. Те са 11 броя, като 5 от тях са приложими само за този вид процедура, а за останалите 6 броя отново се препраща към чл. 79 от ЗОП.

На следващо място в изричните правомощия на изпълнителния директор на АОП в чл. 229, ал. 1, т. 6 от ЗОП е императивно уредено, че същият извършва предварителен контрол на процедурите на договаряне по чл. 18, ал. 1, т.8 и т.9 от ЗОП (Договаряне без предварително обявление и Договаряне без предварителна покана за участие). Още тук законодателят с изрична законова разпоредба и изключил от правомощията на изпълнителния орган по осъществяване на методическа помощ и политика в областта на обществените поръчки в лицето на АОП и нейния изпълнителен директор да осъществява предварителен контрол върху процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 10 – договаряне без публикуване на обявление за поръчката и по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП – пряко договаряне.

Основната правна уредба на предварителния контрол върху процедури на договаряне е чл. 233 от ЗОП и чл. 131 до чл. 135 от ППЗОП.

В чл. 233, ал. 1 от ЗОП законодателят е продължил със стесняването на приложното поле на предварителния контрол като изрично е регламентирал, че "*Агенцията по обществени поръчки осъществява контрол по чл. 229, ал. 1, т. 6 върху процедури на договаряне, които се откриват от публични и секторни възложители на основанията по чл. 79, ал. 1, т. 3, 4, 6, 9 и 10 и чл. 182, ал. 1, т. 1, 4 и 5.*". С оглед на систематичност на изложението следва да се отбележи, че основанията по чл. 79 от ЗОП за стартиране на обществена поръчка по реда на процедурата договаряне без предварително обявление са 10 броя, като за 5 от тях АОП ще проверява предварително дали са налице основанията за провеждане й, а именно:

Чл. 79. *(1) Публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление само в следните случаи:*

3. поръчката може да бъде изпълнена само от определен изпълнител в някой от следните случаи:

а) целта на поръчката е да се създаде или да се придобие уникално произведение на изкуството или творчески продукт;

б) липса на конкуренция поради технически причини;

в) наличие на изключителни права, включително на права на интелектуална собственост;

4. когато е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно да бъдат спазени сроковете, включително съкратените, за открита, ограничена процедура или състезателна процедура с договаряне; обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя;

6. когато са необходими допълнителни доставки на стоки от същия доставчик, предназначени за частична замяна или допълване на наличните доставки или съоръжения, и смяната на доставчика води до несъвместимост или до съществени технически затруднения при експлоатацията и поддържането поради придобиване на стока с различни технически характеристики;

9. услугата се възлага след конкурс за проект, проведен по реда на закона, като се изпращат покани за участие в преговорите на класирания участник или на всички класирани участници в съответствие с условията на конкурса;

10. когато е необходимо повторение на строителство или услуги, възложени от същия възложител на първоначалния изпълнител, при наличие на следните условия:

а) първоначалната поръчка е възложена с открита процедура, ограничена процедура, състезателна процедура с договаряне, състезателен диалог или партньорство за иновации;

б) в обявлението на първоначалната поръчка е посочена възможността за повторно възлагане, както и обемът или количеството на възможното допълнително строителство или услуги и условията, при които те ще се възлагат;

в) общата стойност на новата поръчка е включена и е посочена при определяне стойността на първоначалната;

г) новата поръчка съответства на основния проект, в изпълнение на който е възложена първоначалната поръчка.

На следващо място следва да се подчертае, че в чл. 233, ал. 1 от ЗОП липсват изрично посочени основания по чл. 138 от ЗОП – процедура на договаряне без предварителна покана за участия, които ще подлежат на проверка дали законосъобразно ще се приложат, въпреки че в чл. 229, ал. 1, т.6 от ЗОП това е регламентирано като изрично правомощие – и право, и задължение на АОП да осъществи предварителен контрол върху посочения вид процедура. Оставено е изцяло на възложителите, които следва да прилагат закона, да тълкуват и прилагат посочения законодателен пропуск. Поставя се въпроса пред адресатите на закона дали да всички основания, които са регламентирани в чл. 138 от ЗОП, ще подлежат на предварителен контрол от АОП. На следващо място може да се разсъждава в посока при липса на конкретизация в чл. 233, ал. 1 от ЗОП, дали нито едно правно основания по чл. 138 от ЗОП няма да подлежи на предварителен контрол по ЗОП.

Следва да се има в предвид, че изрично законодателя е регламентирал, че посочения вид процедура ще се осъществява предварителен контрол, и то чл. 229 от ЗОП, където са изчерпателно посочени всички правомощия на изпълнителния директор на АОП. На следващо място чл. 79 от ЗОП урежда вид процедура на договаряне, която се провежда само от публични възложители. Чл. 182 от ЗОП регламентира вид процедура, която се прилага като от публични възложители, така и от секторни възложители. Процедурата на договаряне, която се прилага само и единствено от секторни възложители, е процедурата на договаряне без предварителна покана за участие. В чл. 233, ал. 1 от ЗОП е посочено изрично, че предварителен контрол се извършва върху процедури на договаряне, които се откриват от публични и секторни възложители.

С оглед на изложено до тук следва да се приеме, че предварителен контрол на процедура по чл. 138 от ЗОП ще се извършва от АОП върху основанията, към които се препраща към чл. 79 от ЗОП, но не към всички, а към тези, които се извършва предварителен контрол и са посочени по чл. 233, ал. 1 от ЗОП.

С оглед на законовата регламентация обаче следва да се подчертае, че само и единствено ще се осъществява предварителен контрол от АОП върху процедури, открити на основание, което конкретно е част от цитираните правни основания по чл. 79 и чл. 138 от ЗОП. Използвайки цитираната правна конструкция на конкретно посочване на конкретни правни основания за стартиране на процедури на договаряне, автоматично законодателят е изключил от приложното поле на предварителния контрол останалите правни основания, които обосновават прилагането на процедура на договаряне. Това е поредно изражение на стесняването на приложното поле на предварителния контрол върху процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП.

На следващо място следва да се подчертае, че законодателят въпреки че е регламентирал в чл. 229, ал. 1, т. 6 от ЗОП чрез изключване, че процедурата пряко договаряне по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП е включена в предварителния контрол на процедури на договаряния, същата бива посочена изрично в разпоредбата на чл. 233 от ЗОП и то с конкретни правни основания, които подлежат на контрол. Правните основания за стартиране на процедура пряко договаряне по чл. 182 от ЗОП са 11 броя и отново основа за 6 броя от тях е разпоредбата на чл. 79 от ЗОП, а върху следните следва да бъде осъществен предварителен контрол:

Чл. 182. *(1) Възложителят може да проведе пряко договаряне с определени лица при наличие на някое от основанията по чл. 79, ал. 1, т. 3 и т. 5 – 9 или когато:*

1. е необходимо неотложно възлагане на поръчката поради изключителни обстоятелства и не е възможно спазване на сроковете по чл. 178, ал. 2 и 3; обстоятелствата, с които се обосновава наличието на неотложност, не трябва да се дължат на възложителя;

4. е необходимо повторение на строителство или услуги, възложени от същия възложител на първоначалния изпълнител, при наличие на следните условия:

а) първоначалната поръчка е възложена с публично състезание;

б) в обявлението за първоначалната поръчка е посочена възможността за повторно възлагане, както и обемът или количеството на възможното допълнително строителство или услуги и условията, при които те ще се възлагат;

в) общата стойност на новата поръчка е включена и е посочена при определяне стойността на първоначалната;

г) новата поръчка съответства на основния проект, в изпълнение на който е възложена първата поръчка;

5. обществената поръчка е за услуги по приложение № 2 и е на стойност по чл. 20, ал. 2, т. 2.

Регламентацията на чл. 233 от ЗОП продължава и във втора алинея, в която обаче отново се стеснява приложното поле на предварителния контрол. Същата регламентира, че "*Контролът по ал. 1 от чл. 233 от ЗОП (бел. На авт.) обхваща:*

1. процедурите за възлагане на поръчки, чиито стойности са равни или по-големи от:

а) 5 000 000 лв. – за строителство;

б) стойностния праг по чл. 20, ал. 1, т. 1, букви "б" и "в", т. 2, букви "б" и "в" и т. 3, букви "б" и "в";

2. процедури за възлагане на поръчки, чиито стойности са под праговете по т. 1, определени чрез случаен избор съгласно методиката по чл. 232, ал. 2."

Чрез цитирана алинея законодателят на първо място стеснява приложното поле на предварителния контрол върху процедури на договаряне с оглед прогнозната стойност на обществената поръчка, която предстои да се обяви. На второ място ограничаване на приложното поле на предварителния контрол е направено и чрез препращането към общия по своята правна същност предварителен контрол, осъществяван на случаен избор по чл. 232 от ЗОП, който в хипотезата на осъществяване на предварителен контрол върху процедури на договаряне е регламентиран с известни различия от общия случай.

С оглед на изложеното законодателят към настоящия момент изцяло стеснително и ограничително е регламентирал осъществяването на предварителния контрол върху процедури на договаряне сравнено с правната уредба на института преди влизането на новия закон в сила. АОП ще извършва предварителен контрол на процедури на договаряне, които са открити на конкретни правни основания като основание за провеждане на процедурите договаряне без предварително обявление и договаряне без предварителна покана и които са на висока прогнозна стойност. Част от обществените поръчки, които са с правно основание чл. 182, ал. 1, т. 1, 4 и 5

от ЗОП или са процедури на договаряне без предварително обявление и договаряне без предварителна покана, но са с прогнозна стойност под посочената в чл. 233, ал. 2, т. 1, б. А и б.Б от ЗОП ще следва да бъдат въвеждани в системата за случаен избор и едва ако бъдат избрани ще бъде осъществен предварителен контрол върху тях.

Общата регламентация на предварителния контрол по чл. 233 от ЗОП:

Съгласно чл. 233, ал. 3 от ЗОП проверката на компетентния орган, извършващ предварителен контрол обхваща проверка за съответствие на посоченото правно основание с мотивите на решението за откриване на процедурата от една страна и доказателствата, които са представени от възложителя, от друга страна.

Моментът за провеждане на предварителния контрол е регламентиран императивно и той след публикуване на решението за откриване на процедурата в Регистъра за обществените поръчки.

Следва да се акцентира върху обстоятелството, че договарянето е вид процедура, която за разлика от свободно избираемите процедури – открита и ограничена, която възложителите могат да прилагат само при наличие на определени обстоятелства и при спазване на изрично посочени в ЗОП условия и предпоставки. Ето защо законовите основания за прилагане на процедура на договаряне не могат да се прилагат разширително. Законосъобразното ѝ провеждане изисква се спазват редица процедурни правила:

1. Изборът на процедура винаги се аргументира. Мотивите на възложителя трябва да са публични и ясни. Те се посочват в решението за откриване на процедурата и следва обективно да отразяват конкретните факти и обстоятелства, които налагат провеждането на този вид процедура.

2. За всяко от обстоятелствата, посочени в мотивите, възложителят следва да разполага с доказателства, относими към предмета на поръчката, изчерпателни и по възможност е препоръчително да са с източник независим от възложителя и поканеното за изпълнител лице.

3. При правно основание, което не изисква предметът да се реализира от конкретно лице/а и е обективно възможно да се осигури конкуренция, възложителят би могъл да покани повече от един участник и да възложи договора въз основа на избор в състезателни условия.

4. Когато принципно е възможно провеждане на открита процедура, ограничена процедура или процедура на договаряне с обявление, но по обективни причини е необходимо прилагане на договаряне без обявление, препоръчително е договорът да обхваща дейностите, които са абсолютно необходими, а неговият срок да е до избора на изпълнител, избран при провеждане на някои от другите видове процедури, които гарантират в по-голяма степен на спазване на принципите на закона – свободна конкуренция, публичност и прозрачност; равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

А. Осъществяване на предварителен контрол на процедури на договаряне над определения праг по чл. 233, ал. 2,т. 1 от ЗОП:

При посочената хипотеза и съвкупност от факти, предварителния контрол върху този вид процедури на договаряне е абсолютно задължителен. В деня на изпращане

на Решението за откриване на процедурата, възложителите са задължени да изпратят и доказателствата по електронна поща с писмо, подписано с електронен подпис, в което се посочва неговата партида и номерът на решението за откриване на процедурата. При изпращането на документите възложителите следва да се съобразят с разпоредбата на чл. 134 от ППЗОП, в която изрично е посочено, че изпращането на доказателства не е необходимо, когато те са достъпни чрез електронен публичен и безплатен регистър и в решението за откриване на процедурата е посочен точния интернет адрес, на който се намират.

Срокът за изготвяне на становище предварителния контрол е 30 – дневен от получаване на документите, съгласни чл. 135, ал. 1 от ППЗОП. В рамките на този срок АОП изготвя становище за законосъобразност, в което евентуално се съдържат установените от административния орган несъответствия с изискванията на ЗОП и препоръки за тяхното отстраняване. Становището се изпраща на възложителя по електронна поща, подписано с електронен подпис. На следващо място законодателят в ал. 2 на чл. 135 от ППЗОП е взел предвид обстоятелството, че когато процедурата е прекратена преди издаване на становището, осъществяването на контрола се прекратява, но това отбелязва отново в становище, което АОП издава. От тук следва, че винаги компетентния административен орган следва да се произнесе, дори когато вече възложителят е предприел последващи правни действия относно обявена от него процедура на договаряне.

Становището от предварителния контрол на процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП не е задължително за възложителя. Посоченото твърдение се извежда при систематическото тълкуване на разпоредбата на чл. 135, ал. 3 от ППЗОП, в която законодателят изрично е установил, че когато законосъобразното прилагане на избраното от възложителя правно основание не е безспорно доказано и процедурата завърши със сключване на договор, АОП уведомява органите по чл. 238, ал. 1 от ЗОП.

Следва да се подчертае, че след получаване на становище от извършения предварителен контрол пред възложителите е налице и възможността да коригират условията на обществената поръчка във връзка с направените препоръки. Но това може да стане само и единствено чрез прекратяване на обществената поръчка чрез решение за прекратяване, което обаче като индивидуален административен акт, ще подлежи на обжалване пред Комисията за защита на конкуренцията. Именно и в това е основата на методическата помощ, която следва да оказва АОП на възложителите на обществени поръчки и именно чрез която следва да се постигне законосъобразното възлагане на обществени поръчки.

На следващо място обаче възложителите могат да решат да не се съобразят с изготвеното становище и да проведат конкретната процедура на договаряне, да сключат договор с избран изпълнител и да докладват сключването на този договор към АОП, чрез изготвяне и подписване на обявление за възложена поръчка, което чрез публикуването в Регистъра на обществените поръчки, ще бъде индикация за административния орган, че възлагането е приключило със сключване на договор, въпреки становище му.

Б. Осъществяване на предварителен контрол на процедури на договаряне под определения праг, избрани на случаен принцип, по чл. 233, ал. 2,т. 2 от ЗОП:

Предварителният контрол, осъществяван на случаен избор по чл. 232 от ЗОП, се състои в изтеглянето всеки работен ден чрез системата за случаен избор (ССИ) от АОП на една процедура за предварителен контрол, която се обявява на Портала на обществените поръчки. Изборът на процедура се извършва по методика, която отчита рискови фактори с определена тежест. При осъществяване на предварителен контрол върху процедурите на договаряне по чл. 233, ал. 2, т.2 от ЗОП обаче Правилникът за прилагане обаче внася различия, които ще се подчертаят, сравнено с общия ред на провеждане на предварителен контрол на случаен избор.

1. Етапи на осъществяване на контрола. Контролът по чл. 232 от ЗОП се извършва на два етапа – преди публикуване на процедурата и след публикуването ѝ в Регистъра на обществените поръчки. При предварителния контрол по чл. 232, ал. 2, т.2 от ЗОП контролът се извършва еднократно, тъй като данните за конкретната процедура са въведени в Системата за случаен избор в деня на изпращане на решението за откриване на процедурата.

2. Документите, които подлежат на контрол са различни. При предварителния контрол на случаен избор по чл. 232 от ЗОП на първия етап от контрола се изпращат проект на решение за откриване на процедурата, проект на обявление за оповестяване откриването на процедурата; проект на техническите спецификации; проект на методика за оценка, когато е приложимо. На втория етап се простира върху документите, публикувани в регистъра на обществени поръчки – решение и обявление, както и върху техническите спецификации и методиката за оценка, които са публикувани в профила на купувача на възложителя. При процедура на договаряне процедурата вече е публикувана в Регистъра на обществените поръчки, а в системата за случаен избор възложителя е длъжен да въведе данни за конкретната процедура в деня на изпращането за публикуване на решението за откриване на процедурата, като отново данните се подписват с електронен подпис съгласно чл. 133, ал. 1 от ППЗОП. Вече при избора на процедурата, възложителят е длъжен в 3-дневен срок да изпрати доказателства за обстоятелствата, посочени в решението за откриване на процедурата.

3. Срокът за получаване на становище от страна на АОП е различен. При предварителния контрол на случаен избор по чл. 232 от ЗОП на първия етап срокът е 14 дни, а на втория етап е 10 дни от публикуване на обществената поръчка и документите за откриването ѝ в регистъра на обществените поръчки. Императивно е разписано, че становището на контролната институция се издава в 30 – дневен срок от изпращане на необходимите документи.

4. Възможностите, с които разполагат възложителите да отстранят съответни забележки на административния орган, също се различават. При контролът на случаен избор на първият етап все още възложителят не е оповестил конкретната обществена поръчка. Той разполага с правна възможност да отстрани съответните констатации в документите, които са подлежали на предварителен контрол и да започне производството по откриване на обществената поръчка, а когато не е отстранил

забележките на АОП, при откриването на процедурата едновременно с изпращането за публикуване в РОП на решението за откриване и обявлението за обществената поръчка, може да изпрати писмени мотиви до АОП. Същите ще бъдат разгледани на втория етап на предварителния контрол след откриване на процедурата. При получаване на окончателното становище от втория етап на предварителния контрол по чл. 232 от ЗОП и при наличие на забележки пред възложителя се разкриват няколко възможни хипотези:

- При наличието на забележки от страна на контролиращия орган, възложителят може да възприеме, че същите не са съществени и да не се съобрази с тях и цялото производство по възлагане на обществената поръчка следва да продължи съгласно разпоредбите на закона, в зависимост от вида на процедурата;
- При наличието на забележки от страна на контролиращия орган, възложителят може да промени условията на вече откритата процедура чрез публикуване на обявление за изменение и допълнителна информация в сроковете по чл. 100, ал. 3 от ЗОП и чл. 100, ал. 6 от ЗОП и при спазване на забраната на чл. 100, ал. 10 от ЗОП.
- При наличието на забележки от страна на контролиращия орган специално при процедурата публично състезание и воля от страна на възложителя да отстрани допуснатите нарушения при откриване на процедурата, същият няма има посочената възможност, защото окончателното становище се издава в 10 – дневен срок от публикуването в регистъра на документите, с които се оповестява откриването на процедурата, а съгласно чл. 179, ал. 1, изр.2 от ЗОП обявление за изменение и допълнителна информация се изпраща за публикуване в срок до 7 дни от публикуването в РОП при публично състезание. В посочената хипотеза единствената възможност за отстраняване на нарушения и съобразяване с забележките на АОП е прекратяване на процедурата –чл. 110, ал. 1, т.5 или т. 9 от ЗОП.

При контролът по чл. 233, ал. 2, т.2 от ЗОП пред възложителят са следните възможности за съобразяване на действията си спрямо становището на компетентния административен орган:

- При наличието на забележки от страна на контролиращия орган, възложителят може да възприеме, че същите не са съществени и да не се съобрази с тях и цялото производство по възлагане на обществената поръчка следва да продължи съгласно разпоредбите на закона, в зависимост от вида на процедурата;
- прекратяване на обществената поръчка чрез решение за прекратяване, което обаче като индивидуален административен акт, ще подлежи на обжалване пред Комисията за защита на конкуренцията.

В**. Процедури на договаряне, които не попадат в приложното поле на чл. 229, ал. 1, т.6 и чл. 233, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП.**

За пълнота следва да се подчертае, че всички видове процедури на договаряне, които не са обхванати от разпоредбите на чл. 229, ал. 1, т.6 и чл. 233, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП ще попаднат в приложното поле на предварителния контрол на случаен избор, осъществяван на основание чл. 232 от ЗОП от страна на АОП. Посоченият извод се основава на императивната разпоредба на чл. 232, ал. 1 от ЗОП – "*Контролът чрез случаен избор се осъществява върху процедурите, които подлежат на публикуване*

в РОП, с изключение на тези, провеждани по реда на чл. 148 – 175 или обхванати от контрола по чл. 229, ал. 1, т. 6.".

При систематическото тълкуване на разпоредбите на ЗОП и ППЗОП в частта им, регламентираща предварителния контрол върху процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП, следва да се направят и няколко извода, които са от съществено значение за практиката на възложителите:

- Контролът по чл. 233 от ЗОП се извършва еднократно. Изрично следва да се подчертае, че документи за откриване на процедурата, по които е осъществен предварителния контрол, не подлежат отново на проверка, например поради неизпращане на доказателствата за приложимите основания на АОП в определените срокове и по определения административен ред за обмен на информацията. Мотиви, които не се съдържат в решението за откриване на процедурата, както и доказателства, за които не са посочени мотиви, не се разглеждат съобразно чл. 131, ал. 2, изр.2 от ППЗОП.
- Процедури, по които е осъществен предварителен контрол, но след откриването им са прекратени, подлежат отново на предварителен контрол от АОП при повторното им стартиране.
- Издадените становище за резултатите от контрола по чл. 115 от ЗОП не подлежат на промяна освен в случаите на техническа грешка, допусната от АОП.

След изложения подробен анализ следва да се направят и няколко препоръки към цялостната регламентация на предварителния контрол по чл. 233 от ЗОП:

- Намаляване на сроковете за изготвяне на становища на предварителния контрол от страна на Агенцията по обществени поръчки. Посоченото в значителна степен ще улесни цялостния процес по провеждане на процедури на договаряне. При регламентацията в новия закон, ако конкретна процедура бъде изтеглена се губят от минимум 35 дни за провеждане на самия предварителен контрол, което в цялостния процес на възлагане на обществени поръчки е значителен период от време особено за такива спешни, неотложни и извънредни обстоятелства, каквито са основанията за избор на тези видове процедури.
- Изрична законова регламентация, при която императивно да бъде включено, че предварителния контрол на процедури на договаряне по чл. 233 от ЗОП ще включва и техническите спецификации на обществените поръчки. Процедурите на договаряне изключват основни принципи при възлагателния процес, като много често това е основано на конкретните необходимости на възложителя и извънредни за него обстоятелства, които са инкорпорирани в техническите спецификации. И именно с цел избягване на незаконосъобразно провеждане именно на процедури на договаряне, предварителния контрол по чл. 233 от ЗОП следва да обхване и тези документи от документацията за конкретна процедура на договаряне.
- Изричното въвеждане на текст за задължителност на становището от предварителния контрол на АОП за органи, осъществяващи последващ контрол в областта на обществените поръчки по ЗОП – Сметната плата и Агенция държавна финансова инспекция и за договарящите, управляващите и сертифициращите органи, отговорни по управление средствата по оперативните програми и управляващи средства от фондовете на ЕС. По този начин в значителна степен ще бъдат защитени интереси-

те на възложителите, които са изпълнили препоръките, дадени на етап предварителен контрол, но при последваща проверка контролните органи на етап последващ контрол счетат като незаконосъобразно провеждане на даден вид процедура на договаряне.

АНАЛИЗ НА ПОТРЕБНОСТИТЕ ОТ ОБУЧЕНИЕ И ПРОВЕЖДАНЕ НА СПЕЦИФИЧНИ ОБУЧЕНИЯ НА КАНДИДАТИ И БЕНЕФИЦИЕНТИ НА ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА "ИНОВАЦИИ И КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТ"

Надя Арнаутска, Адрилена Сотирова, студенти,
ЮФ на УНСС,
nadiaarnautska@gmail.com
adrilena.sotirova93@abv.bg

1. Увод

Като част от Европейския съюз, България е страна зависима от външните пазари и инвестициите на чуждестранни лица. Предимствата на българската икономика се коренят в ниските цени на базисните фактори- труд, природни ресурси и енергия като специализираните фактори са силно изтласкани назад. С оглед на това е взето решение да се наблегне именно върху тези изоставащи фактори и да се доусъвършенстват напредналите такива, за да бъдат постигнати дългосрочна конкурентоспособност и подобряване на цялостната индустриална политика в страната. В Стратегията на Оперативна програма "Иновации и конкурентоспособност" (ОПИК) 2014 – 2020 г. е представена финансовата обосновка за разпределение на помощта по тематични цели и инвестиционни приоритети. Чрез програмата (ОПИК), се цели достигане на интелигентен, устойчив и приобщаващ растеж. Програмата е изградена върху основата на водещия стратегически и програмен документ за социално-икономическо развитие, а именно – "Национална програма за развитие: България 2020", както и върху "Националната програма за реформи". Приносът на ОПИК 2014-2020 се изразява и ще се изразява в следните 6 области: Технологично развитие и иновации, достъп до финансиране в подкрепа на предприемачеството, енергийни технологии и енергийна ефективност, ресурсна ефективност и сигурност в доставките на газ.

2. Приоритетни оси

Приоритетните оси са изградени чрез интегриран подход за постигане на максимален резултат. Както бе посочено, приоритетите на ОПИК 2014-2020 се коренят в шест основни области, а именно: Технологично развитие и иновации, достъп до финансиране в подкрепа на предприемачеството, енергийни технологии и енергийна ефективност, ресурсна ефективност и сигурност в доставките на газ. Съгласно тях са създадени четири броят приоритетни оси. Приоритетна ос 1 е свързана с технологичното развитие, ос 2 е свързана с предприемачеството, ос. 3 е свързана с енергийнаи ресурсна ефективност и ос 4 е свързана с премахване на пречките в

областта на сигурността на доставките на газ. Първите две оси са насочени към стимулиране на растежа и насърчаване на иновациите. Приоритетна ос 3 адресира към два аспекта, които се явяват фундамент за развитие на устойчив растеж. Интегрираното адресиране на ресурсната и енергийната ефективност е единствената възможност за комплексно адресиране на предизвикателствата свързани с неефективността на употребяваните от българските предприятия ресурси.

Приоритетна ос 1 "Технологично развитие и иновации" – Целта е да бъдат повишени иновационните дейности на предприятията. Очакваните резултати са свързани с увеличаването на иновационната дейност на българските предприятия чрез създаването на необходимата иновационна среда и инфраструктура за развитие на иновациите, стимулиране дейностите не НИРД и иновации вследствие дейността на предиприятията и насочени към тях. Засилването на иновационната дейност следва да се осъществи чрез стимулиране на инвестициите в продуктови, процесни, маркетингови и/или организационни иновации. Еко- иновциите са интегрална част от подхода на ОПИК. Програмата е съсредоточена към развитие на сътрудничестово за иновации между предприятията и между бизнеса и научните среди, включително извършването на интернационализация на иновационния процес, подкрепа за иновации в предприятията, включително разработване и внедряване на нови продукти, процеси и бизнес модели в предприятията, подкрепа за развитие на среда и инфраструктура за изследвания и иновации за нуждите на бизнеса. Планираното прилагане на финансови инструменти по посочени приоритет обхваща без ограничаване следните финансови инструменти: дялови или квазидялови инвестиции в технологичен трансфер, комерсиализация на научни резултати, права по интелектуална собственост, нови идеи и продукти и подкрепа с дългови инструменти за иновации в предприятията, вкл. разработване и внедряване на нови продукти, процеси и бизнес модели в предприятията. Целева група са предприятия, разработващи, внедряващи и въвеждащи иновации вкл. и съществуващи предприятия, предприятия осъществяващи научноизследователска дейност, други предприятия базирани на знанието. Подкрепа ще се предоставя за инвестиции, попадащи в областта на интелигентната специализация. Типовете бенефициенти са фонд на фондовете, кредитни и финансови институции, фонд мениджъри и други.

Кръстосаното финансоране е свързано с това, че до 10 % от разходите по настоящата приоритетна ос могат да бъдат финансирани по правилата за допустимост, прилагани за Европейския социален фон, при условие че посочените разходи са необходими за доброто изпълнение на съотвената операция и са пряко свързани с нея.

Приоритетна ос 2 "Предприемачество и капацитет за растеж на МСП":

1.2.1 *Специфична цел – Достъп до финансиране в подкрепа на предприемачеството* – Специфичната цел е свързана с подобряване нивото на оцеляване на МСП, включително чрез насърчаване на предприемачеството. Очакваните резултати са свързани с постигането на положителен ефект по отношение на устойчивостта на новосъздадените предприятия. Съгаласно статистиката в България нивото на динамика е високо. Чрез този приоритет ще бъдат подкрепени са предприемачестово включително финансови с инструменти, комбинирани с безвъзмездна финансова

помощ, насърчаване на предприемаческите идеи в области, свързани с европейски и регионални предизвикателства и секторите на НСНМСП. Планираното използване на финансови инструменти е в рамките на настоящия инвестиционен приоритет обхваща без ограничение до следните индикативни групи финансови инструменти: дялови и квази- дялови инвестиции, осигуряващи начален капитал, дялови и квазидялови инвестиции, осигуряващи началаен капитал за стартиращи предприятия и предприятия, намиращи се в началото на своето развитие. Типовете бенефициенти са фонд на фондовете, фонд мениджъри и други подобни.

1.2.2 *Специфична цел – "Капацитет за растеж на МСП" –* Очакваните резултати са свързани с постигането н аположителен ефект в развитието на устойчива пазарна конкурентоспособност на българските МСП, с оглед повишаване на производителността и експортния им потенциал. Поставя се акцент върху качеството на продуктите и предоставяните услуги. Чрез достъп до технологичен и иновационен ресурс българските МСП ще реализират възможности, които предлага глобалния пазар и съответно ще подобрят пазарните си позиции. Тиовете и примерните дейности за финансиране и техния очакван принос към съответните специфични цели са предвиден да бъдат насочени без ограничение до няколко групи дейности:

- Общи производствени инвестиции за подобряане на производствения капацитет за растеж чрез ефективно използване на факторите за произвдоство и чрез изграждането на възможности за възприемане и адаптиране на европейски и международни знанич и технологии.
- Подкрепа за специализирани услуги за МСП за развитие и укрепване на управленски капацитет
- Подкрепа за растеж на предприятия чрез подобряване н качеството и чрез насърчаване на използването на информационни и комуникационни технологии и услуги.
- Подкрепа за осъществяване на дейности и предоставяне на услуги в пряка полза за развитието на бизнеса и възможностите за експортна ориентация на МСП.

Типовете бенефициенти са съществуваши микро, малки и средни предприятия, клъстери, асоциации на бизнеса, както и организации и институции, които са свързани с осъществяването на дейности и предоставянето на услуги.

Планираното прилагане на финансови инструменти в рамките на настоящия инвестиционен приоритет обхваща без ограничение до следните групи финансови инструменти: дялови и квазидялови инвестиции за подпомагане на предприятия с висок потенциал за растеж, подкрепа с дългови инструменти за растеж и развитие и облекчаващи достъпа до финансиране на предприятията, подкрепа с дългови инструменти за микрофинансиране, съобразени с нуждите от финансиране за растеж на микро предприятия.

Приоритетна ос 3: Енергийна и ресурсна ефективност

Българските предприятия са на първо място по енерго- и ресурсо-емко производство на единица продукция и на едно от последните места по екологосъобразност, които са основните предпоставки за създаването на устойчива конкурентоспособност. Необходимо е насърчаване на предприятията, за да пристъпят към инвестиции за повишаване на ресурсната и енергийна ефективност, което ще доведе

до намаляване на разходите за производство на единица продукция, ще допринесе за въвеждане и развитие на екологосъобразни производства и повишаване на устойчивата конкурентоспособност на предприятията. Желаният и очакван ефект от целенасочената подкрепа за подобряване на енергийната ефективност и екологосъобразността в икономиката може да бъде постигнат единствено чрез съвместното изпълнение по една приоритетна ос на мерки за въвеждане на енергийно-ефективни технологии и производства и мерки за ефективно използване на ресурсите в предприятията.

Приоритетна ос 3 "Енергийна и ресурсна ефективност— ще предостави целенасочена подкрепа за преминаването към ниско-въглеродна икономика във всички сектори (Тематична цел 4) и насърчаване на ефективното използване на ресурсите (Тематична цел 6). Интервенциите по нея са обединени в два инвестиционни приоритета:

- ИП 3.1: Енергийни технологии и енергийна ефективност;
- ИП 3.2: Ресурсна ефективност.

3.1.: "Енергийни технологии и енергийна ефективност"

В резултат от изпълнението на предвидените дейности по този инвестиционен приоритет се очаква подобряване на енергийната ефективност на вече съществуващи предприятия, прилагащи мерки за енергийна ефективност, което да доведе до понижаване на енергийната интензивност както на ниво отделни производствени предприятия, така и като цяло за икономиката.

3.2.: "Ресурсна ефективност"

Специфична цел на този инвестиционен приоритет се изразява в повишаване на дела на МСП с внедрени мерки за ефективно използване на ресурсите. Насочен е към повишаване на ресурсната ефективност и информираност на предприятията относно възможностите ѝ чрез подкрепа на дейности свързани с увеличаване оползотворяването на отпадъци и намаляване на тяхното образуване, намаляване разходването на суровини и материали чрез пилотни и демонстрационни инициативи. Очакваните резултати са пряко свързани с повишаването на ресурсната ефективност на подкрепените предприятия, а от там и на производствения сектор и икономиката като цяло, като ще допринесат за изпълнението на съответната цел по НСНМСП.

Приоритетна ос 4: Премахване на пречките в областта на сигурността на доставките на газ

България подкрепя усилията на Европейската комисия за развитие на обща енергийна политика на Европейския съюз, при отчитане на глобалните предизвикателства и националните специфики. Основните приоритети на българската енергийна политика са насочени към гарантиране на енергийната сигурност, диверсификация на източниците и трасетата, енергийна ефективност, либерализиран енергиен пазар и защита правата на потребителите.

4.1. Инвестиционен приоритет 4.1.: Подобряване на енергийната ефективност и сигурността на доставките чрез разработване на интелигентни системи за пренос на енергия

Модернизацията и разширението на енергийната инфраструктура е предпоставка за повишаването на енергийната сигурност и оптимизацията на енергийния микс в прехода към нисковъглеродна икономика. Важен момент в това отношение е включването на 11 проекта (от общо 248) с участието на България, 4 от които са в електроенергетиката и 7 в сферата на природния газ, в първия Списък с проекти от общ интерес (ПОИ) на ЕС. Някои от проектите са с особена важност за сигурността на енергийните доставки не само за България, но също така и за региона и ЕС. Най-важни от тях са проектите за междусистемни връзки със съседните газови системи (Гърция, Турция, Сърбия и Румъния) и Южен поток.

Специфичната цел на инвестиционния приоритет се изразява в подобряване на свързаността със съседните газопреносни системи. За покриване на стандарта за инфраструктура N-1, България ще трябва да развие междусистемни връзки със съседните страни. Газовата междусистемна връзка със Сърбия ще допринесе за повишаването на стойността на стандарта (в %) и достигане на изискуемите 100%.

В случай на прекъсване на най-голямата газова инфраструктура, капацитетът на останалата инфраструктура трябва да е в състояние да достави необходимите обеми газ за задоволяване на цялото търсене на газ в района на изчислението в ден с изключително високо търсене, настъпващ със статистическа вероятност веднъж на 20 години.

Междусистемната връзка със Сърбия, когато бъде построена и пусната в експлоатация, ще допринесе за повишаване на стандарта за инфраструктура с 23% през 2017 г., съответно с 20% през 2022 г. (вероятно със същия процент през 2023 г.), тъй като ще има капацитет за пренос на 4.9 милиона кубически метра на ден в посока от Сърбия към България, което представлява съответно 23% и 20% от прогнозите за общо потребление на газ в страната в ден с изключително високо търсене на газ (21.7 милиона кубически метра на ден през 2017 г. и 24.9 милиона кубически метра на ден през 2022 г.).

Приоритетна ос 5 – Техническа помощ

През програмен период 2014-2020 г. приоритетната ос ще подкрепя още по-фокусирано успешното и добро управление на интервенциите по оперативната програма и ще надгради капацитета в УО и бенефициентите/кандидатите.

Приоритетната ос покрива следните области на въздействие:

5.1. Подкрепа за управлението, изпълнението, мониторинга и контрола на оценката на Оперативната програма, с цел ефективно и ефикасно изпълнение на дейностите, свързани с програмирането, управлението, наблюдението, оценката и контрола на ОПИК съгласно действащото законодателство и съществуващите добри практики

5.2. Други дейности по изпълнението на Оперативната програма изразяващи се в подпомагане на Управляващия орган за предоставяне на адекватна и навременна информация и информиране на обществото относно възможностите за финансиране по ОПИК, критериите, правилата и процедурите за участие и нейното изпълнение.

Според анализ на ОПРКБИ от м. март 2014 г..бенефициентите споделят за сериозни проблеми с подготовката и изпълнението на проектите. Към момента, в края на програмния период, бенефициентите все още не са в състояние да подготвят и

управляват сами проектите си и често ползват консултантска помощ. Това от една страна, е индикация за необходимостта от допълнително намаляване на административна тежест на програмата, а от друга – за натрупания сериозен опит на консултантския сектор в България.

Целяното от програмата развитие на капацитета на бенефициентите ще допринесе за постигането на съществен напредък както в усвояването на ресурсите, така и в крайна сметка и което е по-съществено – за постигане на целите на ОПИК.

3. Интегриран подход за териториално развитие. Специфични нужди на най-бедните географски райони и целевите групи. Специфични нужди на географските райони, които са с постоянно неблагоприятни природни или демографски условия.

В координация и съгласуваност със Споразумението за партньорство Оперативна програма "Иновации и конкурентоспособност" 2014-2020 г. планира да допринася за прилагането на инструментите на интегрирания териториален подход. Цели се постигането на конкурентоспособна и устойчива икономика в териториите "тесни места" за преодоляване и нужди за развитие. Свързани са със заетост, повишаване на доходите на местното население и използването на местния потенциал за растеж. Интегрираният подход осигурява по-добра перспектива до възможностите за финансиране на местния бизнес, допринася за насърчаването на партньорствата и развитието на многостепенното управление.

България програмира и ще прилага следните механизми на териториалния подход за справяне с териториалните предизвикателства:

- инструмент "Водено от общностите местно развитие" (ВОМР), включително ВОМР с многофондово финансиране;
- Инвестиции за стимулиране на устойчивото градско развитие на базата на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие;
- Европейско териториално сътрудничество, в т.ч. по Дунавската стратегия на ЕС.

Съгласно Споразумението за партньорство е определено ОПИК 2014-2020 г. да допринесе с до 5% от бюджета си за многофондовото финансиране на инструмента ВОМР.Ще се търсят възможности за допълняемост на дейности по определените икономически зони за въздействие. Това ще стане с разработени и одобрени Интегрирани планове за градско възстановяване и развитие (ИПГВР) в градовете извън обхвата на дефиницията за селски район. Предвижда се, в съответствие със Споразумението за партньорство, прилагане на териториален подход за целенасочена подкрепа на Северозападния район. Подходът ще се базира на стратегията за целенасочена подкрепа на Северозападния район. Акцентът ще бъде по отношение на местния потенциал, отчитайки основните предизвикателства и проблеми в района. Инвестиционните приоритети, които ще бъдат подкрепяни по оперативната програма дават възможности за интервенции, водещи до намаляване на интензивността на икономическите проблеми и справяне с неблагоприятните демографски тенденции в района. По-специално погледнато интервенциите ще бъдат в рамките на обхвата на приоритетите на оперативната програма с фокус върху развитието и повишаване на конкурентоспособността чрез стимулиране на иновационната активност, създаване на възможности за стартиране на местен бизнес, подкрепа за енергийно и ресурсоефективни мерки. Въз основа на приоритетите на стратегията за целенасо-

чена подкрепа на Северозападния район ОПИК ще подкрепя проекти чрез отделна процедура за Северозападния район или чрез приоритизиране на проектите от този район в процедурите, които се изпълняват на територията на цялата страна.

За приоритетните сфери на междурегионалните и транснационалните действия можем да кажем следното:

С особена важност са стимулирането на предприемачеството, преодоляване на структурните проблеми и повишаване на конкурентоспособността чрез насърчаване на предприемачеството,както и нови технологии и бизнес модели за стимулиране на иновациите, създаване на мрежи между изследователските и технологични центрове в бизнес сектора, сътрудничество в подкрепа на МСП и човешкия капитал. Друга основна сфера е опазване на природното и културното богатство най-вече във връзка със "зелен" растеж и икономика и устойчив туризъм. Важно е и разработването на съвместни планове, координирани инвестиции, действия и системи, насочени към ресурсна ефективност, насърчаване на адаптацията към изменението на климата и превенция и управление на риска. Ще се търсят и възможности за допълняемост на дейности в изпълнение на макрорегионалната стратегия на ЕС за развитие на Дунавския район. Съответстващите приоритетните области за сътрудничество между ОПИК 2014-2020 г. и Стратегията за Дунавския район.

С важност за специфичните нужди на най-бедните географски райони и целевите групи, изложени на най-голям риск може да се каже следното: В Споразумението за партньорство на Република България като елемент на интегрирания подход за териториално развитие се предвижда адресиране на специфичните нужди на географски области, които са най-засегнати от бедността или на целевите групи с най-висок риск от дискриминация или социално изключване. Приносът тук ще бъде косвен, базиран върху подкрепа за създаване на нови предприятия и принос към съществуващи спрямо икономически неактивни лица и безработни такива; изпълнението на мерки, подобряващи доходите и качеството на живот на гражданите; и насърчаване принципа на равните възможности за всички (обръща се внимание на лица със степен на инвалидност).

Следващите специфични нужди, на които следва да се обърне също внимание, са онези, свързани с постоянно неблагоприятни природни или демографски условия. Целенасочена подкрепа ще бъде предоставяна за два типа райони: райони с изключително негативни демографските тенденции (обезлюдяване и застаряване); райони с неблагоприятни природни условия и затруднена достъпност (основно планински).

Предоставя се и информация във връзка с действията, които ще бъдат предприети за изпълнение предварителните условия, отговорните органи и съответния времеви график на тези действия.

- Извършени са специални действия в подкрепа на поощряването на предприемачески дух, като се отчита Small Business Act (SBA). Въведени са мерки с цел намаляване на времето и разходите, свързани с учредяване на дружество, като се вземат под внимание целите на SBA; Въведени са мерки с цел намаляване на времето, необходимо за получаване на лицензи и разрешителни за започване и упражняване на конкретната дейност на предприятие, както и механизъм за мониторинг за при-

лагане на мерките; Заявленията за първоначална регистрация на търговци се разглеждат в рамките на законоустановения тридневен срок.

- Извършени са частично действия за насърчаване на разходоефективни подобрения на ефективността при крайното потребление на енергия и разходоефективни инвестиции в енергийната ефективност при изграждането или реновирането на сгради.

Действията са: мерки, които да гарантират, че са въведени минималните изисквания във връзка с енергийните характеристики на сградите, в съответствие с членове 3, 4 и 5 от Директива 2010/31/ЕС на Европейския парламент; мерки, необходими за създаването на система за сертифициране на енергийните характеристики на сградите, които са в съответствие с член 11 от Директива 2010/31/ЕС; В Раздел II от Закон за енергийната ефективност, обн. ДВ 24, 12.03.2013 г. е регламентирана системата за сертифициране на енергийните характеристики на сгради "Обследване за енергийна ефективност и сертифициране на сгради—, както и в Наредба № 16-1594 от 13.11.2013 г. за обследване за енергийна ефективност, сертифициране и оценка на енергийните спестявания на сгради, с приложенията към нея. Извършени са и мерки за осигуряване на стратегическото планиране в областта на енергийната ефективност в съответствие с член 3 от Директива 2012/27/ЕС на Европейския парламент и на Съвета, както и мерки, съвместими с член 13 от Директива 2006/32/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (3) относно ефективността при крайното потребление на енергия и осъществяване на енергийни услуги, с цел на крайните клиенти да се осигури предоставянето на отделни измервателни уреди, доколкото това е технически възможно, разумно от финансова гледна точка и съразмерно на потенциалните икономии на енергия. Спрямо референцията, това са Нормативните актове, свързани с мерките по Член 13 на Директива 2006/32/ЕС са: Закон за енергетиката (ЗЕ) и Наредба № 16334 за топлоснабдяването. Друг критерии тук е намаляване на регулаторните и нерегулаторните пречки пред увеличаването на комбинирано производство на енергия. България е провела диагностика на бариерите, които биха могли да попречат на реализацията на националния потенциал за високо ефективно комбинирано производство на енергия.

- Извършени са действия за насърчаване на производството и разпространението на възобновяеми енергийни източници. Тук са въведени прозрачни системи за подкрепа, приоритетен достъп до мрежата или гарантиран достъп и приоритет при разпределението, както и публично оповестени са стандартни правила за поемането и поделянето на разходите за техническо приспособяване, съвместими с член 14, параграф 1, член 16, параграфи 2 и 3 от Директива 2009/28/ЕО на Европейския парламент и на Съвета. Правилата са уредени в чл. 52, чл. 54 от Закона за енергията от възобновяеми източници (ЗЕВИ) и Наредба за набирането и предоставянето на информацията чрез Националната информационна система за потенциала, производството и потреблението на енергия от възобновяеми източници в Република България (Обн. ДВ бр.39/22.05.2012 г.). Държавата е въвела изискванията за прозрачни схеми за подпомагане. Изискването за предоставяне на информация на всички заинтересовани страни относно мерките за подпомагане е въведено в българското законодателство. В референцията е включена и методика за компенсиране на раз-

ходите на обществения доставчик и крайните снабдители, произтичащи от наложени им задължения към обществото за изкупуване на електрическа енергия по преференциални цени от възобновяеми енергийни източници и от високоефективно комбинирано производство на топлинна и електрическа енергия (Обн., ДВ, бр. 62 от 14.08.2012 г.). Националният План за действие за енергията от възобновяеми източници (НПДЕВИ) е приет от Министерския съвет на Република България на 09 януари 2013.

- Към приложимите предварителни условия, за които са отговорни национални органи, спада и Сектор на отпадъците. Тук се има предвид насърчаването на икономически и екологично устойчиви инвестиции в сектора на отпадъците. Частично е изпълнен този критерии. На Комисията е представен доклад за изпълнението съгласно изискването по член 11, параграф 5 от Директива 2008/98/ЕО относно напредъка във връзка с постигането на целите, посочени в член 11 от Директива 2008/98/ЕО. Докладът е изпратен на Европейската комисия на 30 септември 2013 г.

Спрямо предварителните условия към ЕСИФ (Европейски стандартизиран информационен формуляр) може да се каже следното:

- Има наличие на административен капацитет за въвеждането и прилагането на правото и политиката на Съюза за борба с дискриминацията в областта на европейските структурни и инвестиционни фондове. Критерият за уредба в съответствие с институционалната и правната рамка на държавите-членки за осигуряване на участието на органите, отговарящи за насърчаването на равното третиране на всички лица, през цялото време на подготовката и изпълнението на програмите, включително предоставянето на консултации по въпросите на равенството в рамките на дейностите, свързани с европейските структурни и инвестиционни фондове; Както и Уредба за обучение на персонала на органите, които участват в управлението и контрола на европейските структурни и инвестиционни фондове, в областите на правото и политиката на Съюза за борба с дискриминацията. Във всички програми през новия програмен период ще залегнат и ще бъдат съблюдавани хоризонталните принципи на равенство на половете и недискриминация. В състава на тематичните работни групи за разработване на програмите за новия програмен период задължително участват представители на КЗД и национално представителните организации на и за хора с увреждания, признати от Министерския съвет по реда на Закона за интеграция на хората с увреждания; КЗД ежегодно провежда обучение по европейското законодателство и политика за антидискриминация чрез тематични семинари, на които като гост-лектори участват и представители на институции на ЕС. Прилагането на Конвенцията за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените и допълнителния протокол към нея е застъпено в обученията на Националния институт на правосъдието, посветени на гаранциите за защита от дискриминация. Проведена е публична лекция с участието на съдия в Съда на ЕС в Люксембург, на тема "Практиката на Съда на ЕС по приложението на Хартата на основните права в ЕС. Действието на Хартата по отношение на държавите- членки". Програмата на събитието включва антидискриминационното законодателство, както и приложимата практика на Съда на ЕС. В публичната лекция са участвали 63 участници (48 съдии, 9 прокурори, 2-ма следователи, 2ма представители на Ко-

мисията за защита от дискриминация, 1 представител на СУ и 1 представител на Съюза на юристите в България).

- Към наличието на уредба за ефективното прилагане на правилата на Съюза за държавните помощи в областта на европейските структурни и инвестиционни фондове е важно да се упомене, че е установен критерия за Уредба за ефективното прилагане на правилата на Съюза за държавните помощи.

- Спазен е критерият за наличие на административен капацитет за въвеждането и прилагането на правото и политиката на Съюза за равенството между половете в областта на европейските структурни и инвестиционни фондове. Този критерий се изразява в Уредба в съответствие с институционалната и правната рамка на държавите-членки за осигуряване на участието на органите, отговарящи за равенството между половете, през цялото време на подготовката и изпълнението на програмите, включително предоставянето на консултации по въпросите на равенството между половете в рамките на дейностите, свързани с европейските структурни и инвестиционни фондове. Законът за защита от дискриминация (в сила от 01.01.2004 г.) напълно транспонира европейските директиви за равенство. Държавната политика на Република България в областта на равнопоставеността на жените и мъжете и недискриминацията по признак "пол" е хоризонтална политика, която се координира от Министерството на труда и социалната политика на национално ниво. Постигнат е устойчив модел за сътрудничество между институциите, както и със социалните партньори и гражданското общество чрез участието им в Националния съвет по равнопоставеността на жените и мъжете към Министерския съвет. В каталога на Центъра за развитие на човешките ресурси и регионални инициативи е заложено провеждане на двудневно обучение през месец юли на тема "Практически насоки за прилагане на Конвенцията на ООН за елиминиране на всички форми на дискриминация по отношение на жените".

- Спазено предварително условие е и наличието на административен капацитет за въвеждането и прилагането на Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания в областта на европейските структурни и инвестиционни фондове в съответствие с Решение на Съвета 2010/48/ЕО. Спазен е и следният критерий: Уредба в съответствие с институционалната и правната рамка на държавите-членки за консултиране и осигуряване на участието на органите, отговарящи за защитата на правата на хората с увреждания, или представителни организации на хората с увреждания и други заинтересовани страни през цялото време на подготовката и изпълнението на програмите; На 26.01.2012 г. Народното събрание на Република България прие Закон за ратификация на Конвенцията за правата на хората с увреждания, която е първият голям договор за човешки права на 21 век в областта на политиката за хората с увреждания. Планът за действие цели предприемане на реални стъпки за прилагането на Конвенцията за правата на хората с увреждания: В него са идентифицирани участниците от различни институции, както и такива от неправителствения сектор, работещи в областта на интеграция на хората с увреждания. Друг спазен критерии е и уредбата за обучение на персонала на органите, които участват в управлението и контрола на европейските структурни и инвестиционни фондове, в областите на приложимите право и политика на Съюза и на държавите-членки,

включително достъпността и практическото прилагане на Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания, както е отразена в законодателството на Съюза и на държавите-членки, по целесъобразност; В плана за действие, с оглед прилагане на чл. 8 от Конвенцията "—Повишаване на общественото съзнание и промяна на нагласите по правата на хората с увреждания— е заложена оперативна цел "Повишаване на капацитета на местната, областната и централната администрация и др. относно разпоредбите на Конвенцията на ООН—. В тази връзка са заложени семинари за служители на държавната администрация, правосъдната система, лекари и медицински специалисти, семинари за педагогически персонал, форми за хора с увреждания и пр.

Друга уредба е Уредба за осигуряване на мониторинг на изпълнението на член 9 от Конвенцията на ООН за правата на хората с увреждания във връзка с европейските структурни и инвестиционни фондове през цялото време на подготовката и изпълнението на програмите.

- Частично е спазена, като предварително условие, и наличие на уредбата за ефективното прилагане на законодателството на Съюза за обществените поръчки в областта на европейските структурни и инвестиционни фондове.

Дефинирането на публичноправната организация в ЗОП е в пълно съответствие с приложимите директиви. По отношение на институционалната уредба – създадени са няколко органа, които имат функции в областта на обществените поръчки. Това са: •АОП – национален орган, който подпомага министъра на икономиката и енергетиката при осъществяване на политиката в областта на обществените поръчки, издава методически указания по ЗОП, осъществява предварителен контрол на определени процедури и др. •УО на ОП, които също осъществяват контрол на процедурите за възлагане на обществени поръчки и дават указания на възложителите – бенефициенти по оперативните програми. •Сметна палата и АДФИ – органи за извършване на последващ контрол на изпълнението на ЗОП. •КЗК и ВАС – органи по обжалване, които разглеждат спорове по законосъобразността на процедурите за обществени поръчки. Въпреки някои механизми за налагане на единна практика е необходимо да се работи за еднородно тълкуване на законодателството от тези органи.

Въведени са различни форми на контрол на всички етапи от възлагане на поръчките, вкл. и на етапа на тяхното изпълнение, както и процедури за налагане на единна практика. От 2009 г. АОП осъществява предварителен контрол на процедури за възлагане на обществени поръчки, финансирани напълно или частично със средства от европейските фондове (чл. 19, ал. 2, т. 22 и чл. 20а от ЗОП). С промените в ЗОП, в сила от 26.02.2012 г., този контрол се осъществява на два етапа – преди и след обявяване на процедурата, като е въведен и механизъм за обратна връзка чрез проследяване изпълнението на направените препоръки. На основание чл. 19, ал. 2, т. 1 от ЗОП изпълнителният директор на АОП издава общи методически указания по прилагане на закона и правилника за неговото прилагане. Когато тези указания се съгласуват с контролните органи по закона – Сметна палата и Агенцията за държавна финансова инспекция (АДФИ), те стават задължителни за тях при извършване на проверките им. Методическите указания се публикуват на Портала за обществени поръчки. В чл. 123, ал. 1 от ЗОП е предвидено органите на Сметна па-

лата и АДФИ да осъществяват последващ контрол върху възложените обществени поръчки. В ЗОП е уредена административно наказателна част (чл. 127-чл. 133 от ЗОП). В нея са предвидени нарушения, за които на възложителите се налагат глоби или имуществени санкции.

Във всеки УО на ОП е предвиден ред за осъществяване на предварителен, текущ и последващ контрол, касаещ процедурите за възлагане на обществени поръчки.

Предприети са мерки, които адресират основните видове грешки, установени при възлагане на обществените поръчки, както следва С Постановление № 134 на МС от 5.07.2010 г. е въведена Методология за определяне на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, свързани с изпълнението на оперативните програми, съфинансирани от структурните инструменти на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство. Отговорните органи по прилагането на Методологията са договарящите органи (УО/МЗ) по оперативните програми. Интересен факт е, че с Постановление № 18 на МС от 4.02.2003 г. е създаден Съвет за координация в борбата с правонарушенията, засягащи финансовите интереси на Европейския съюз. УО на ОП водят отчет за наложените финансови корекции при провеждане на процедури за обществени поръчки. Във всеки УО има определени служители, които имат в длъжностните си характеристики отговорности по въпросите на обществените поръчки. Със ЗИДЗОП, обн. ДВ, бр. 40 от 2014 г., в сила от 01.07.2014 г., се разширява обхвата на предварителния контрол, осъществяван от АОП по отношение на процедурите за обществени поръчки за строителство, които се финансират със средства от националния бюджет и са над определен праг.

В ЗОП е уредено двуинстанционно производство по обжалване на решенията на възложителите, издадени във връзка с процедурите за възлагане на обществени поръчки. Първа инстанция е Комисията за защита на конкуренцията, която е административен орган, а втора и окончателна инстанция е Върховния административен съд. Предвиден е двумесечен срок за произнасяне общо на двете институции. По отношение на КЗК – няма забавяне при разглеждане на делата. По отношение на ВАС има известно забавяне, като се отчита, че законоустановеният едномесечен срок за произнасяне не е съобразен с процедурните правила за разглеждане на делата на този съд. Планираното действие "Преглед на системата за обжалване и предложения за нейното оптимизиране (напр. гаранции срещу злоупотреба с правото на обжалване и др.)— е изпълнено. Получени са писма от отговорните институции (КЗК и ВАС) с предложения за оптимизиране на системата за обжалване. С направените предложения ще бъде отчетено изпълнението на дейност 14.1, по мярка 14 от Плана за изпълнение на Националната стратегия за развитие на сектора обществени поръчки в България за периода 2014 – 2020 година. Предложенията на КЗК и ВАС ще бъдат обсъдени във връзка с изготвянето на новото законодателство в областта на обществените поръчки. Уредбата с важност тук е тази, гарантираща прозрачни процедури за възлагане на договори. Мерките в тази насока ще бъдат допълнително засилени. В тази връзка, по отношение въвеждането на електронно възлагане на обществени поръчки – в Националната стратегия за развитие на сектора на обществените поръчки в България за периода 2014- 2020 г. се предвижда до

края на 2016 г. да се въведе изцяло електронна комуникация до етапа на електронна оферта включително. За целта е подписан договор за услуги между Европейската банка за възстановяване и развитие (ЕБВР) и Министерството на икономиката и енергетиката, който е ратифициран от 42–то Народното събрание, със закон, приет на 24.01.2014 г., обн. ДВ, бр. 11 от 2014 г. В резултат на изпълнението на договора ще бъде предложен модел за електронни обществени поръчки, основан на найдобрите европейски практики и съобразен с националните специфики.

Принципът на публичност и прозрачност се гарантира и от Регистъра на обществените поръчки (РОП), който се поддържа от Агенцията по обществени поръчки (чл. 21-22а от ЗОП). Регистърът е част от Портала за обществени поръчки и представлява единна електронна база данни, в която се съдържа информация за всички открити процедури за обществени поръчки, резултатите от тяхното възлагане и изпълнение. Освен задължителната информация съгласно европейските директиви и регламенти (обявление за ОП, информация за сключен договор и др.) в РОП се публикува и такава, която произтича от националните изисквания (информация за изпълнението на договора, решението за договаряне без обявление, информация за хода на производството по обжалване). Възложителите имат възможност да предоставят чрез Портала за обществени поръчки документацията електронно, да разменят въпроси и отговори с участниците по електронен път и да публикуват разяснения. Чрез Портала за обществени поръчки е предоставена възможността за изцяло електронна форма на комуникация между участниците и възложителите, до етапа на подготовка и подаване на офертата. В ЗОП са регламентирани и редица допълнителни мерки, свързани с осигуряване на публичност и прозрачност.

Към тази точка е вместена и уредбата за гаранция на административния капацитет за въвеждане и прилагане на правилата на Съюза за държавните помощи. Съгласно националната правна рамка МФ е националният орган, който отговаря за наблюдението, прозрачността и координацията на държавните помощи на национално, областно и общинско равнище, с изключение на схеми на помощ или индивидуални помощи в областта на земеделието и рибарството.

9. Намаляване административната тежест на бенефициентите.

Основният научен урок от периода 2007-2013 г. е че административната тежест е едно от най-сериозните препятствия пред формирането на по-голям интерес за участие в процедурите, както и като проблем за ефективното им провеждане, поради което на принципа "learning by doing" досега са предприети действия за облекчаване на кандидатите/ бенефициентите. Общата визия за намаляване на административната тежест в рамките на цялостния процес, свързан с координацията, управлението, изпълнението, мониторинга и контрола на средствата от ЕС е за създаване на стабилна и предсказуема среда за изпълнение на програмите, съфинансирани от ЕСИФ, въвеждане на максимална електронизация на комуникацията между бенефициентите и УО, оптимизиране на административните процедури, премахване на ненужните задължения за бенефициентите и унифициране на правилата.

Използвана литература

Оперативна програма иновации и конкурентоспособност 2014 – 2020 г.

ПОНЯТИЕТО "ОСНОВАТЕЛЕН СТРАХ" ПО СМИСЪЛА НА ЧЛ. 30 ОТ ЗЗД, СРАВНЕНО С ПОНЯТИЕТО "METUS" – "СТРАХ" ПО СМИСЪЛА НА D.4.2.0. QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT

Емилия Ганева, докторант,
катедра "Частноправни науки", ЮФ на УНСС,
хон. асистент към ЮФ на УНСС и ЦЮН на БСУ,
ganeva.em@abv.bg

Резюме

В настоящата работа разсъждаваме как избраната от законодателя юридическа техника при формулиране степента на "отворена текстуалност" на понятията "основателен страх" и "metus", предопределя ефективността на регулацията на "заплахата" в отношенията между правните субекти в древността и съвремието. Изборът на посочените понятия се дължи не само на тяхното семантично сходство, но и на това, че в контекста на съответните за тях правни системи, същите пораждат аналогични правни последици – унищожаемост, респективно анулиране на транзакции. Анализът преминава през конкретизиране обхвата на всяко от понятията в историческия и социален контекст на неговата употреба и сравнение на приложните им полета.

Ключови думи: страх, заплаха, унищожаемост, отворена текстулност;

Summary

In the present work, we discuss on how the legal technique chosen by the legislator when formulating the degree of "open texture" of the concepts of "well-founded fear" and "metus" predetermines the effectiveness of the "threat" regulation in relations between the subjects of law in the ancient and in the modern times.

The choice of these concepts is due not only to their semantic similarity but also to the fact that in the context of their respective legal systems, they cause similar legal effects – voidability, respectively annulment of transactions. The analysis goes through the specification of the scope of each of the concepts in the historical and social context of its use and through comparison of their application fields.

Key words: fear, threat, voidability, open texture

Понятията "основателен страх" по смисъла на чл. 30 от ЗЗД и "metus" (страх) по смисъла на книга 4 от Дигестите (D.4.2.0. Quod metus causa gestum erit[1]), като основания за унищожаемост на сделките, респективно за анулиране на транзакциите[2], се характеризират с известна степен на "неопределеност", която в настоящото изслед-

[1] "Каквото е извършено по причина на страха".

[2] Zimmermann R., The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition,, 1992, p. 680.

ване обозначаваме с термина "отворена текстуалност". Той е въведен от Уайзман[1] и утвърден в правната наука от Харт[2]. "Отворената текстуалност" е свойство на понятията, което поставя пред съвременния и древния законодател предизвикателства при опитите му да дефинира правни понятия, които да превърне в предпоставки за даване на правна защита. В настоящото изследване анализираме до каква степен "отворената текстуалност" на тези понятия се поддава на контрол от страна на законодателя при изработване на правните механизми за регулация. В тази връзка се търси разликата в юридическата техника, използвана за преодоляване "неопределеността" на понятията в древността и днес и как тя се отразява на ефективността на правната регулация на механизмите. Този анализ извършваме от гледна точка на понятията "основателен страх" и "metus" на базата на изведени в доктрината и практиката изисквания за констатиране на тяхното наличие.

"Отворена текстуалност"

Понятието "open texture" (отворена текстуалност) е дефинирано от лингвиста Фридрих Уайзман в неговия труд "Verifiability", където според автора тази присъща на понятията характеристика понякога може да доведе до неяснота, но все пак трябва да се различава от последната. Това е така, защото неяснотата би могла да се преодолее чрез даване на по-ясни правила, докато "отворената текстуалност" не би могла да бъде преодоляна. Казано по друг начин, според Уайзман дефинициите на отворените термини винаги подлежат на коригиране[3]. Той посочва, че причината твърдението за определен материален обект да не може да бъде предадено в термините на сетивно възприетите данни не се дължи нито на бедността на езика, който не би могъл да опише всеки детайл във всеки момент, нито на трудностите, присъщи на произвеждането на безкраен брой комбинации от сетивно възприети твърдения, въпреки че всяка една от тези причини би могла да допринесе за това. В крайна сметка според Уайзман причината се корени в "отворената текстуалност" на повечето от емпричните концепции[4].

Същото понятие, но вече поставено в юридически контекст като "отворена текстуалност на правото" се разглежда за първи път от Харт[5]. Той демонстрира значението на термина чрез пример с правилото "забранено за превозни средства в парка". Въпросът който поставя е какво включва понятието "превозни средства", несъмнено в него попадат автомобили, но попада ли например електрическа кола

---

[1] Waismann Fr., Verifiability, Supplementary Vol., XIX (1945), the reprint. in Antony Flew, ed., Logic and Language, the First Series (1951).

[2] Hart, H.L.Ad., The concept of law, 2nd ed., Oxford, 1994.

[3] Waismann Fr., op. cit., p.3: no concept is limited in such a way that there is no room for any doubt…it is not possible to define a concept like gold with absolute precision,…in such a way that every nook and cranny is blocked against entry or doubt. That is what is meant by the open texture of a concept...Open texture, then, is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot.

[4] Ibid, p. 2

[5] Hart, op.cit., p.124-136; Schauer Fr., On the open texture of law, University of Virginia, 13.09.2011

играчка, летателен апарат и др. Според Харт ефективността на правото, като регулаторен механизъм на широк периметър от обществения живот, се определя от това доколко в абстрактните термини на закона в действителност се отразяват конкретно случили се казуси, така че да бъдат регулирани по желания от законодателя начин в процеса на правоприлагане. В тази връзка, Харт посочва, че законодателят използва два подхода на регулация, като ги разграничава според това как работи съответният регулаторен механизъм, с оглед начина на поднасяне на информацията, дали тя се поднася в контекста на прецедент (т.е. добива се чрез опита) или се поднася като статут (т.е. чрез предварително зададени общи правила за поведение/[1]. Въпреки че вторият подход би следвало да бъде много по-ясен за правоприлагането, все пак Харт заключва, че дори когато се използват общо формулирани правила, в определен конкретен случай могат да се появят несигурности по отношение на изискуемото от тях поведение[2]. Така както и Уайзман, той разсъждава относно това каква е причината за установената "неопределеност", като посочва, че във всички сфери на опитното познание съществува ограничение, присъщо на природата на езика, на насоките, които един общ език може да предостави[3]. В действителност съществуват определени хипотези, за които поради по-голямата им вероятност на случване, е постигнат консенсус, че същите попадат в обхвата на езика на даденото правно правило (т.е. те съставляват неговото ядро[4]), но съществуват и такива, спрямо които не е ясно дали правилото следва да се приложи или не (т.е. те попадат в т.нар. периферия на това правило, което се характеризира с отворена текстуалност[5].

Въпреки различния контекст, в който е използвано понятието "отворена текстуалност" при двамата автори и в двата случая методологически причината за необходимостта от неговата употреба е една и съща. Ако според първия автор "отворената текстуалност" се дължи на постоянното изменение на обекта, което прави невъзможен превода му в крайно езиково твърдение, то според втория "отворената текстуалност" на правото е резултат от ограничението на езика да отрази цялото разнообразие[6] на обществените отношения, която би могла да се обхване или не от дадената правна норма. Следователно постоянното непредсказуемо изменение на обекта е абсолютна предпоставка за невъзможността същият да бъде описан в неговата цялост чрез езика, респективно обхванат от правното правило във всички не-

[1] За двата подхода вж. Stoianov L., Ganeva Em., Goshev G., Towards a Real Reconciliation of Centralised and Decentralised Approach in Legal Regulation: Application of an AI-Toolkit to a Problem of Jurisprudence, European Journal of Economics and Business Studies, May-August 2016, Vol.5 Nr.1

[2] Hart, op.cit.., p.126

[3] Ibid.: In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide

[4] Ibid., p. 129, където Харт ги определя като парадигмата, ясните случаи

[5] Ibid., p. 126, 128, Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture.

[6] Подробно за понятието "разнообразие" вж. "Закона за необходимото разнообразие" Ashby W.R., An introduction to cybernetics, 1956; Stoianov L., Ganeva Em., Goshev G., op.cit.

гови проявления. Извън тази обективна характеристика на човешкото възприемане и пречупване на информацията, която последният получава от заобикалящата го среда обаче, в настоящото изследване се поставя и въпросът за методологическата употреба на свойството "отворена текстуалност", чрез промяна на нейната степен при изграждане на правните понятия чрез определена юридическа техника. Именно тази "отвореност" гарантира една необходима в определени случаи интерактивност на дадено правно правило със средата, в която то действа. Това позволява дори без изменение на самата езикова формулировка, то да отразява в различни социални контексти различни обществени необходимостти и по-този начин дори да надхвърли първоначалната законодателна идея, вложена в неговото изначално смислово ядро. Необходимостта от овладяване "отворената текстуалност" на понятията за целите на правото е била усетена още в римското право, пример за това е понятието "metus".

"Metus" (страх) по смисъла на D.4.2.0. Quod metus causa gestum erit

Създаването на правна регулация на отношенията възникнали поради заплашване в римското право се свързва с появата на т.нар. formula Octaviana, въведена през I век пр. Хр. чрез преторския едикт. Така чрез едно процесуално средство за защита, основано на конкретните факти (actio in factum), каквито в случая са насилието и причинения в следствие на него страх, станал причина за несправедливо имуществено разместване или поемане на някакво задължение, се въвежда възможността за анулирането им чрез реситуиране на полученото[1] или наказание за насилниците в случай, че откажат да го възстановят доброволно[2]. Разполагаме с оскъдна информация от този период, относно конкретното приложно поле на механизъма. Основен извор са две речи на римския оратор Цицерон[3], от които установяваме, че преторската защита се е използвала срещу лица, които чрез сила и/или страх са отнемали чуждо имущество. В какво обаче според Едикта се е изразявала силата (vis), респективно причинения чрез нея страх (metus), както и дали това са били две различни основания за защита или напротив, едно смислово цяло (ендиади)[4], доктрината все още не е постигнала консенсус.

Самата формула е била пренесена в класическия период на римското право с кодификацията на преторския едикт, създадена по времето на император Хадриан от

[1] D.4.2.3pr. Ulpianus 11 ad ed.

[2] Функцията на механизма е разгледана подробно в Ganeva Em., The violent taking of property – vis – ground for punishment or only for restitution, "Diritto romano e attualità", Istanbul, 2017, p 150 – 169; Вж. още Zimmermann R., op.cit. 654-656

[3] Cic., ad Quint. fratr. 1.1.7.21; Cic. In Verr. 2,3,152; вж. Ganeva Em., The violent taking of property…op.cit.; Както и непряко от някои контроверзии при Сенека Стари, вж. Tarwacka A., Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus. The origins of provisions against duress in Roman law, Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual, Madrid, 2014, 707-715.

[4] Вж. du Plessis J.E., Compulsion in Roman Law, part of unpublished Ph.D. thesis, University of Aberdeen,1997, p.5; За значението на metus виж. още Zimmermann R., op.cit. 654.

юристът Салвий Юлиан[1]. За механизма под формата на особен вид иск (actio quod metus causa), възражение (exceptio metus) и способ за възстановяване (Restitutio in integrum)[2] в класическия период на римското право съдим от съчиненията на римските юристи Гай, Улпиан, Паул и други, но извличаме текстовете от компилацията на император Юстиниан – Дигести, книга 4 (D.4.2.0. Quod metus causa gestum erit.).

В различните периоди понятието "metus" като основание за корекция на отношенията, се е използвало в различен, от гледна точка начин на правно регулиране, контекст. Видно от изложеното, в Предкласическия период, лицата, принудени да се разпоредят със свое имущество поради сила или страх, са получавали защита чрез преторска actio in factum[3]. Тази регулация е била създадена в следствие на опита и основана на конкретните за казуса факти, чието наличие е било основание за предоставяне на съответната защита[4]. В следващите векове, с преминаването към имперско управление и постепенно преустановяване дейността на претора като правосъздаващ орган, регулацията на тези обществени явления е преминала към т.нар. статутен тип[5], респективно и средството за защита е получило правно изражение като вид специален субсидиарен иск[6] (actio quod metus causa). Въпреки тази промяна, известна неопределеност по отношение приложното поле на защитата е продължила да се наблюдава, което може да се обясни със свойството "отворена текстуалност" на самото понятието "metus". Това потвърждава горецитирания пасаж от Харт, съгласно който въпреки че нормите от статутен тип предполагат по-голяма сигурност по отношение тяхното съдържание, то и при тях се срещат случаи, в които съществува известна неяснота за обхванатото от нормата конкретно поведение[7].

В настоящия анализ се фокусираме върху очертаване ядрото на понятието "metus", респективно степента на "отворената му тексуалност", използвайки някои от фрагментите на класическите римски юристи, тъй като именно те ни дават най-пълна представа за подхода при дефиниране на конкретното поведение, което правната регулация е санкционирала. Съгласно коментара към едикта на Улпиан: D.4.2.1Ulpianus 11 ad ed**.** Ait praetor: "quod metus causa gestum erit, ratum non habebo". olim ita edicebatur "quod vimetusve causa": vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati:metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo,quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur. (Преторът казва: Не ще одобря това, което е извършено по

---

[1] За изражението на формулата там, съдим от възстановката на Едикта в Lenel Ot., Das edictum Perpetuum, Leipzig, 1927, 111, Quod metus causa factum erit (oder esse dicetur).

[2] Zimmermann R., op.cit., p. 654-658.

[3] Тези искове наподобяват като начин на регулация съвременната прецедентна правна система, б.а.

[4] Вж. Ганева Ем, Корективната справедливост и корекцията, прилагана чрез преторското право спрямо недоброволните обвързвания и аналогични механизми в съвременното право, Сборник с доклади, ЮФ на УНСС, София 2017, с. 220-227.

[5] Аналогичен като начин на регулация на съвременната континентална правна система.

[6] Т.е. прилагал се е когато липсва друго правно средство за защита, б.а.

[7] Hart, op.cit., p. 124.

причина на страха. Това беше казано и преди в едикта: Каквото беше направено чрез сила или страх: Споменаването на силата беше направено, за да покаже принудатата, използвана срещу волята, и страха за да покаже разстройството на ума, поради настояща или бъдеща опасност; но след това споменаването на силата беше премахнато, защото каквото е причинено чрез демонстрация на сила е причинено също и поради страх.)

Комбинацията от термините "сила или страх" и коментираното от Улпиан премахване на "силата" от формулата, са предмет на задълбочен анализ в доктрината[1]. Видно от текста, понятието сила (vis) изразява обективния елемент – принудителното въздействие[2], в резултата на което се пораждат съответните страхови представи (metus) у потърпевшия, които се превръщат в мотив за извършване на дадено действие от негова страна.

Самото конкретизиране съдържанието на понятието "metus" се е постигало чрез въвеждане на обективни изисквания към източника на страха и субективни към потърпевшия.

Според Улпиан страхът, който се обхваща от Едикта, се причинява от някаква бъдеща опасност (D.4.2.1Ulpianus 11 ad.ed…futuri periculi). Явленията от действителността, които са се възприемали като опасност, се извличат от следващите текстове. Според същия класически юрист (D.4.2.3.1 Ulpianus 11 ad ed.) защитата би могла да се насочи дори срещу деяния на магистрати, които използват незаконна сила в противоречие с добрите нрави. Като във второто изречение на цитирания фрагмент Улпиан предава думите на юриста Помпоний, според когото Едиктът намирал приложение, ако някой отнеме пари, чрез причиняване на ужас от смърт или побой (…si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.). В тази връзка Улпиан предава думите и на по-ранния юрист Лабеон, според когото страхът трябва да бъде не какъвто и да е ужас, а такъв от по-голямо зло (D.4.2.5 Ulpianus 11 ad ed. Metum accipiendum labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.). Отново Улпиан, цитирайки мнението на Помпоний, посочва заплахите със смърт и затвор като обективна предпоставка за възникване чувството на релевантен според едикта страх[3].

Класическият юрист Паул включва към кръга на заплахите, годни да причинят страх и тези свързани със сексуално посегателство (D.4.2.8.2 Paul. 11 ad.ed.) Според

---

[1] Вж. Calore Em., Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta, Milano, 2011, 4-11.

[2] За vis absoluta и vis compulsiva, вж. в Ganeva Em., The violent taking of property…, op.cit., p. 151-157.

[3] D.4.2.7.1Ulpianus 11 ad ed…Заради това, ако някой хванат при кражба, прелюбодеяние или друг укорим акт е платил нещо или се е обвързал да го направи, Помпоний правилно пише в двадесет и осма книга, че това попада в обхвата на едикта, когато например някой се страхува от смърт или от затвор. Обаче не е позволено всеки прелюбодеец или крадец да бъде убит, освен ако не се защитава с оръжие, но биха могли да бъдат убити противоправно, и заради това страхът бил оправдан. Но когато някой се откаже от своето имущество, за да предотврати този, който го е хванал да го издаде, смята се че този едикт го подпомага, доколкото ако беше предаден, той би бил подложен на наказанията, които ние споменахме.

фрагмента, ако мъж или жена дадат нещо, за да не бъдат принудени да страдат от незаконен сексуален акт (stuprum)[1], едиктът се прилага, защото добрите хора, изпитват по-голям страх от това, отколкото от смъртта. Паул смята още, че основателен е и страхът от робство, поради което и в тези случай на заплашения следва да се дава защита по едикта (D.4.2.4 Paulus 11 ad ed.).

Други обективни изисквания към заплахата, която би могла да възбуди страх, са нейната реалност и непосредственост.

D.4.2.9 pr. Ulp. 11 ad ed. Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existirnare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. (Ние трябва да възприемаме страха като действителен, а не да се предполага, че може да настъпи. И така пише Помпоний в двадесет и осма книга. Казва така: Страхът трябва да се разбира като реален, ако ужасът е причинен от някого. Заради това казва, ако изоставя земята си след като съм чул, че някой идва въоръжен, за да ме изгони, едиктът ще се прилага ли? И той казва, че мнението на Лабеон е, че едиктът не би се приложил в този случай, нито интердиктът Unde vi би бил приложим; защото не изглежда да е бил изгонен чрез сила, този който не е изчакал (нападението), а е избягал. Друго би било, ако след като са нахлули въоръжените, е напуснал, тогава едиктът може да се приложи.)

В цитирания коментар към Едикта на Улпиан са изложени отново мненията на по-ранните юристи Лабеон и Помпоний. Според тях защитата намира приложение само, ако заплахата е непосредствена. Тази непосредственост е факт, когато заплашеният действително е бил поставен пред неблагоприятната алтернатива да избере настъпването на реална бъдеща опасност или да жертва своя имуществен интерес. Именно поради това избраният вариант на поведение, изразяващ се в извършване на някакво имуществено разпореждане, се явява по-приемливия вариант. Ето защо на заплашения му се полага правен механизъм, с който да анулира, ако желае, последиците на неблагоприятния за него избор, а в случай, че ответникът не реституира доброволно[2] това, което е получил в следствие на предизвикания страх, то за него следва санкция, представляваща четири пъти стойността на полученото поради страха.

Причинно-следствената зависимост от една страна между заплахата и изпитания страх и от друга свързаното с тях разпореждане, чието анулиране се допуска, е ос-

[1] Вж. Frier Br., McGinn T., A Casebook on Roman family law, Oxford, 2004, p. 52, 120.

[2] По време на империята реституцията била приложима дори, когато транзакцията е започнала по принуда, но поради някаква причина не е била довършена (D.4.2.9.3 Ulpianus 11 ad ed.)

новно изискване за предоставяне възможност на заплашения да отстрани последиците на неизгодната за него сделка[1].

Освен разгледаните обективни изисквания към принудата, годна да причини страх, за очертаване ядрото на понятието, римските юристи въвели и изисквания към психологическите характеристики на заплашения, които може да определим като субективни такива. За да бъде дадена защита по едикта, римляните отдавали значение и на личността на заплашения (D.4.2.6 Gai. 4 ad ed. prov. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.) Според коментара на Гай към провинциалния едикт, страхът, който е предпоставка за предоставяне на защитата, не е този изпитан от нестабилен човек, а този който е изпитал най-устойчивият човек. Следователно, за да породи правно релевантни последици заплахата, тя следва не само да попада в някоя от хипотези, по които е постигнат консенсус, че са обективно годни да причинят страх, но и да бъде възприета от човек, отличаващ се с най-голяма разумност. Неговото субективно разбиране за заплахата като непосредствена и реална бъдеща опасност, само по себе си е гаранция за обективното ѝ наличие.

Всички тези обективни и субективни изисквания към обстоятелствата около принудата и субекта, върху който тя въздейства, всъщност демонстрират естествения стремеж на юристите от периода за очертаване на смисловото ядро на понятието "metus", чрез което да се постигнат по-ясни параметри за приложението на механизма за защита (actio quod metus causa).

"Основателен страх" в съвременното българско право

Понятието "основателен страх" като предпоставка за унищожаемост на договорите е уредено в чл. 30 от Закона за задълженията и договорите. Съгласно посочената разпоредба "Заплашването е основание за унищожение на договора, когато едната страна е била принудена от другата страна или от трето лице да сключи договора чрез възбуждане на основателен страх." Видно от текста е, че понятието притежава висока степен на "отворена текстуалност", по-висока дори от еквивалента на разпоредбата в отменения ЗЗД[2], съгласно чл. 17, на който "Съгласието се счита да е изтъргнато чрезъ насилие, когато това последното е такова, щото да може да направи впечатление на едно здравомислящо лице и да му внуши основателенъ страхъ, че може да изложи себе си или своето имущество на една значителна вреда. Въ това отношение се обръща внимание на възрастьта, на пола и на положението на лицата". Юридическата техника, с която е конструиран езиковият израз на разпоредбата на отменения закон се доближава много повече до тази, използвана от римските юристи в текстовете, касаещи защитата при "metus". Именно поради наличието на повече обективни и субективни характеристики в разпоредбата на отменения закон, степента на "отворената текстуалност" на понятието "страх" там е по-ниска в сравнение с чл. 30 от ЗЗД, което означава, че ядрото му е по-широко, а

[1] D.4.2.9.1 Ulpianus 11 ad ed.; За връзката облага-загуба вж. Ганева Ем., Корективната справедливост, op.cit.

[2] Обн., ДВ, бр. 268 от 5.12.1892 г., в сила от 1.03.1893 г.

периферията по-тясна спрямо тези на понятието "страх" в текущата разпоредба. Формално логически тази зависимост се определя от Закона за обратното отношение между съдържание и обем на понятията, според който "обемът на понятието се състои от обектите, които притежават описаните от понятието признаци. Поради това се наблюдава обратната зависимост, че колкото повече признаци изграждат съдържанието на понятието, толкова по-малко реални обекти ги притежават и се обхващат от обема му[1]. Това означава, че когато законодателят цели да обхване повече обществени явления в дадено понятие, той трябва да повиши степента му на отворена текстуалност, като намали признаците, на които явленията следва да отговарят. Респективно, ако иска да намали случаите, които се покриват от понятието, следва да разшири неговото ядро, чрез въвеждане на повече специфични признаци, на които явленията следва да отговарят, така както са направили римляните например, чрез въвеждане на изискването лицето, което е изпитало страха да бъде "homo constantissimus". Чрез увеличаване степента на "отворена текстуалност" на правните понятия, използвани в правните разпоредби може да се увеличи тяхната адаптивност[2]. Това става с намаляване броя на признаците в съдържанието на понятието, което позволява повече явления от действителността да се включат в неговия обем. Като резултат от това, съотношението между ядрото и периферията на понятието се променя в полза на периферията, което може да създаде и известни трудности при прилагането му, поради неяснотата на признаците, които обхванатите явления следва да притежават. Понятието "основателен страх" като основен елемент от разпоредбата на чл. 30 от ЗЗД е пример за това.

Според проф. Таджер "Критерият за преценяване на средствата за възбуждане на основателен страх трябва да бъде обективен и абстрактен. Субективните качества, нервната система и реактивната способност на заплашвания не могат да имат значение"[3]. Мнението, че обективните признаци на релевантната заплаха, са достатъчни за приложението на разпоредбата, без да се взема предвид личността на заплашения, който изпитва страха, не се възприема от други автори. Проф. Стефанов например отхвърля тезата на Таджер като заявява, че "основателен е страхът, който заплашването може да създаде у едно лице с нормална психика. Следователно, критерият за заплашване не трябва да бъдат действия, които могат да разколебаят найсилните характери (така са приемали римляните), или такива, които биха въздействали само на лице с болна психика. …при преценката на заплашителните действия трябва да се има предвид полът, възрастта и положението на заплашвания"[4]. Видно от изложеното е, че според автора характеристиката на личността на заплашения е важен елемент при очертаване приложното поле на разпоредбата на чл. 30 от ЗЗД. Критериите, които според него следва да бъдат съблюдавани кореспондират с горецитираната разпоредба на отменения ЗЗД. Въз основа на това, може да се заклю-

---

[1] Вж. Войшвило Е., Логика, Москва 2001, 194; Бънков Ан., Логика, София, 1975, с. 212-217.

[2] Подробно за някои от начините за адаптивност вж. Ганева Ем, Противоречието с добрите нрави като основание за нищожност на договора, Сборник с доклади, ЮФ на УНСС, София, 2016, с. 225-231, 226 и 227; Rosdorff L.W., The framework of legal evolution, p. 115.

[3] Таджер В., Гражданско право на НРБ, обща част дял II, София, 1973, 275-276.

[4] Стефанов Г., Основи на гражданското право, Велико Търново, 2007, с. 143-144.

чи, че според него понятието "основателен страх" има по-тясна периферия отколкото, това на проф Таджер, но по-широка от римско правната интерпретация, ограничаваща приложението на защитата само до лица, които са "homo constantissimus". Що се отнася до обективните характеристики, проф. Стефанов посочва, че "Заплашителните действия трябва да съставляват една значителна и предстояща (близка) опасност за живота, честта или имуществото на заплашвания или на негови близки (напр. отвличане, нанасяне на телесна повреда, убийство, опожаряване)." За разлика от субективните критерии към релевантния "страх", обективните изглеждат идентични с тези, посочени в съчиненията на класическите римски юристи, като се различават от израза на обективната страна при проф. Таджер, който е доста по-абстрактен. Критериите за приложението на разпоредбата, респективно за очертаване пределите на понятието "основателен страх", които проф. Павлова, очертава могат да се определят като комбинация между предложените от другите двама автори. Като що се отнася до обективната страна се доближават до израза при проф. Таджер, а що се отнася до субективната, до този на проф. Стефанов[1].

Съдебната практика от своя страна е пестелива при очертаване приложното поле на разпоредбата, като използва критерии с висока степен на абстракция при посочване кое поведение представлява заплаха, респективно какви случаи обхваща понятието "основателен страх"[2]

За установяване какво попада в ядрото на понятието "основателен страх", не е достатъчно то да бъде разглеждано само по себе си, а е необходимо да се сравни и с други понятия, изграждащи отделни хипотези, които също представляват основания за недействителност в двете ѝ форми (нищожност и унищожаемост). Подобно сравнение на приложните им полета би подпомогнало приложението на различните основания в някои от граничните им хипотези[3]. В тази връзка следва да съотнесем понятието "противоречие на закона" по смисъла на чл. 26, ал. 1 от ЗЗД с понятията "основателен страх" и пораждащата го "заплаха" по смисъла на чл. 30 от същия закон. Тези основания се отнасят като род към вид[4], т.е. заплахата, предизвикваща основателен страх се явява вид противоречие на закона, което законодателят е обособил като самостоятелно основание за недействителност, но в по-лека форма. Съ-

---

[1] Павлова М., Гражданско право обща част, София, 2002, с. 558: редакцията на текста насочва към абстрактен, обективен критерий при преценката дали определено поведение може да предизвика такъв страх. Изглежда, че трябва да се преценява с оглед на човек с нормален интелект и воля дали действията са могли да го уплашат до такава степен, че да реши да сключи сделката. …

[2] Решение №38/12.02.2009 по гр.д. № 532/2008 на ВКС, V г.о, Решение №379/12.05.2003 по гр.д. № 921/2002, II г. о. на ВКС; Решение № 15/30.01.2015 по гр.д. №4604/2014 на ВКС, IV г.о.

[3] В тази връзка не считаме, че няма колебание относно характера на сделките, сключени в резултат на престъпление (по чл. 209, 143, 144, 214), тъй като основанието за нищожност в примерите, според нас е "липса на съгласие"; вж. Малчев М., Унищожаемост на гражданскоправните сделки, София, 2013 г., с. 190.

[4] С уговорката, че "противоречието на закона" по см. на ЗЗД е видово понятие спрямо родовото "неправомерно юридическо действие", но за целите на статията, пропускаме анализа на това равнище и преминаваме на долното.

щото съотношение откриваме и между "противоречието на закона" и останалите основания, водещи до недействителност по смисъла на ЗЗД, независимо в коя от двете ѝ проявни форми (унищожаемост или нищожност). Следователно понятието "противоречие на закона" може да определим като родово, а всички други основания, представляват негови разновидности. Това означава, че щом всички видови понятия попадат в едно и също ядро на понятието "противоречие на закона", то те притежават в известна степен припокриващи се полета, що се отнася до хипотези, които попадат в зоната на периферите им. В тази връзка би могла да бъде направена аналогия между посоченото съотношение и това на съставите при наказателноправните норми като общ към специален състав на престъпление. Там също, както в разгледаното съотношение при недействителността на договорите, специалният състав (който може да бъде привилегирован или квалифициран) притежава всички белези на общия, но и някакъв допълнителен белег, който го отличава и поради който законодателят го третира различно[1]. Именно това обяснява защо в доктрината се срещат определени трудности при отнасянето на някое явление от действителността към коректното законово основание за недействителност[2]. За да се разграничават приложните полета на различните основания за недействителност, в частност на "заплахата" причиняваща "основателен страх" от "противоречието на закона" например, то следва да се държи сметка за законодателната идея, вложена в техните смислови ядра. Именно по този начин установяваме, че логическата операция, която се осъществява при преценката дали едно явление следва да се квалифицира като "противоречие на закона" или като друг вид порок е т.нар. per argumentum a contrario. Следователно, ако противоречащото на закона явление не попада в смисловото ядро на нито едно от другите основания за недействителност, тогава то се обхваща от "противоречието на закона" като самостоятелно основание.

Що се отнася до въпроса защо законодателят е обособил "основателния страх", породен в следствие на заплаха като основание, което води до унищожаемост, а не до нищожност. Това се дължи на факта, че при основанията за нищожност винаги е засегнат съществен елемент от правната сделка, без който същата не може да съществува[3], докато при сделките, сключени поради страх, волеизявление все пак има, макар и мотивирано противоправно[4].

Във връзка с очертаване ядрото на понятието "основателен страх", следва да се обърне внимание и на това, че съвременното право, за разлика от римското, прави ясно разграничение между видовете принуда под формата на vis absoluta, с което се означава физическото насилие и vis compulsiva, с което се означава мотивационно-

---

[1] Вж. Марков Пр., Проблеми на наказателноправната квалификация на престъплението, Дисертация, с. 57-58.

[2] Малчев М., op.cit., с. 190.

[3] Напр. забранен от закона предмет на сделката, липсата на съгласие (поради липсата на годно волеизявление или изтръгато чрез насилие), противоречие на предмета на сделката на добрите нрави, вж. още Ганева Ем., Противоречието с добрите нрави като основание за нищожност на договора op.cit., с. 230; вж. Карбоние Ж., Гражданско право, Въведение, превод, София 1999, с. 331.

[4] D.4.2.21.5 Paulus 11 ad ed. coactus volui, Вж. Zimmermann R., op. cit., p. 660.

то или още психическо въздействие[1] и тяхното различно отражение върху волята на лицата, респективно върху последиците за правните сделки[2]. Безспорно в съвременната теория и съдебна практика е, че в случай на използване на физическо насилие спрямо друго лице, по начин който възпрепятства волеизявяването на последния, то не става въпрос за унищожаемост, а за нищожност на извършения от принудения правен акт на основание чл. 26, ал. 2 от ЗЗД, поради липсата на съгласие[3]. Това означава, че понятието "основателен страх" не включва в ядрото си случаите, при които върху потърпевшия е упражнено насилие с интензитет, който довежда до невъзможност за формиране на воля, съответно до вземане на решение, та макар и между две неблагоприятни алтернативи[4]. Това разграничение има значение при очертаване на съвременното понятие "основателен страх", поради ограничаване на "отворената му текстуалност" по категоричен начин, що се отнася до тези хипотези, попадащи в обхвата на другото основание за недействителност.

При сравнението на понятията "основателен страх" по смисъла на ЗЗД и "metus" по смисъла на кн. 4 от Дигестите се установява, че контролът на "отворената текстуалност" от страна на съответния законодател се е постигал чрез различна юридическа техника. В съвременното право това се постига най-вече чрез включването на част от периферията на понятието в ядрото на друго понятие, чрез което е конструирана друга правна норма. Зараждането на този подход може да се забележи и в римското право[5], но на едно по-скоро интуитивно равнище. По-често срещаният подход за контрол на "отворената текстуалност" в древността е, чрез посочването на конкретни хипотези, които попадат или не в понятието, съответно в обхвата на защитата по едикта. Тази разлика може да бъде обяснена от една страна с това, че правата в Рим се схващали изцяло в процесуален смисъл, т.е. през конкретна процедура за защита, което предполага и генериране на конкретни хипотези на приложение. От друга, като причина може да се посочи усложняването на самите обществени отношения в съвременността, поради постоянното нарастване на тяхното разнообразие, което затруднява до невъзможност изчерпателното им изброяване в дадено правно правило. Следователно подходът за ограничаване на "отворената текстуалност", използван от съвременния законодател, изглежда по-ефективен що се отнася до бързина и цялостност при обхващане на регулираната материя. Не трябва да се пренебрегва обаче фактът, че този подход крие и някои рискове. Тъй като контролът се осъществява чрез използване на по-абстрактно формулирани понятия, генерирането на множество такива, които изземват части от приложното поле на други, може да доведе, без това да е целено от законодателя, до изпразване на даденото понятие от съдържание и по този начин до изчезване на приложното му поле.

---

[1] Термините vis absoluta и vis compulsiva не са с римскоправен произход и вероятно са въведени през Средновековието за означаване на физическата и психическата принуда. Вж. Odd Langholm The legacy of Scholasticism in economic thought (Antecedents of choice and power),1998, Cambridge, p. 22, 24-25.

[2] Вж, Ганев В., Учебник по обща теория на правото, Част I, 1990, с. 318-321.

[3] Павлова М., op.cit., 537-538;

[4] Вж. Ganeva Em., The violent taking of property.., op.cit.

[5] Класическият период.

В други случаи, отново без да е целено, тази техника крие риск от създаване на колизии между правните разпоредби, когато дадено ново понятие обхваща в своята периферия и периферията на друго понятие.

Библиография

1. Бънков Ан., Логика, София, 1975.
2. Войшвило Е., Логика, Москва, 2001.
3. Ганев В., Учебник по обща теория на правото, Част I, 1990.
4. Ганева Ем, Противоречието с добрите нрави като основание за нищожност на договора, Сборник с доклади от научна конференция "Върховенството на закона – предпоставка за развитие на бизнеса и за икономически растеж, ЮФ на УНСС, София, 2016 г., с.225-231.
5. Ганева Ем, Корективната справедливост и корекцията, прилагана чрез преторското право спрямо недоброволните обвързвания и аналогични механизми в съвременното право, Сборник с доклади от Юбилейна научна конференция "Право и бизнес – усъвършеснстване на нормативната уредба", ЮФ на УНСС, том I, София, 2017, с. 220-227.
6. Карбоние Ж., Гражданско право, Въведение, превод, София 1999.
7. Малчев М., Унищожаемост на гражданскоправните сделки, София, 2013.
8. Марков Пр., Проблеми на наказателноправната квалификация на престъплението, Дисертация.
9. Павлова М., Гражданско право обща част, София, 2002.
10. Стефанов Г., Основи на гражданското право, Велико Търново, 2007.
11. Таджер В., Гражданско право на НРБ, обща част дял II, София, 1973.
12. Tarwacka A., Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus. The origins of provisions against duress in Roman law, Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual, Madrid, 2014, 707-715.
13. Ashby W.R., An introduction to cybernetics, New York, 1956.
14. Lenel Ot., Das edictum Perpetuum, Leipzig, 1927.
15. Calore E., Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta, Milano, 2011.
16. du Plessis J.E., Compulsion in Roman Law, part of unpublished Ph.D. thesis, Compulsion and Restitution – A historical and comparative study of the treatment of compulsion in Scottish private law with particular emphasis on its relevance to the law of restitution or unjustified enrichment, University of Aberdeen,1997.
17. Frier Br., McGinn T., A Casebook on Roman family law, Oxford, 2004.
18. Ganeva Em., The violent taking of property – vis – ground for punishment or only for restitution, "Diritto romano e attualità"(Roma Hukuku ve Güncellik), Istanbul, 2017, p 150 – 169.
19. Hart, H. L. Ad., The concept of law, 2nd ed., Oxford, 1994.
20. Odd L., The legacy of Scholasticism in economic thought (Antecedents of choice and power), Cambridge, 1998.
21. Rosdorff L.W., The framework of legal evolution, (ebook),1974.
22. Schauer Fr., On the open texture of law, University of Virginia, 13.09.2011.

23. Stoianov L., Ganeva Em., Goshev G., Towards a Real Reconciliation of Centralised and Decentralised Approach in Legal Regulation: Application of an AI-Toolkit to a Problem of Jurisprudence, European Journal of Economics and Business Studies, 05-08, 2016, Vol.5 Nr.1.

24.Waismann Friedrich, Verifiability, Originally published in Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume, XIX (1945), the reprinted version in Antony Flew, ed., Logic and Language, the First Series (1951).

25. Zimmermann R., The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1992.

ОСОБЕНОСТИ НА ВЪЗЛАГАНЕТО НА РАБОТА КАТО ПРЕДПОСТАВКА ЗА ОТГОВОРНОСТТА НА ВЪЗЛОЖИТЕЛЯ ПО ЧЛ. 49 ОТ ЗЗД

Ивайло Тосков, докторант,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
E-mail: ivaylo.toskov@gmail.com

Резюме

С настоящия доклад е направен опит да се дефинира един от елементите на фактическия състав на гражданската отговорност по чл. 49 от ЗЗД, а именно – възлагането на работа като наличие на правно или фактическо отношение между възложителя и изпълнителя. Очертани са основните характеристики на субектите възложител и изпълнител, както и разграничение със сходни правни явления и деликтни състави. Направени са препоръки de lege ferenda, като например изрично уреждане на солидарна отговорност при повече от един възложител.

Ключови думи: възлагане на работа, възложител, изпълнител

Summary

The present scientific report sets up the task to define one of the elements of the composition of the civil liability as per art. 49 of the Obligations and Contracts Act, namely – the commissioning of certain work as a legal or actual relationship between the principal and the agent. The basic examples of commissioning of work are outlined, as well as differentiation from similar legal phenomena and delict categories. Proposals de lege ferenda are given, like the introduction of joint liability between two or more principals of the same work.

Keywords: commissioning of work, principal, agent

Институтът на отговорността на възложителя за вреди, причинени от лице, на което е възложил работа, съгласно чл. 49 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД[1]), е традиционно разглеждан в курсовете по облигационно право[2], както и е бил предмет на различни изследвания[3]. Становището, преобладаващо в граждан-коправната ни доктрина, е, че възлагането на работа по смисъла на чл. 49 от ЗЗД представлява облигационна връзка, по силата на която лицето, на което работата е

[1] Обн., ДВ бр. 275 от 22 ноември 1950 г.

[2] Напр. Кожухаров, Ал. "Облигационно право. Отделни видове облигационни отношения. Нова редакция П. Попов", с. 380 и сл.

[3] Напр. Голева, П. "Деликтно право- трето преработено и допълнено издание", изд. "Нова звезда", София, 2015 г., с. 123 и сл., и С. Тасев- "Деликтната отговорност", изд. "Сиела", София, 2009 г., с. 58, и др.

възложена, е длъжно да я извърши[1], като характерът на това правоотношение може да е както възмезден, така и безвъзмезден. Съдебната практика[2] допуска, че възлагане на работа е налице и при "всяко фактическо натоварване на друг правен субект... за извършването на определена работа в чужд интерес", като се акцентира върху "властническото правомощие" на възложителя да натовари другиго с работата.

От изложеното би могло да се направи извод, че в обхвата на възлагането на работа по смисъла на чл. 49 от ЗЗД попадат всички случаи, при които едно лице поело задължението към другиго да извършва някаква дейност, като например правоотношения, възникнали от трудов договор, договор за поръчка, договор за изработка, договор за услуга, комисионен договор, договор за превоз, и други, като в резултат на тази дейност са настъпили вреди за трето лице. Подобен подход, обаче, би разширил прекомерно обхвата на законовата разпоредба, като не отговаря на замисъла на законодателя. Деликтната отговорност е правоотношение между правонарушителя и пострадалия от непозволено увреждане, което съдържа задължението на първия да поправи вредите, които противоправно е причинил на втория[3]. За разлика от общия състав на непозволеното увреждане, съгласно който отговорност се носи за лично противоправно поведение, отговорността на възложителя е отговорност за чужди действия **и** за лично правомерно поведение- възлагане на работа. Специалният деликтен състав, предвиден в разпоредбата на чл. 49 от ЗЗД, включва в правоотношението и лицето, което е възложило работата, в резултат на която са настъпили вредите, като цели по-адекватно удовлетворяване на кредитора (пострадалия), дали поради възможността на последния да се насочи към по-голямо имущество, или поради улеснението да не се издирва конкретният пряк извършител, стига възложителят да е известен.

Прекомерното разширяване на обхвата на отговорността по чл. 49 от ЗЗД може да има отрицателно въздействие върху гражданския и търговски оборот, тъй като би довело до "задушаване с отговорност"[4] на огромен обем от дейности, и до възпиране на редица правни субекти от възлагане на работа изобщо. И докато няма спор, че отговорността на възложителя покрива случаите на възлагане по трудово правоотношение[5] (когато са причинени вреди на външно за трудовото правоотношение лице), то трудно може да се обоснове, че клиентът на един таксиметров шофьор следва да носи отговорност за противоправните му действия, в резултат на

---

[1] Напр. Голева, П. цит. съч., с. 125, С. Тасев- цит. съч., с. 59, 53, както и С. Тасев, П. Пенев- "Възлагането на работа като елемент от фактическия състав на отговорността по чл. 49 от ЗЗД", И. Янев- "Възлагането на работа като предпоставка за възникване на отговорността по чл. 49 от ЗЗД".

[2] Така Решение № 63/01.03.2016 г. на ВКС по гр. д. № 4885/2015 г., IV г. о., ГК, цитирано по Кунчев, К.- "Закон за задълженията и договорите. Задължителна съдебна практика. Част III", с. 200.

[3] Калайджиев, Ан. "Облигационно право", с. 401, както и Конов, Т.- "Основание на гражданската отговорност", с. 22.

[4] Считам, че използваният от Димитър Антонов израз е особено удачен, поради което го цитирам почти дословно- в Антонов, Д.- "Непозволено увреждане", с. 95.

[5] Вместо всички- Сукарева, Зл.- "Извъндоговорни облигационни отношения", с. 28 и цитираните там автори.

които е причинил пътно-транспортно произшествие, макар и между клиентът-пътник и шофьорът да е налице облигационна връзка, по силата на която шофьорът следва да извърши определени действия.

С цел да се очертаят границите на отговорността на възложителя, се застъпва тезата, че изпълнителят следва да е организационно свързан с възложителя[1] и дори между тях да има отношения на йерархичност[2]. Това, обаче, не може да бъде изведено от разпоредбата на закона, която не изисква упражняването на надзор, както това е сторено в чл. 47 и чл. 50 от ЗЗД. Поставянето на допълнителни условия за ангажиране на отговорността на възложителя е единствено в ущърб на пострадалия, в чийто интерес е уреден този специален състав. С подобен ефект е и "изключването" на дейности, извършвани по определен вид договори, изцяло от обхвата на отговорността по чл. 49 от ЗЗД, в каквато насока е *Решение № 274/01.02.1971 г. по гр. д. № 2486/70 г., I г. о.*[3] на Върховния съд (ВС), досежно договора за изработка.

За да се излезе от на пръв поглед заплетената ситуация, следва да се обърне поглед към фактическия състав на възлагането на работа, като самостоятелен елемент от по-големия фактически състав на отговорността по чл. 49 от ЗЗД. Чрез анализирането на неговите отделни елементи следва да бъде направен опит да се изведе единен критерий за това, кога е налице възлагане на работа по смисъла на горепосочената законова разпоредба.

Основна характеристика на отговорността на възложителя е вредите да са причинени "при" или "по повод" на изпълнението на определена **работа**. С оглед на факта, че вредите следва да са причинени при **изпълнението ѝ**, може да се изведе, че работа по смисъла на чл. 49 от ЗЗД е **извършването на активни действия** от страна на изпълнителя. В този ред на мисли, от обхвата на фактическия състав на възлагането на работа следва да бъдат извадени всички случаи, при които изпълнителят има задължение за бездействие. Това не означава, че вредите, причинени при или по повод на изпълнението на работата, не може да са в резултат на омисивен деликт- напротив, така отговаря училището за причинени вреди на ученик, при бездействие на учител[4], така би отговаряла болницата за вредоносно бездействие на лекар, и изобщо във всеки случай, в който е предвидено задължение за действие на делинквента. Законът не поставя условие за обхвата на дейностите, които са включени в понятието "работа", начинът на нейното извършване или естество[5], като не е необходимо дейността да е към областта, в която възложителят проявява някаква собствена дейност[6], нито изпълнителят да е включен в организацията на възложи-

---

[1] Напр. Тасев, С. – цит. съч., с. 59.

[2] В този смисъл- Розанис, С. – "Носи ли отговорност издателят за вредите, нанесени от журналист чрез публикуван материал".

[3] Цитирано по Розанис, С. – "Съдебни решения. Книга първа", с. 155.

[4] Казус, разискван в Решение № 12/25.12.1982 г. по гр. д. №119/1981 г. на ОСГК на ВС, в сб. "Съдебна практика на Върховния съд на НР България, Гражданска колегия, 1982 г.", анализирано и от Конов, Т. в "Основание на гражданската отговорност", с. 49.

[5] Така Тасев, С. – цит. съч., с. 60.

[6] Обратно- Големинов, Ч.- "Гражданскоправни източници на задължения", с. 99.

теля[1]. Работата следва да е за **правомерни** действия, като в противен случай възложителят ще отговаря по реда на чл. 53, във връзка с чл. 45 от ЗЗД[2].

Работата следва да е **възложена** на изпълнителя. Както беше посочено по-горе, съгласно традиционно възприетото схващане, за да се приеме, че е налице възлагане, то за изпълнителя следва да има **задължение** за извършване на работата, като конкретният обем на извършваната дейност следва да бъде определен с акта на възлагане, или да произтича от закона. Възлагането може да бъде извършено чрез различни способи, като в теорията е прието, че това може да бъде сторено както чрез правна сделка, държавновластнически акт[3], така и чрез фактически действия[4]. Последното се извежда от факта, че разпоредбата на чл. 49 от ЗЗД урежда отношенията на пострадалия с възложилия работата[5]. След като от страна на възложителя е изразена воля, която може да страда от някакъв порок, като например, липса на форма на акта на възлагане, но въпреки това изпълнителят е бил поставен в досег с благата на пострадалия, от което са произлезли противоправно вреди, то не следва пострадалият да бъде лишен от възможностите, които му предоставя закона. Изложеното е в унисон с доктрината за риска[6], съгласно която едно лице носи отговорност за свои правомерни действия, единствено поради причината, че упражнява дейност и създава риск други лица да бъдат увредени. Подкрепа за това виждане може да бъде намерена и в съдебната практика- в т. 7 от ППВС № 7 от 1959 г. Върховният съд приема, че отговорност се носи от предприятието и когато не е установено кой работник или служител измежду тях е причинил вредите, от което може да се заключи, че в контекста на деликтната отговорност съдът се дезинтересира от взаимоотношенията между възложител и изпълнител, като акцентира върху правоотношението на възложителя с пострадалия; последният не следва да бъде натоварван да изследва в детайли възлагането на работа, а да го установи като факт, за да получи обезвреда.

Работата следва да е възложена **преди** вредите да са причинени, тяхното възникване трябва да следва във времево отношение възлагането. Това може да бъде изведено от използваните от законодателя изрази досежно фактическата връзка между възлагането и увреждането- второто следва да е извършено "при" или "по повод" на вече възложена работа. Ето защо, считам, че в хипотезата на потвърждаване на действия без представителна власт, от които действия са причинени вреди на трето лице, не се поражда правоотношение по реда на чл. 49 от ЗЗД. Не е налице възлагане и когато работата е предприета по почин на изпълнителя, без да е налице възлагане, по реда на чл. 60 от ЗЗД[7]. Това се дължи именно на вече упоменатия факт, че

---

[1] Обратно Антонов, Д. – "Непозволено увреждане", с. 153.

[2] Така и Янев, И. – цит. съч.

[3] Така Голева, П. – цит. съч., с. 125

[4] Така Големинов, Ч. – цит. съч., с. 88; Д. Антонов – цит. съч., с. 150.

[5] Караминков, Ал. – "Непозволено увреждане, причинено по повод изпълнението на възложена работа" и И. Янев – цит. съч.

[6] Така Голева, П., цит. съч, с. 24, и К. Цончев – "Деликтната отговорност и доктрината за вината и риска".

[7] Така и Тасев, С. – цит. съч., с. 142.

възложителят носи отговорност за свое правомерно действие; житейски несправедливо би било деликтното правоотношение фактически да предхожда възлагането. Макар и отговорността да е невиновна, пак е налице съзнателна човешка дейност, тъй като именно с възлагането възложителят прави свободния избор да създаде риск от увреждането на трето лице.

Възлагането на работа не предполага надзор или контрол от страна на възложителя[1], като съображенията за това са няколко. На първо място, чисто езиково, в чл. 49 от ЗЗД никъде не е използван "надзор", "упражнява надзор", "надзирава" или друг термин, който би могъл да наведе на това съждение. Второ, когато визира надзор върху човешки същества, законодателят обикновено предвижда и възможност за екскулпиране на отговарящия по деликтното правооношение- например, съгласно чл. 47, ал. 2 от ЗЗД, лицето, упражняващо надзор върху неспособен да разбира или ръководи постъпките си, може да се освободи от отговорност, стига да докаже, че не е било в състояние да предотврати настъпването им; подобна хипотеза е уредена и в чл. 48, ал. 3 от ЗЗД досежно отговорността на родители и настойници за вреди, причинени от техните деца. Наличието на надзор, управление или друга форма на контрол върху дейността на изпълнителя е доказателство за наличие на възложена работа, но поставянето на такова задължително изискване като предпоставка на възлагането противоречи на виждането за отговорността на възложителя като безвиновна[2] и създава предпоставки за екскулпиране на възложителя, когато извършваната работа не предполага надзор от страна на възложителя, дали поради липса на ресурс, или на компетентност[3].

Критерият, по който възлагането на работа по смисъла на чл. 49 от ЗЗД може да бъде отличено от други случаи на натоварване с извършването на действия, е в степента, в която възлагането е причинно свързано с причиняването на вредите, който критерий е дефиниран в теорията като "самостоятелност на изпълнителя"[4]. Считам, че използваната терминология не е особено удачна, тъй като навява алюзии с надзор, теза, която беше отхвърлена по-горе. Идеята, която стои зад това виждане, обаче, се крие в наличието на причинна връзка между възлагането на работата и причиняването на вредите, а именно- щеше ли изпълнителят да е поставен в контакт с имуществото на трети лица, ако не беше възложена работата? Щеше ли да има дос-

---

[1] Обратно Сукарева, Зл.- цит. съч., с. 29-30. Проф. Сукарева излага, че решаващо обстоятелство трябва да бъде това, кой ръководи възложената работа и я организира.

[2] Така Антонов, Д.- "Непозволено увреждане"; с. 145; Голева. П, цит. съч., с. 124, Конов, Т., цит. съч., с. 225, а от съдебната практика може да бъде посочено ППВС № 7/1958 г. Обратно- Ал. Кожухаров застъпва тезата, че е налице необорима презумпция за вина, в "Облигационно право. Отделни видове...", с. 381.

[3] В немалко случаи от практиката работата се възлага на изпълнителя, защото възложителят не притежава времевия ресурс да извърши работата, дори и да се приеме, че има квалификацията, компетенцията и желанието да го направи. Домашният майстор, който е изпълнител по договор за изработка, извършва дейност, която собственикът му възлага, защото например, следва да ходи на работа, с доходите от която да му заплати. Ако приемем, че собственикът на жилището следва да упражнява надзор, в конкретния случай бихме обезсмислили възлагането, което се отразява негативно на стопанския оборот.

[4] Така Тасев, С. – цит. съч., с. 61.

тъп до служебните превозни средства шофьорът[1], който макар и в извънработно време, е предизвикал пътнотранспортно произшествие, от което са произлезли вреди, без да е налице възлагане на работата? Тъй като отговорът на този въпрос е отрицателен, то отговорността на възложителя следва да бъде ангажирана. И докато наистина самостоятелните изпълнители (комисионери, адвокати, превозвачи, златар, работещ в собственото си ателие) преобладаващо работят на свой риск, организират работата си напълно самостоятелно, и поставят сами себе си в контакт с имуществото на трети лица, създавайки риска от увреждане, от това им положение не може да се изведе общовалидно правило. Нещо повече, дори извеждането на такова правило би застрашило интересите на пострадалите трети лица. Ето защо, считам, че преценката следва да бъде оставена на конкретния случай, като се изследва именно наличието на тази каузалност. И тъй като в закона не е установена презумпция за наличието на причинната връзка, то съгласно правилото на чл. 154 от ГПК[2], в тежест на ищеца- пострадал ще е да докаже нейното съществуване, при предявен иск по чл. 49 от ЗЗД.

Работата може да бъде възложена от различни правни субекти- физически и юридически лица[3], държавата, като в теорията е застъпено и схващане, което следва да бъде споделено, че неперсонифицирани образувания като етажна собственост и т. нар. гражданско дружество[4] по чл. 357 от ЗЗД също могат да бъдат възложители по реда на чл. 49 от ЗЗД.

Физическото лице- възложител следва да е дееспособно[5]. За юридическите лица съдебната практика[6] и правната теория[7] приема, че те отговарят по реда на чл. 49, а не по чл. 45 от ЗЗД за причинени вреди от тяхната дейност. На пръв поглед, това положение изглежда спорно, с оглед на факта, че за юридическите лица няма пречка да отговарят договорно. Виждането обаче следва да бъде подкрепено. Въпреки че юридическите лица се считат за изначално дееспособни[8], същите не притежават способността да изразяват воля или да действат самостоятелно, това винаги се случва чрез техните органи, пълномощници, служители, чиито вредоносни действия могат да ангажират отговорността на дружеството.

Що се касае до изпълнителя – физическо лице, той също следва да е дееспособен, и да е приел извършването на работа, изрично или с конклудентни действия. Натоварването с работа на недееспособен, от която работа да произтекат вреди за трето лице, не може да породи правоотношението по чл. 49 от ЗЗД, ами води до такова по чл. 45 или чл. 47 от ЗЗД, в случай че възложителят е бил задължен да

---

[1] Примерът може да се нарече класически, тъй като е използван в няколко изследвания в областта- напр. Тасев, С. – цит. съч., с. 63, А. Караминков- цит. съч., и др.

[2] Повече за тежестта на доказване в гражданския процес- вж. Стамболиев, О.- "Доказването в гражданския процес", с. 50.

[3] Така Тасев, С. – цит. съч., с. 59, П. Голева- цит. съч., с. 124

[4] Янев, И., цит. съч.

[5] Тасев, С. – цит. съч., с. 60

[6] ППВС № 7/1959 г.

[7] Напр. Сукарева, Зл.- цит. съч., с. 28. Обратно- Антонов, Д.- цит. съч, с. 119 и сл.

[8] Така Павлова, М.- "Гражданско право", с. 330.

упражнява надзор над недееспособния. Изключение от горното е предвидено в чл. 301 от Кодекса на труда, съгласно който, при определени предпоставки на работа могат да бъдат наемани и малолетни. След като законодателят предвижда специална трудова дееспособност за тези лица, то считам, че при причиняване на вреди при извършване на възложената работа, те имат качеството на изпълнител по смисъла на закона, а оттам и отговорността на възложителя следва да бъде ангажирана. В теорията[1] е изразено становище, че в процесния случай родителите продължават да носят отговорност по чл. 48 от ЗЗД, която се кумулира с отговорността на възложителя. Макар и схващането да отговаря напълно на ролята на деликтната отговорност, считам, че в закона следва да се предвиди подобно кумулиране, и солидарна отговорност на възложител и родител.[2]

При изпълнител – юридическо лице, каквито се срещат нерядко в практиката – например като подизпълнители по обществени поръчки, се получава "натрупване" на отговорности – в лицето на пострадалия изпълнителят- юридическо лице, е едновременно и възложител на прекия причинител на вредата. В такива случаи, съдебната практика, а и доктрината[3] приема, че отговорността следва да бъде понесена от предприятието, което упражнява контрол върху работниците и е организирало работата, или от предприятието, чиято работа се извършва, т.е. – в чийто интерес е възложената работа. В случаи на множество последователни възлагания, то следвайки логиката на Върховния съд, отговорността за причинени вреди по веригата следва да бъде понесена от първоначалния възложител, тъй като работата е най-често в негов интерес, или от изпълнителя, който контролира работниците, тоест, отговорността е ограничена до един правен субект, което, от своя страна ограничава възможностите за обезщетяване на пострадалия. Позоваване на чл. 53 от ЗЗД не е удачно, тъй като разпоредбата визира виновно причиняване на вреди от две или повече лица, с оглед на което считам, че *de lege ferenda* следва да се предвиди изрично солидарна отговорност на предходните възложители за вреди, причинени при или по повод на възложената работа[4].

Преобладаващото становище в теорията е, че за да бъде ангажирана отговорността на възложителя, то изпълнителят следва да е действал виновно, тоест, предпоставка за отговорността по чл. 49 от ЗЗД е отговорност на прекия делинквент по чл. 45 от същия закон[5]. Възможно ли е обаче изпълнителят да не носи отговорност (да се екскулпира), докато отговорността на възложителя да бъде ангажирана? С оглед на самостоятелния характер на отговорността[6] на възложителя, считам, че

---

[1] Станева, А.- "Отговорност за вреди, причинени от деца и неспособни", с. 169.

[2] Не съм привърженик на свръхрегулацията, но считам, че в определени случаи законът не следва да оставя място за интерпретация.

[3] ППВС № 17/1963 г., т. 5, Тасев, С. – цит. съч., с. 60

[4] Проф. Голева приема, че отговорността на двете предприятия е солидарна- в цит. съч., с. 127.

[5] Така Голева, П.- цит. съч., с. 124, С. Тасев- цит. съч., с. 143.

[6] Тезата за самостоятелния характер на отговорността на възложителя съм застъпил в доклад "По някои въпроси на отговорността на възложителя по чл. 49 ЗЗД", изнесен на кон-

отговорът на поставения въпрос е положителен. Така например ще отговаря учебно заведение- възложител на работата на възпитател, или болнично заведение, в които се упражнява надзор над недееспособни, при причинени противоправно вреди на трето лице, въпреки че лицата, пряко упражняващи надзора могат да успеят да докажат, че не са били в състояние да предотвратят настъпването на вредите. Да се приеме обратното би означавало вредите, които са противоправно понесени от пострадалия[1], да останат в негова тежест, което противоречи на разума на закона.

Горните съждения могат да бъдат отнесени и при наличието едновременно на отговорност по чл. 49 и чл. 50 от ЗЗД. В Решение № 415/18.02.1970 г. по гр. д. № 2389/1969 г.[2] Върховният съд е приел, че когато предприятието предаде своя вещ на работник с оглед на възложената му работа, надзорът върху тази вещ продължава да се изпълнява от предприятието[3]. В случай че обаче вещта е собствена на изпълнителя, и от нея бъдат причинени вреди, които не се дължат на поведението на изпълнителя (защото тогава той не би отговарял по чл. 50, а по чл. 45 от ЗЗД[4]), при или по повод извършване на възложената работа, то считам, че тогава отговорността на възложителя следва да бъде ангажирана, макар и той да не е собственик на вещта и да не упражнява надзор над нея. Фактът на възлагането на работа създава необходимата фактическа каузалност между поведението на длъжника- възложител, и вредите, причинени на кредитора- пострадал, за да се обоснове ангажирането на неговата отговорност.

С развитието на икономиката и технологиите, институтът на отговорността на възложителя за вреди, причинени от лице, на което е възложил работа, придобива все по-голямо значение- както за защитата на третите лица, които са поставени в риск от увреждане, така и за развитието на стопанските отношения. Макар и деликтната отговорност, като форма на гражданска отговорност, да има за основна цел обезщетяването на вреди, в един по-широк смисъл тя като че ли допринася лицата, които възлагат работа другиму, да полагат усилия да минимизират рисковете от тази своя дейност.

Използвана литература

1. Антонов, Д. "Непозволено увреждане", изд. "Наука и изкуство", 1965 г.

ференция "Право и бизнес- 25 години Юридически факултет на УНСС", проведена на 30.11.2016 г.

[1] За противоправността като засягане на блага- обекти на субективни права- вж. Конов, Т.- "Понятието противоправност в областта на непозволеното увреждане според българското гражданско право".

[2] Цитирано по Розанис, С. – "Съдебни решения. Книга първа", с. 153.

[3] С която теза не съм съгласен. Законът разграничава собственика и лицето, което упражнява надзор, именно защото е възможно вещта да е предадена на трето лице, под чийто надзор от нея да възникнат вреди, какъвто е и разискваният в решението на ВС случай. Несправедливо е под претекста за социална справедливост да лишим пострадалия от един солидарен длъжник, какъвто в процесния случай би бил работникът, на когото са поверени вещите.

[4] Така Тасев, С. Цит. съч., с. 144.

2. Голева, П. "Деликтно право- трето преработено и допълнено издание", изд. "Нова звезда", 2015 г.

3. Големинов, Ч. "Гражданскоправни източници на задължения. Второ преработено и допълнено издание", изд. "Фенея", 2011 г.

4. Калайджиев, Ан. "Облигационно право- обща част. Шесто преработено и допълнено издание", изд. "Сиби", 2013 г.

5. Караминков, А. "Непозволено увреждане, причинено по повод изпълнението на възложена работа (крит. бележки на практиката на ВС на НРБ), сп. "Социалистическо право", 1973 г., кн. 11.

6. Кожухаров, Ал. "Облигационно право. Отделни видове облигационни отношения. Нова редакция П. Попов", изд. "Юриспрес", София, 2002 г.

7. Конов, Т. "Основание на гражданската отговорност" в сборник "Подбрани съчинения", изд. "Сиела", 2010 г.

8. Конов, Т. "Понятието противоправност в областта на непозволеното увреждане според българското гражданско право", Годишник на СУ "Климент Охридски", 1986 г., кн. 1.

9. Розанис, С. "Носи ли отговорност издателят за вредите, нанесени от журналист чрез публикуван материал", сп. "Български законник", 1995/7.

10. Розанис, С. "Съдебни решения. Книга първа", изд. "Фенея", София, 1993 г.

11. Станева, А. Станева, А. "Отговорност за вреди, причинени от деца и неспособни",, УИ "Климент Охридски", София, 1991 г.

12. Тасев, С. "Деликтната отговорност", изд. "Сиела", 2009 г.

13. Тасев, С., П. Пенев. "Възлагането на работа като елемент от фактическия състав на отговорността по чл. 49 от ЗЗД", ПМ, 1978 г., кн. 4.

НЯКОИ ВЪПРОСИ ОТНОСНО ПРАВОТО НА ОБЕЗЩЕТЕНИЕ ЗА ВРЕДИ ПРИ НЕДЕЙСТВИТЕЛНОСТ НА СДЕЛКИТЕ

Ивайло Кънев, докторант,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
kanev_law@abv.bg

Резюме

Настоящият доклад разглежда някои въпроси относно възможността да се претендира обезщетение за вреди при недействителност на сделките. Обсъдени са въпросът за правното основание на отговорността за вреди при недействителност на сделките, както и правната уредба предвидена в разпоредбата на чл. 28, ал. 3 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Застъпена е тезата за деликтния характер на отговорността за вреди. С настоящото изложение се прави опит да се очертаят елементите от фактическия състав на отговорността за вреди при недействителност на сделките. Разгледан е и въпросът кои вреди подлежат на обезщетяване при този вид отговорност.Обсъдени са и някои процесуални въпроси във връзка със съдебното упражняване на правото на обезщетение за вреди.

Ключови думи: право на обезщетение, отговорност за вреди, недействителност, правни сделки.

Summary

The present paper goes into some questions about the opportunity of claiming compensatory damages of invalidity of transactions. The paper discuss the question about the plea of liability for damages from invalidity of transactions and also the provided legislation in the regulation of article 28 paragraph 3 of Law of obligations and contracts. The present paper defends the thesis of the delict character of liability for damages. It has been made an effort with the present expose to outline the elements of the actual composition of the liability for damages from invalidity of transactions. It is also considered the question which damages are subject to compensation in this kind amenability. Some procedure questions in reference to judicial exercise of the compensatory damages have been also discussed.

Key words: entitlement to compensation, liability for damages, invalidity, legal transactions

Увод

Въпросът за възможността да се претендира обезщетение за вредите при недействителност на сделките[1], се разглежда в правната литература като една от правните

[1] В настоящото изложение под недействителни сделки ще се имат предвид нищожните и унищожаемите сделки, т.е. недействителността на сделките в нейния по-тесен смисъл, но не и относително недействителните сделки и висящо недействителните сделки. Относно

последици, които възникват от недействителността. Поставеният проблем традиционно се поражда в отношенията между страните по недействителната сделка. Причина за недействителността на сделката може да бъде както поведението на страните по нея, така и действията на трето лице. Въпросът е особено актуален, когато една от страните предявява недействителността на сделката, като същевременно е претърпяла и вреди във връзка с невалидността. От друга страна, възможно е нищожната сделка като елемент от състава на непозволено увреждане да причини вреди и на трети лица[1]. Въпросът за правото на обезщетение за вредите при недействителност на сделките не е бил изследван обстойно в българската гражданскоправна литература. В настоящото изложение проблемът за правото на обезщетение за вреди като имуществена последица от недействителността на сделките е разгледан в светлината на изразените становища в правната доктрина и на достиженията на съдебната практика.

1. Характер на отговорността за вреди при недействителност на сделките

В правната литература се поддържа становището, че отговорността за вредите при недействителност на сделките е деликтна. Приема се, че тази отговорност има своето основание в признаване на сделката за недействителна. Тезата за деликтния характер на отговорността за вреди при недействителност на сделките се поддържа в доктрината от проф. Витали Таджер[2], от акад. Любен Василев[3] и от проф. Георги Стефанов[4]. Трябва да се има предвид, че виждането на посочените автори не е единственото по въпроса за характера на отговорността. В литературата е изразено и разбирането, че ако поведението на едната страна е свързано с основанието за недействителност, ще е налице недобросъвестност при сключване на договора, респ. ще става въпрос за преддоговорна отговорност по смисъла на чл. 12 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)[5]. Доколкото делението на отговорността за

делението на недействителните сделки на различни видове вж. вместо всички Димитров, М. Основанията за нищожност по чл. 26, ал. 1 ЗЗД. С.: Сиби, 2013, с. 29-30.

[1] По-подробно по въпроса за нищожната сделка като елемент от граждански фактически състав – непозволено увреждане вж. Димитров, М. Цит. съч., с. 270-271.

[2] Вж. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Дял II. С.: Наука и изкуство, 1973, с. 296. За спора относно характера на отговорността за вредите при недействителност на сделките по руското право вж. същия автор цит. съч., с. 295-296.

[3] Вж. Василев, Л. Гражданско право. Обща част. Варна: ТедИна, 1993, с. 334.

[4] Вж. Стефанов, Г. Гражданско право. Обща част. Софи-Р, 1995, с. 169, според когото обезщетяването на вреди е на самостоятелно основание – чл. 45 от ЗЗД, а не на основание недействителността.

[5] Така Тасев, С., М. Марков. Гражданско право – обща част. Помагало (Modus studendi). С.: Сиби, 2010, с. 242. Според авторите отговорността ще бъде деликтна по чл. 45 от ЗЗД, ако причина за недействителността е поведението на трето лице. Относно конкретни хипотези на недобросъвестни действия на трети лица, които водят до недействителност на договора вж. Су-

вреди по българското гражданско право е на договорна и на деликтна (извъндоговорна), то намирам за деликтна и отговорността за вреди при недействителност на сделките, като се направи уточнението, че нормата на чл. 12 от ЗЗД урежда специален деликтен (извъндоговорен) състав на отговорност за вреди[1]. Струва ми се, че аргумент относно деликтния характер на отговорността за вреди при недействителност на сделките може да се почерпи най-вече от обстоятелството, че при нищожност на сделката, респ. при нейното унищожаване, ще бъде налице липса на валидно договорно правоотношение между страните, което да ги обвързва. Поради казаното и като се имат предвид изложените доктринерни схващания, логично е да отпадне възможността отговорността за вреди при недействителност на сделките да се характеризира като договорна отговорност за вреди.

2. Правно основание на отговорността за вреди при недействителност на сделките

В доктрината се приема, че понеже недействителните сделки представляват граждански правонарушения, ако в резултат на сключването и изпълнението на недействителна сделка са настъпили вреди, то ще се породи право за увредената страна да потърси обезщетение за причинените ѝ вреди[2]. Следва да се посочи, че относно правото на обезщетение за вреди при недействителност на сделките, изрична нормативна регламентация е единствено правилото на чл. 28, ал. 3 от ЗЗД. Съгласно посочената разпоредба страната, която иска унищожението, е длъжна да обезщети другата страна за вредите, които ѝ са причинени от сключването на унищожения договор, освен ако докаже, че няма вина за изпадането си в грешка или че другата страна е знаела за грешката. Тази нормативна уредба може да служи като опора да се поддържа разбирането, че *per argumentum a contrario* от чл. 28, ал. 3 от ЗЗД не би могло да се претендира обезщетение за вредите при недействителност на сделките, освен когато сключената сделка страда от порока грешка като основание за нейната унищожаемост. Това схващане обаче едва ли може да бъде прието, тъй като същото не е житейски справедливо и оправдано. Освен това то ще бъде в явно противоречие с общия принцип, който забранява да се вреди другиму (чл. 45 от ЗЗД) и с принципа за добросъвестно водене на преговорите и сключване на договорите (чл. 12 от ЗЗД). Независимо от нормативната уредба на чл. 28, ал. 3 от ЗЗД в правната литература се приема единодушно, че посочената разпоредба се явява специално правило[3] при отговорността за вреди при недействителност на сделките,

---

карева, Зл. Облигационно право. Извъндоговорни облигационни отношения. С.: УИ "Стопанство", 1998, с. 40-41.

[1] Така Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. С.: Сиби, 2007, с. 112.

[2] Вж. Таджер, В. Цит. съч., с. 295, също Павлова, М. Гражданско право. Обща част. С.: Софи-Р, 2002, с. 569.

[3] Следва да се посочи, че в доктрината е изразено схващане, че правилото на чл. 28, ал. 3 от ЗЗД уреждало специална извъндоговорна отговорност на лицето, което било в грешка – вж. Рачев, Ф. Гражданско право. С.: УИ "Стопанство", 2003, с. 427. Преобладаващото мнение в правната литература е, че отговорността за обезщетение за вреди по чл. 28, ал. 3 от ЗЗД има също деликтен характер. Относно особеностите на отговорността за вреди при

а не представлява изключение[1]. Посоченото доктринерно виждане следва да бъде подкрепено, тъй като правилото за генералния деликт, уредено в нормата на чл. 45 от ЗЗД, не може да бъде изключено при недействителност на сделките. Това правило урежда и възможността да се претендират вредите, които са претърпени от увреденото лице по недействителната сделка. По мое мнение, правното основание на отговорността за вреди при недействителност на сделките е уредбата на чл. 45 и сл. от ЗЗД или чл. 12 от ЗЗД – в зависимост от конкретния случай[2]. Към разбирането за гражданския деликтен характер на правото на обезщетение за вреди при унищожаемите правни сделки се придържа и съдебната практика[3].

Поради изложеното, трябва да се направи заключението, че разпоредбата на чл. 28, ал. 3 от ЗЗД урежда само някои специфики относно правото на обезщетение за вреди при унищожаемост на правните сделки сключени поради грешка. Така например специфично при обезщетението за претърпени вреди по чл. 28, ал. 3 от ЗЗД е, че то обхваща само вредите от сключването на договора – негативните вреди (в смисъл на претърпените загуби), а не пълно обезщетяване на вредите[4]. Посочената правна уредба обаче не е в състояние да изключи възможността да се търсят вредите, които са били претърпени във връзка с недействителността на сделките.

3. Фактически състав на отговорността за вреди при недействителност на сделките

Нормата на чл. 45, ал. 1 от ЗЗД изрично регламентира правило за поведение, което забранява да се вреди другиму. Същевременно тя урежда и задължението да бъдат поправени настъпилите вреди, които са били причинени от делинквента виновно. В правната литература се приема, че фактическият състав, който поражда

унищожаемите сделки сключени поради грешка вж. вместо всички Малчев, М. Унищожаемост на гражданскоправните сделки. С.: Сиела, 2013, с. 272-274.

[1] Така Таджер, В. Цит. съч., с. 295, Павлова, М. Цит. съч., с. 569, Рачев, Ф. Цит. съч., с. 427, Малчев, М. Цит. съч., с. 264. В подобен смисъл вж. и Василев, Л. Цит. съч., с. 334, според когото при някои основания за недействителност на сделката възниква право на обезщетение за потърпевшата страна. Авторът посочва като такива пороци на сделките насилието, измамата, заплашването, крайната нужда и пояснява, че правото на обезщетение в тези случаи възниквало от гражданския деликтен характер на въздействието върху чуждата воля. Струва ми се, че подобно ограничително изброяване на основанията за недействителност на сделките, които водят до пораждане на правото на увредената страна на обезщетение за вреди, няма законова опора в българското гражданско право. Поради това намирам, че изброяването, направено от автора, е само примерно.

[2] Според Малчев, М. Цит. съч., с. 265, при унищожаемост на сделките отговорността за обезщетение за вреди няма договорен характер.

[3] С Решение № 450 от 08.05.1997 г. по гр. д. № 308/1996 г., II г. о. на ВКС, се приема че при някои от основанията за унищожаване на правната сделка в полза на потърпевшата страна възникват права на обезщетение и те могат да се упражнят чрез искове поради непозволено увреждане. Те произтичат от гражданския деликтен характер на въздействието върху чуждата воля.

[4] Така Таджер, В. Цит. съч., с. 296.

отговорността за вреди при непозволено увреждане, съдържа няколко елемента[1]. За да се говори за този вид отговорност за вреди, необходимо е да са едновременно налице деяние, което да е извършено от делинквента виновно и противоправно, както и да са налице претърпени вреди, които от своя страна да са в причинна връзка с извършеното деяние.

По-нагоре в изложението бе вече аргументирано виждането, че отговорността за вреди при недействителност на сделките има деликтен характер. Следователно за този вид отговорност ще намерят съответно приложение и общите предпоставки на деликтната отговорност, като следва да се съобразят обаче и спецификите, които от своя страна предполага отговорността за вреди при недействителност на сделките.

По мое мнение, за да се породи отговорността за вреди при недействителност на сделките, трябва да бъдат кумулативно дадени следните пет елемента от нейния фактически състав. На първо място, следва да бъде налице противоправно[2] поведение от страна на делинквента. Необходимо е, на следващо място, сделката, която страда от порок, да бъде призната за нищожна, респ. да бъде унищожена по съдебен ред, с влязло в сила съдебно решение[3]. На трето място, нужно е страната да е пре-

---

[1] Относно предпоставките на отговорността за вреди при непозволено увреждане вж. Сукарева, Зл. Цит. съч., с. 12-18.

[2] По въпроса за противоправността като елемент от фактическия състав на отговорността за непозволено увреждане в правната литература няма единно изразено разбиране. Относно различните схващания по въпроса за противоправността – вж. Йосифова, Т. Мнимо представителство. С.: Сиби, 2008, с. 148.

[3] Нищожните сделки по принцип изначално не пораждат присъщите си правни последици, търсени от страните. В правната литература е изразено разбирането, че за да се породи правото на възстановяване на даденото по нищожна сделка по силата на чл. 34 от ЗЗД, необходимо било сделката да бъде призната за нищожна, т.е. да е налице влязло в сила съдебно решение по въпроса за нищожността – така Таджер, В. Цит. съч., с. 290. Впрочем това следва и от прочита на разпоредбата на чл. 34 от ЗЗД, според която когато договорът бъде признат за нищожен или бъде унищожен, всяка от страните трябва да върне на другата страна всичко, което е получила от нея. В доктрината е обосновано и друго тълкуване на посочената норма, което изцяло съм склонен да подкрепя. Според Димитров, М. Цит. съч., с. 250, съдебното решение за признаване на договора за нищожен се явява евентуална предпоставка за пораждане на претенцията за връщане на даденото по реда на чл. 34 от ЗЗД, т.е. това решение ще бъде необходимо само при наличието на правен спор между контрахентите по повод нищожността на сделката. В този смисъл вж. и Павлова, М. Цит. съч., с. 575. Струва ми се, че изразеното разбиране следва да намери аналогично приложение и относно пораждане на правото на обезщетение за вреди при нищожност на сделките. Въпросът за нищожността на сделката ще се яви предпоставка за пораждането на претенцията за обезщетение за претърпени вреди, само доколкото същият се явява спорен между страните. При липса на правен спор между страните правото на обезщетение за вреди при нищожност на сделките би следвало да възникне, респ. да може успешно да се упражни, и без да има съдебно установяване на въпроса за нищожността на сделката. По въпроса за правото на обезщетение за вреди при унищожаема сделка няма никакво съмнение, че правните последици на същата следва да бъдат заличени с обратна сила, т.е. по съдебен ред сделката следва да бъде всякога унищожена, за да възникне това право в полза на увредената страна. Във връзка с изложената теза следва да се посочи и Решение № 303 от

търпяла вреди във връзка с недействителната сделка. Отговорността за вреди при недействителност на сделките е виновна, следователно нужно е да бъде налице вина у делинквента. На последно място, необходимо е в конкретния случай наличието на причинна връзка между противоправното поведение на делинквента, довело до сключване на недействителната сделка, и настъпилите от това противоправно поведение вреди.

4. Граница на отговорността за вреди при недействителност на сделките

По така поставения въпрос в правната литература няма изразено единно схващане. Разбира се, трябва да се направи уточнението, че от първостепенно значение за дефиниране обхвата на вредите, които ще подлежат на обезщетяване, е да се определи характерът на самата отговорност за вреди, респ. нейното правно основание.

Според проф. Мария Павлова няма основание отговорността да се ограничава само до негативния договорен интерес – вреди, причинени при сключване на сделката, като обезщетението следва да обхване всички вреди, които се явяват пряка последица от виновното поведение[1]. В подобен смисъл е и разбирането на проф. Витали Таджер, според когото размерът на правото на обезщетение при този вид отговорност следва да се определи съобразно общите принципи на отговорността за непозволено увреждане[2]. Според проф. Филип Рачев няма законно ограничение на размера на обезщетението за вреди при недействителност на сделките, поради което следва да може да се търси обезщетение, както за негативните, така и за положителните вреди от сключването на недействителната сделка[3]. В правната литература[4]

01.10.2015 г. на ВКС по гр. д. № 2081/2015 г., IV г.о., ГК, според което при нищожност има специално правило – чл. 34 ЗЗД – според което връщане на полученото се дължи, когато договорът бъде признат за нищожен. Всъщност правото на възстановяване възниква още с осъществяване на фактическия състав – изпълнение на задължение по нищожна сделка. Запазването на текста на чл. 34 ЗЗД има оправдание при промяната на режима през 1993 г., за да се подчертае отмяната на съществувалата по-рано възможност за отнемане в полза на държавата на даденото между страните в някои случаи на недействителност. Правото на възстановяване по нищожните сделки възниква от получаване на изпълнението и не се влияе от момента на съдебното прогласяване на нищожността. Съдебното решение има установително действие, но не е елемент от фактическия състав на чл. 34 ЗЗД. В този смисъл е и Решение № 667 от 14.10.2009 г. на ВКС по гр. д. № 402/2008 г., III г. о. В подобен смисъл са и мотивите на Решение № 335 от 03.11.2014 г. на ВКС по гр. д. № 1689/2014 г., IV г.о., с което се дава отговор на въпроса преждевременно ли е предявен искът по чл. 55, ал. 1, предл. първо от ЗЗД преди с влязло в сила решение да е прогласена нищожността на договора.

[1] Вж. Павлова, М. Цит. съч., с. 569.

[2] Вж. Таджер, В. Цит. съч., с. 296.

[3] Вж. Рачев, Ф. Цит. съч., с. 427.

[4] Вж. Калайджиев, А. Цит. съч., с. 109-110. Авторът обосновано критикува тезата, че обезщетението по чл. 12 от ЗЗД следвало да обхване само претърпените загуби, като посочва, че още римското право е допускало обезщетяване на всички вреди от недействителния до-

е изразено и разбирането, че размерът на обезщетението за вреди следва да обхваща вредите от нарушен негативен интерес[1].

В съдебната практика относно обхвата на обезщетението за вреди при преддоговорна отговорност по чл. 12 от ЗЗД се приема, че когато преддоговорната вина е допусната при водене на преговорите и не се е стигнало до сключване на договор следва отговорността да бъде за негативните вреди (за претърпените загуби), но не и за пропуснатите ползи[2].

По мое мнение, няма законово основание, за да се приеме, че обезщетението за вреди при недействителност на сделките обхваща само претърпените загуби. Предвид деликтния характер на тази отговорност за вреди, приложение следва да намери общото правило на чл. 51, ал. 1, изр. първо от ЗЗД, уреждащо обхвата на вредите, които ще подлежат на обезщетяване. Поради това и намирам, че обезщетението за вредите при недействителност на сделките трябва да обхване всички вреди[3] – имуществени (претърпени загуби и пропуснати ползи) и неимуществени, причинени на увредената страна, които вреди се явяват пряка и непосредствена последица от увреждането.

говор, а също и че в сравнителноправен аспект преддоворната отговорност включвала и обезщетяването на пропуснатите ползи.

[1] Относно термините "негативен интерес" и "позитивен интерес" вж. статията на Конов, Т., А. Калайджиев. Отговорност при нарушен негативен интерес. – Държава и право, 1989, № 11, с. 24-25. Авторите приемат, че при сключен нищожен или при унищожен договор облигационно правоотношение между страните не възниква или се прекратява с обратна сила и интересът на кредитора от изпълнението (позитивния му интерес) остава незадоволен. Същите автори застъпват и тезата, че "негативният интерес е нарушен, когато договорът, на който кредиторът се е доверил като първа възможност, е негоден за задоволяване на позитивния му интерес" и че "негативният интерес, интересът на доверието, е нарушен винаги, когато не може да става въпрос за изпълнение, защото не съществува задължение". Като хипотези на отговорност за нарушаване на негативен кредиторов интерес авторите посочват преддоговорната отговорност, уредена в нормите на чл. 12 от ЗЗД и чл. 28, ал. 3 от ЗЗД, като допълват, че до нарушаване на негативния интерес, респ. до обезщетяването му, се стига и при нищожност, и при унищожаемост на договора.

[2] Според Решение № 51 от 22.03.1994 г. по гр. д. № 585/1993 г., IV г.о. на ВС, по иска за обезщетение на вреди от несключване на договор ответникът отговаря само за претърпяната от ищеца загуба, но не и за пропуснатите ползи от несключването на договора. Относно границите на отговорността по иска за обезщетение за вреди по чл. 12 от ЗЗД вж. и Решение № 307 от 20.02.1998 г. на ВКС по гр. д. № 792/1997 г., V г.о. В него се приема, че чл. 12 ЗЗД ограничава дължимото обезщетение в границите на негативния интерес само по иска за обезщетение на вреди от несключване на договор. В останалите случаи увреденият има право да претендира позитивния си интерес, положителните си вреди – тия, които той претърпява не от несключването на договора, а от неточно изпълнение на сключения договор – вреди, които се заключават в разликата в имущественото състояние на увредения преди и след евентуално точно изпълнение.

[3] Това разбиране се поддържа и от Конов, Т., А. Калайджиев. Цит. съч., с. 30, според които отговорността за нарушен негативен интерес обхваща обезщетяването на всички преки и непосредствени вреди.

5. Някои процесуални въпроси във връзка с правото на обезщетение за вреди при недействителност на сделките

Правото на обезщетение за вреди при недействителност на сделките представлява облигационно притезателно право, което следва да бъде защитено от неговия титуляр чрез предявяване на осъдителен иск пред съда. Следва отново да бъде направено разграничение между хипотезите, в които се претендира обезщетение за вреди по нищожни сделки и тези, в които се търси обезщетение за вреди по унищожени сделки.

Възможно е искането за обезщетение за вреди при недействителност на сделките да се заяви едновременно с иска за предявяване на недействителността на сделката[1] при условията на обективно кумулативно съединяване. Това страната може да направи най-вече с цел процесуална икономия при унищожаемите сделки.

Това съединяване обаче не е всякога необходимо при нищожните сделки[2]. Обичайно имущественоправните последици от нищожния договор се релевират едновременно с релевирането на самата нищожност, макар да не съществува пречка от отделното им предявяване, като успешното провеждане на претенцията за нищожност на договор е условие за проявяването им, но не и за тяхното предявяване[3]. Следователно не е нужно във всички случаи увредената страна да претендира по съдебен ред чрез предявяване на отделен установителен иск прогласяване нищожността на сделката. По мое мнение, достатъчно е пред съда увредената страна да изложи твърдения за нищожност на сделката, като същевременно с това е заявила претенция за обезщетение за претърпените от нея вреди във връзка с нищожността. При предявен осъдителен иск за обезщетение за вредите и при направено от страната позоваване на нищожността на сделката, съдът ще следва да обсъди въпроса за действителността на сделката[4]. Обаче няма съмнение в случая, че когато липсва

---

[1] Такива ще бъдат съответно иск за прогласяване нищожността на сделката – установителен иск по реда на чл. 124, ал. 1 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК), респ. иск за унищожаване на сделката – конститутивен иск по смисъла на чл. 124, ал. 3 от ГПК.

[2] Според Джеров, Ал. Гражданско право. Обща част. С.: ИК "Труд и право", 2012, с. 517, решението на съда, с което се установява нищожността само я прокламира – то не я създава, а само я констатира, поради което не може да се говори за обратна сила или за действие за в бъдеще. Според автора искането за прокламиране на нищожността на една сделка може да се постави и като преюдициален въпрос в иск, предявен с друг петитум. Такъв иск, по мое мнение, може да бъде осъдителният иск за обезщетение за вреди при нищожна сделка, като в този случай въпросът за нищожността на сделката ще се яви преюдициален относно правото на обезщетение за вреди. Следва да се има предвид и бел. под линия № 16 от изложението.

[3] В този смисъл вж. Решение № 335 от 03.11.2014 г. на ВКС по гр. д. № 1689/2014 г., IV г.о.

[4] Така в Решение № 1776 от 19.07.2017 г. на САС по в. гр. д. № 2018/2017 г. се приема, че право на ищеца е да избере дали да предяви иск за установяване на нищожност на договорни клаузи, като получи сила на пресъдено нещо по този спор или да се позове на нищожността на основанието за престацията само като мотив в съобразителната част на съдебното решение. В подобна хипотеза съдът дължи разглеждане на довода за нищожност в мотивите си, за да обоснове извода си относно заявения петитум. Принципът на двойна реституция, уреден в разпоредбата на чл. 34 ЗЗД, не е обусловен от начина, по който ще

предявен от страната установителен иск за прогласяване нищожността на сделката, то въпросът за нищожността ще остане извън обективните предели на силата на пресъдено нещо на съдебното решение[1].

Различно стои въпросът за правото на обезщетение за вреди при унищожаемите сделки. Като необходим елемент от фактическия състав на отговорността за вреди произтичащи от недействителната сделка, въпросът за унищожаемостта на сделката ще се яви решаващ относно правото на увредената страна[2]. При това положение не е невъзможно на практика да съществуват паралелно и две висящи съдебни производства – по иск за унищожаване на сделката и по иск за обезщетение за вредите във връзка с унищожаването на сделката. Тогава съдът ще следва да спре производството по делото по осъдителния иск за претърпени вреди от унищожаемостта поради правилото на чл. 229, ал. 1, т. 4 от ГПК – решението по иска за унищожаемост на сделката ще има значение за правилното решаване на спора. Следователно основателността на осъдителния иск за обезщетение за вреди ще бъде всякога обусловена от уважаването на конститутивния иск за унищожаемост на сделката, т.е. от унищожаването ѝ с влязло в сила съдебно решение. При унищожаемите сделките е необходимо съдебното унищожение на сделката, което от своя страна ще установи наличието на неправомерно или неморално въздействие върху чужда воля – представляващо неправомерен юридически факт[3]. Разбира се, за да се реализира този вид отговорност за вреди, трябва да бъдат кумулативно налице и останалите елементи от фактическия състав, пораждащ правото на обезщетение на страната. Отхвърлянето на конститутивния иск за унищожаемост на сделката от съда ще доведе като

бъде призната нищожността на конкретен договор – дали в мотивите на решение по осъдителен иск за връщане на даденото по нищожен договор, или с решение по установителен иск за прогласяване на нищожността.

[1] Така Димитров, М. Цит. съч., с. 278.

[2] Вж. Малчев, М. Цит. съч., с. 266, според когото "до унищожението на сделката увреденото лице не може да претендира вреди във връзка с опороченото му волеизявление, защото съществува облигационно отношение между страните, което възниква с нейното сключване. Според същия автор "съгласно правната уредба на унищожаемостта по българското право липсва възможност да се търси обезщетение за вреди, докато опорочената сделка поражда действие." Авторът е на мнение, че най-рано с иска за унищожение на сделката увредената страна може да предяви и осъдителен иск за обезщетение за причинените ѝ вреди. Според Стефанов, Г. Цит. съч., с. 169, правото на обезщетение не би следвало да отпадне и при потвърждаване на унищожаема сделка. Като аргумент в подкрепа на своята теза авторът посочва нормата на чл. 31, ал. 3 от Швейцарския кодекс на облигациите, която изрично допуска тази възможност. Следва да се отбележи, че подобна правна уредба не съществува de lege lata по българското гражданско право. Доколкото правото на потвърждаване на унищожаемата сделка е субективно потестативно право на страната, чието волеизявление е било опорочено, то с упражняването му за нея следва да отпадне възможността да търси обезщетение за вредите. Струва ми се, че в тези случаи на практика ще липсва елемент от фактическия състав, който да породи отговорността за вреди – сделката да е била унищожена по съдебен ред.

[3] Така Малчев, М. Цит. съч., с. 266.

логична последица неоснователност на претенцията за претърпени вреди от унищожаемостта, тъй като сделката ще бъде валидна и ще обвързва страните по нея.

Претърпялата вреди страна би могла да претендира обезщетение за вредите при недействителност на сделката наред (независимо) с (от) последиците при недействителност, които се пораждат по силата на правилото за реституция на даденото между страните по чл. 34 от ЗЗД. Това е така, понеже правото на обезщетение за вреди при недействителност на сделките и правото на реституция са две самостоятелни субективни права. Те се пораждат по силата на две отделни правни норми и при проявлението на два различни фактически състава. Посочените субективни права целят да задоволят различни стопански интереси на правните субекти – страни по недействителните сделки[1]. Следователно искът за обезщетение за вредите от недействителна сделка може да бъде предявен от увредената страна по нейна свободна преценка в самостоятелно производство. Иск за обезщетение за вредите от недействителна сделка може да бъде предявен и като обективно кумулативно съединен с иск по чл. 34 от ЗЗД за реституция на даденото по недействителната сделка. Принципът в този случай е, че след като става въпрос за кумулация на права на титуляра, то той разполага с възможността да ги упражни по съдебен ред и чрез обективно кумулативно съединяване на искове[2].

От практическо значение се явява и въпросът относно доказателствената тежест по иска за обезщетение за вреди при недействителност на сделките. Кумулативното наличие на посочените по-горе елементи от фактическия състав на отговорността за вреди следва да бъде установено от ищеца в процеса при това във всеки конкретен случай. Според правилото за разпределение на *onus probandi* в гражданския процес, уредено в разпоредбата на чл. 154, ал. 1 от ГПК, в тежест на ищеца ще бъде да докаже наличието на всички предпоставки от фактическия състав, пораждащ отговорността на причинилия вредите. Изключение ще направи само наличието на вина у делинквента. Съгласно разпоредбата на чл. 45, ал. 2 от ЗЗД във всички случаи на непозволено увреждане вината се предполага до доказване на противното. Тъй като вината при непозволеното увреждане се предполага до доказване на противното, то и ответникът в процеса, който ще цели да обори тази презумпция, ще носи доказателствената тежест за това.

Заключение

De lege lata липсва изрична правна уредба в българското законодателство на въпросите относно правото на увредената страна по недействителната сделка да претендира обезщетение за вредите във връзка с недействителността. Наличието на

---

[1] По въпроса за кумулацията на права вж. Таков, Кр. Как се решава частноправен казус. С.: Сиби, 2008, с. 99, според когото "кумулативно могат да се упражняват само правата, които се допълват стопански (а не се припокриват), имат обезпечителна функция или пък чието упражнение е условие за пораждането на други права." Следва да се направи уточнението, че въпросът за кумулативност на правата се поставя, когато един титуляр има множество права, като това е случаят, при който правата могат да се претендират паралелно – вж. същия автор, с. 98.

[2] В този смисъл вж. Таков, Кр. Цит. съч., с. 103.

законодателна празнина създава немалко практически проблеми. Поради това следва изцяло да се сподели направеното в правната литература предложение *de lege ferenda* да бъде приета уредба, която изрично да регламентира въпросите относно отговорността за вреди при унищожени правни сделки[1]. По мое мнение, необходима е въобще правна уредба, която да регламентира въпросите относно отговорността за вредите при недействителните сделки. При създаването ѝ биха могли да се използват и разрешенията, дадени в Принципите на европейското договорно право и Принципите на ЮНИДРОА.

Използвана литература

1. Василев, Л. Гражданско право. Обща част. Варна: ТедИна, 1993.
2. Джеров, Ал. Гражданско право. Обща част. С.: ИК "Труд и право", 2012.
3. Димитров, М. Основанията за нищожност по чл. 26, ал. 1 ЗЗД. С.: Сиби, 2013.
4. Йосифова, Т. Мнимо представителство. С.: Сиби, 2008.
5. Калайджиев, А. Облигационно право. Обща част. С.: Сиби, 2007.
6. Конов, Т., А. Калайджиев. Отговорност при нарушен негативен интерес. – Държава и право, 1989, № 11.
7. Малчев, М. Унищожаемост на гражданскоправните сделки. С.: Сиела, 2013.
8. Павлова, М. Гражданско право. Обща част. С.: Софи-Р, 2002.
9. Рачев, Ф. Гражданско право. С.: УИ "Стопанство", 2003.
10. Стефанов, Г. Гражданско право. Обща част. Софи-Р, 1995.
11. Сукарева, Зл. Облигационно право. Извъндоговорни облигационни отношения. С.: УИ "Стопанство", 1998.
12. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Дял II. С.: Наука и изкуство, 1973.
13. Таков, Кр. Как се решава частноправен казус. С.: Сиби, 2008.
14. Тасев, С., М. Марков. Гражданско право – обща част. Помагало (Modus studendi). С.: Сиби, 2010

[1] Вж. Малчев, М. Цит. съч., с. 265.

СЪДЪРЖАНИЕ НА ДОГОВОРА ОТ РАЗСТОЯНИЕ СПОРЕД ЗАКОНА ЗА ЗАЩИТА НА ПОТРЕБИТЕЛИТЕ

Йоана Кънева, докторант,
катедра "Частноправни науки",
Русенски университет "Ангел Кънчев"
ykaneva@uni-ruse.bg

Резюме

Съвременните обществени отношения, напредъкът в развитието на технологиите и логистичните възможности, които осигуряват бързина на доставките и услугите, налагат нуждата от законодателна уредба, която в най-голяма степен да защити права на потребителите при сключването на договорите от разстояние. Основните правила относно договора от разстояние са уредени в Закона за защита на потребителите. Той се определя като договор, който се сключва като част от организирана система за продажби от разстояние или предоставяне на услуги от разстояние, чрез изключителното използване на едно или повече средства за комуникация от разстояние до сключването на договора, включително в момента на сключване на договора. Страните по него са търговец и потребител, а възникналото правоотношение се характеризира с редица специфични особености. В настоящия доклад ще се разгледат някои въпроси във връзка с правата и задълженията на страните по него.

Ключови думи: продажба, разстояние, потребители, защита

Summary

Civil law relations nowadays, the advancement of technology and the possibilities of logistics that provide faster deliveries make necessary the existence of legislation to protect as broadly as possible the rights of the customers when concluding distance contracts. The main rules of law that regulate these relations can be found in the Customer protection act. The distance contract is defined as a type of a contract concluded as part of an organized distance selling or distance service system, by the exclusive use of one or more means of distance communication up to the conclusion of the contract, including at the time of conclusion of the contract. The contracting parties are the trader and the customer and the legal relation between them is characterized by a number of specific features. The current report discusses some of the questions concerning the legal rights and obligations of the parties involved.

Keywords: sale, distance, customers, protection

През последните години все по-честа практика е сключването на договори от разстояние. Те бързо се разпространяват и налагат в съвременното общество, тъй като предоставят по-голяма бързина и улеснение при сключването и изпълнението им. Това налага необходимостта от законодателна уредба, която в най-голяма степен да защити правата на потребителите. Основните правила относно договорите от разстояние се съдържат в Глава IV, Раздел I от Закона за защита на потребителите (ЗЗП). Уредбата на тези отношения в ЗЗП от 2005г. беше съществено изменена

през 2014 г., като беше транспонирана Директива 2011/83/ЕС на Европейския парламент и на Съвета, относно правата на потребителите, за изменение на Директива 93/13/ЕИО на Съвета и Директива 1999/44/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 85/577/ЕИО на Съвета и Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, накратко наричана Директива за правата на потребителите.

Легално определение за договора от разстояние се съдържа в чл. 45 от ЗЗП. Според тази разпоредба това е всеки договор, сключен между търговец и потребител като част от организирана система за продажби от разстояние или предоставяне на услуги от разстояние без едновременното физическо присъствие на търговеца и потребителя, чрез изключителното използване на едно или повече средства за комуникация от разстояние до сключването на договора, включително в момента на сключване на договора.

Страни по договора от разстояние са потребител и търговец, като потребител може да бъде само физическо лице, докато търговец може да бъде както физическо, така и юридическо лице.

Предмет на договора от разстояние могат да бъдат стоки и услуги, като има и такива, които законът изключва от приложното му поле. Те са свързани със социални, здравни или финансови услуги и продажбата на лекарствени продукти, хазартни дейности, строеж, доставки на храни и напитки, туристически пътувания, придобиване или прехвърляне на недвижимо имущество и др.

Договорът от разстояние има свое съдържание, като това са правата и задълженията, които има всяка една от страните по него. ЗЗП не урежда задължителното съдържание на договора от разстояние, освен информацията за право на отказ и елементите, които индивидуализират договора. Законът посочва и предварителната информация, която трябва да се предостави от търговеца преди сключването на този вид сделка.

За сключването на договора от разстояние се прилагат общите правила на договорното право, като са необходими предложение (оферта) и приемане (акцепт). За да бъде сключена подобна сделка най-често търговецът отправя предложение за продажба на услуга и/или стока от разстояние до потребителя чрез различни средства за комуникация, като: адресирани и неадресирани печатни материали, издавани от търговеца, писма до потребителя, радио, телевизия, видеотекст, електронна поща, интернет, факс, телефон и всички други позволени от закона средства. Възможно е и сключването на такъв вид договор и чрез конклудентни действия, т.е. доставка на поръчаната стока, но след това те трябва да бъдат писмено потвърдени[1]. Но липсата на отговор от потребителя при направено предложение за сключване на договор от разстояние не трябва да се тълкува като приемане на предложението.

Сключването на договора се предхожда от преддоговорни отношения, като търговецът е длъжен да предостави определена информация. Законовото изискване за предоставяне на информация от страна на търговеца преди сключването на договора е нещо повече от изискването за добросъвестност, предвидено в чл. 12 от ЗЗД.

[1] Сукарева, З., "Потребителско право", Нова звезда 2015 г.

То се свързва, от една страна, с обстоятелството че търговецът е професионалист, упражняващ дейността си по занятие, а от друга страна, със специалната защита, която ЗЗП дава на потребителя при сключването на договора от разстояние.

Преди да бъде придобита стоката или услугата, търговецът е длъжен да предостави на потребителя информация, включваща данните на търговеца – фирма и адрес, характеристиките на предмета на договора, цената, количеството, условията за плащане, законовите и търговските гаранции, срока на годност, условията за употреба. Търговецът е длъжен да уведоми потребителя и за правото му да се откаже от договора без да посочва каквито и да е причини, като това може да направи и чрез използване на стандартните указания за упражняването му, въведени в Приложение № 7 от ЗЗП. Търговецът е длъжен да предостави на насрещната страна и стандартен формуляр за упражняване на това право съгласно Приложение № 6 от ЗЗП. На следващо място, потребителят трябва да бъде информиран и за допълнителните разходи или за начина на изчисляване на общата сума на разходите, или за разходите за връщане на стоките. В случай, че търговецът не изпълни изискванията за предоставяне на информация относно тези разходи, правната последица е, че потребителят няма да дължи тези разходи.

Информацията трябва да бъде пълна и да е предоставена по ясен и разбираем начин. Тя може да бъде дадена в писмен вид или по друг подходящ начин, съобразно използваното средство за комуникация и естеството на стоките или услугите.

Така при договор от разстояние, който се сключва по електронен път чрез Интернет сайт и който предвижда задължение за извършване на плащане, търговецът е длъжен да предостави информация за основните характеристики на стоката или услугата, срока на договора или в случай че договорът е безсрочен или в него е предвидена клауза за автоматично подновяване – условията за неговото прекратяване, минималният срок, за който потребителят има задължения по договора, ако това е приложимо, както и за крайната цена. Последната трябва да е с включени всички данъци и такси, а когато поради естеството на стоките или услугите цената не може да бъде изчислена предварително в разумни граници, трябва да бъде посочен начинът на нейното изчисляване. В крайната цена на стоките или услугите се включват всички допълнителни разходи за транспорт, доставка или пощенски такси, а когато тези разходи не могат да бъдат изчислени предварително в разумни граници, се посочва обстоятелството, че такива допълнителни разходи могат да бъдат дължими от потребителя. В случай на безсрочен договор или на договор, съдържащ абонамент, в крайната цена се включват всички разходи за периода на фактуриране. Когато тези договори предвиждат фактуриране по фиксирана тарифа, в крайната цена се включват и всички месечни разходи; когато общата сума на разходите не може да бъде изчислена предварително в разумни граници, се предоставя информация за начина на изчисляване на цената.

Цялата тази информацията трябва да е представена така, че потребителят да може да я види и прочете непосредствено преди да направи поръчка, без да навигира от страницата със съдържанието на потребителската кошница. Наред с това преди закупуването на стоките интернет страницата трябва да изиска от потребителя да потвърди, че разбира, че поръчката е срещу заплащане. По този начин търговецът

обезпечава, че когато потребителят прави своята поръчка, изрично потвърждава, че знае, че поръчката е свързана със задължение за плащане от негова страна. Потребителят ще бъде обвързан от договора или от поръчката, само ако е потвърдил, че знае за задължението за плащане от негова страна и това изрично потвърждаване ще се счита като условие за валидността на договора от разстояние, сключен по електронен път чрез използване на Интернет сайт. Презюмира се, че това изискване е спазено, ако на бутона за поръчване или на друга подобна функция, чрез която се прави поръчката, са четливо изписани думите "поръчка със задължение за плащане" или еквивалентен израз, от който става ясно, че извършването на поръчката води до задължение за плащане от страна на потребителя. Ако търговецът не спази задължението за предоставяне на информация, потребителят не се счита за обвързан от договора или поръчката. В Интернет страниците за електронна търговия трябва да е посочено, има ли ограничения за доставката на стоките и какви платежни средства се приемат. Това трябва да е указано най-късно преди започване на поръчката.

Правещият търговско предложение по телефона следва да уведоми потребителя в началото на всеки разговор за своята самоличност, както и да разкрие търговската цел на обаждането при отправяне на офертата, като предоставя и описаната по-горе информация. Освен това е необходимо и да потвърди направеното предложение до потребителя на траен носител. Това е всеки носител, даващ възможност на потребителя или на търговеца да съхранява информация, изпратена лично до него, който позволява лесното ѝ използване в бъдеще за период от време, съответстващ на целите, за които е предназначена информацията, и който позволява непромененото възпроизвеждане на съхранената информация. Такива са например хартия, устройства за съхранение на данни с USB интерфейс, CD-ROM дискове, DVD дискове, карти с памет, твърди дискове на компютрите, електронна поща и други. За траен носител се смятат и интернет сайтовете, които отговарят на следните условия: сайтът позволява на потребителя да запази получената информация, информацията може да бъде запазена в продължение на достатъчно дълъг период от време и търговецът, предоставил информацията, не може да я променя (§ 13, т. 32 от ДР на ЗЗП). Целта на тези нормативни изисквания е да се предотвратят злоупотреби от страна на търговците при сключването на договори от разстояние по телефона.

Когато се използва телефон или средство за комуникация от разстояние, което е с ограничено пространство или време за представяне на информация, например чрез кратко текстово съобщение (sms), телевизионни и други продажби, за търговеца остава задължението да представи информацията в цялост преди сключване на договора.

Особен е правният режим, когато предмет на сделката е предоставянето на услуги или доставката на вода, газ или електрическа енергия, когато те не се предлагат за продажба опаковани в ограничен обем или в определено количество, както и за централно отопление, чието доставяне започва преди да е изтекъл срока за упражняване на правото на отказ по чл. 50 от ЗЗП. В тези случаи търговецът е длъжен да изиска от потребителя да направи изрично искане, че желае да му бъдат предоставени такива услуги.

Във всички случаи тежестта за доказване за спазване на изискванията за предоставяне на информация се носи от търговеца. Той трябва да докаже, че е уведомил потребителя по подходящ начин в зависимост от използваното средство за комуникация на ясен и разбираем език. Ако той не съумее да го направи, потребителят няма да се смята за обвързан от договора или поръчката.

След като търговецът предостави необходимата информация на потребителя, последният може да направи избор дали да приеме предложението или да го отхвърли, като по този начин осуети сключването на договора. Приемането трябва да бъде изрично. В отклонение от общите правила на договорното право за сключване на договора, е недопустимо мълчанието на потребителя да се приема като съгласие за сключване на договор от разстояние. Това е формален договор, поради което, за да бъде сключен, е необходимо търговецът да предостави на потребителя копие от подписания договор или да го потвърди на писмен или друг траен носител. Това трябва да стане в разум срок след сключването или най-късно в момента на доставката, или преди да е започнало изпълнението на услугата. При сключването на договор от разстояние по телефона той влиза в сила и потребителят се обвързва от предложението от деня, в който доставчикът е получи съгласието му в писмена форма. Следователно с оглед на по-голямата защита на правата на потребителите, законодателят приема, че за да бъде сключен договор от разстояние не е достатъчно потребителят устно да приеме офертата, а е необходимо и писмено потвърждаване. Текстът на тези договори трябва да бъде писмено записан на траен носител, като това може да стане при формиране на съгласието, т.е. предложението и приемането да бъдат в писмена форма на хартия или друг траен носител, или след като договорът е сключен устно или чрез конклудентно действие – доставка на стоката, това да стане чрез писмено потвърждение[1].

Едно от най-съществените права на потребителите при сключването на договори от разстояние е правото му на отказ от договора. То е изрично уредено в чл. 50-56 от ЗЗП. Тези разпоредби са насочени към осигуряване на равнопоставеност в отношенията между страните по правоотношението, като акцентът е поставен върху защитата на потребителя, който принципно се приема за по-слабата страна и както такава е застрашен от елемента на изненадата и от сключване на съглашения, без да е предварително подготвен и без да е проучил икономическите последици от тях. Ето защо му е признато право в определен от законодателя срок да се откаже от договора, без това да има каквито и да е неблагоприятни последици[2]. Нещо повече, потребителят не може да се отказва от правото си на отказ от договора, като това е израз на принципа за благосклонно отношение към потребителя[3]. Но правата на потребителя не могат да бъдат неограничено защитавани по начин, който да накърнява правата на търговеца. Поради тази причина чл. 57 от ЗЗП ограничава възможността на потребителя да се откаже от договор от разстояние, който се отнасят до определени стоки и услуги, като такива, изработени по поръчка на потребителя или

[1] Сукарева, З., "Потребителско право", Нова звезда 2015 г.

[2] В този смисъл Решение № 1211 от 09.12.2016г. по в.гр.д. № 1738/2016г. на Окръжен съд – Бургас.

[3] Сукарева, З., "Потребителско право", Нова звезда 2015 г.

съобразно негови индивидуални изисквания, бързоразваляеми стоки, стоки, които, след като са били доставени, са смесени с други и не могат да бъдат отделени и т.н.

Потребителят има право да се откаже от договора без да посочва каквито и да е причини, без да дължи обезщетение или неустойка и без да заплаща разходи, с изключение на тези, когато той самият е избрал различен начин за доставяне на стоките от най-евтиния вид стандартна доставка, предлагана от търговеца, и тези, предвидени в чл. 55 от ЗЗП. По този начин се въвежда обективна извъндоговорна отговорност за вреди[1]. Това право следва да бъде упражнено в 14-дневен срок, който започва да тече в различен момент в зависимост от предмета на договора:

- при договора за предоставяне на услуги – от сключването на договора;
- при договора за продажба – от приемане на стоката от потребителя или от трето лице, различно от превозвача и посочено от потребителя;
- в случаите, когато предмет на поръчката са много стоки или стоката се състои от множество партиди или части – от момента на приемане на последната стока, партида или част;
- при договори за редовна доставка на стоки, която се извършва през определен период от време – от приемане на първата доставка;
- при договори за доставка на вода, газ или електрическа енергия, когато те не се предлагат за продажба, опаковани в ограничен обем или определено количество, и при договори за доставяне на централно отопление и на цифрово съдържание, което не се доставя на материален носител – от сключване на договора.

Законът предвижда възможност срокът да бъде удължен в случаите, когато търговецът не е изпълнил задължението си да предостави информация за правото на отказ на потребителя, като последният може да упражни това си законово право в срок една година и четиринадесет месеца. Ако през тази една година от датата по чл. 50 от ЗЗП се даде информацията, срокът за отказ от 14 дни започва да тече от получаване на информацията.

За да упражни законовото си право на отказ от договора от разстояние, потребителят трябва да информира търговеца за своето решение, като е важно да направи това преди да е изтекъл срокът за отказ. Потребителят може да използва стандартния формуляр за отказ съгласно Приложение № 6 от ЗЗП или може недвусмислено да заяви решението да се откаже от договора по друг начин. Търговецът може да предостави на потребителя и възможност да съобщи отказа си по електронен път чрез Интернет страницата си, като тогава е длъжен незабавно да потвърди получаването на отказа на траен носител. В случай на възникване на спор докателствената тежест за спазването на срока за упражняване на правото на отказ се носи от потребителя.

При упражняване на отказа възникват определени последици, засягащи всяка от страните по сделката. Прекратяват се задълженията на страните да изпълнят договора, като потребителят не дължи обезщетение или неустойка. Търговецът е длъжен да възстанови всички получени от потребителя суми, в т.ч. и разходите за доставка, като използва същото платежно средство, използвано от потребителя при началната трансакция. Допуска се отклонение от това правило само със изричното

[1] Сукарева, З., "Потребителско право", Нова звезда 2015 г.

съгласие на потребителя и при условие, че това не е свързано с допълнителни разходи за потребителя. Възстановяването трябва да се извърши без неоправдано забавяне и не по-късно от 14 дни от датата, на която е бил уведомен за решението на потребителя за отказ. Не подлежат на възстановяване допълнителните разходи за доставка, когато потребителят изрично е избрал начин на доставяне, различен от най-евтиния вид стандартна доставка, предлагана от търговеца.

Ако търговецът не е предложил сам да прибере стоките, потребителят е длъжен да върне отказаните стоки, които е получил във връзка с договора, без неоправдано забавяне и не по-късно от 14 дни след деня, в който е информирал насрещната страна за отказа си. Срокът се счита за спазен, ако стоките са обратно изпратени преди изтичането на този 14-дневен срок. Търговецът има право да задържи плащането на сумите, докато не получи обратно стоките в срока или потребителят не предостави доказателство, че ги е изпратил, в зависимост от това, кое от двете се е случило по-рано. Така ЗЗП урежда право на задържане в полза на търговеца, като гаранция, че ще получи обратно това, което е дал по договора.

Преките разходи по връщане на отказаните стоки са за сметка на потребителя, освен ако търговецът не се е съгласил да ги заплати или ако не е уведомил потребителя, че те са за сметка на последния.

Потребителят носи отговорност единствено за намаляване на стойността на отказаните стоки вследствие на тяхното изпробване, различно от необходимото за установяване на тяхното естество, характеристики и добро функциониране. Особено тук е, че ако търговецът не е изпълнил задължението си да уведоми контрагента си за правото на отказ, той няма да носи отговорност дори и стоката да е намалила стойността си. Стоката, спрямо която се упражнява правото на отказ, трябва да бъде върната в оригинална опаковка в нейната цялост, пълна окомплектовка с придружаващата я документация и без увреждания. Аксесоар или друг артикул, който представлява част от стоката или пакет, не може да бъде върнат самостоятелно.

До момента на връщането на стоката рискът от случайното погиване или повреждане на стоката се носи изцяло от потребителя. Ако стоката е загубена или погинала, той дължи и обезщетение на търговеца в размер на нейната цена.

Ако договорът е за доставка на газ, вода, електрическа енергия или пък потребителят е пожелал предоставянето на услугите да започне по време на срока за отказ от договор, т.е. преди последният да е изтекъл, той е длъжен да заплати всички услуги, ползвани до момента на отказа или сумата, която е пропорционална на предоставеното до момента, в който сте е изпратил уведомлението, че упражнява правото си на отказ, спрямо общата сума по него.

Всички допълнителни договори се прекратяват автоматично с прекратяването на главния договор, без търговецът да дължи каквото и да е обезщетение, неустойки или разходи, с изключение на тези, предвидени в чл. 54, ал. 3 и чл. 55 от ЗЗП.

В заключение ЗЗП въвежда законодателна уредба на договора от разстояние, която отговаря на европейското законодателство. По този начин в голяма степен са уредени и са гарантирани правата на потребителите, когато сключват такива сдел-

ки. В настоящия доклад само са поставени, без да бъдат изчерпателно разгледани, въпросите за съдържанието на договори от разстояние.

Изследванията са подкрепени по договор на Русенски университет "Ангел Кънчев" с № BG05M2OP001-2.009-0011-C01, "Подкрепа за развитието на човешките ресурси в областта на научните изследвания и иновации в Русенски университет "Ангел Кънчев", финансиран по Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014-2020, съфинансирана от Европейския социален фонд на Европейския съюз".

The study was supported by contract of University of Ruse "Angel Kanchev", № BG05M2OP001-2.009-0011-C01, "Support for the development of human resources for research and innovation at the University of Ruse "Angel Kanchev". The project is funded with support from the Operational Program " Science and Education for Smart Growth 2014 – 2020" financed by the European Social Fund of the European Union.

Използвана литература

1. Sukareva, Z., (2015). Potrebitelsko pravo. Izdatelstvo "Nova zvezda"
2. URL:
https://pravatami.bg/10485
http://www.law-firm-bg.com/%D1%82%D1%8A%D1%80%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%BE-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE/%D0%B4%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%B8-%D0%BE%D1%82-%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%8F%D0%BD%D0%B8%D0%B5/

ПОЗОВАВАНЕ НА ПОГАСИТЕЛНАТА ДАВНОСТ ЧРЕЗ ИСК

Неделина Симова, докторант,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
nedelinasimova@yahoo.com

Резюме

Докладът е посветен на актуалния в практиката въпрос за позоваване на погасителната давност чрез предявяване на иск от страна на длъжника. Коментирани са различни формулировки на петитума, като изложението е съсредоточено върху аргументация на допустимостта и основателността на тези искове. Обсъдени са и недостатъците, от които страда теорията за неоснователност на тези искове.

Ключови думи: погасителна давност, отрицателен установителен иск, длъжник

Summary

The report examines the recent and topical issue about referring to the limitation period by submitting a negative declaratory claim by the debtor. Different ways of formulating the claim are analyzed and the core of the current work is concentrated on the argumentation of the admissibility and the merits of these claims. The drawbacks of the theory of the unfounded nature of these claims is commented as well.

Key words: limitation period, negative declaratory claim, debtor

Актуален в юриспруденцията е въпросът за позоваването на погасителната давност. Този интерес, породен от възникналите спорове, се пренася и в страниците на научните изследвания по въпросите за давността. Проблемът придобива следното измерение: възможно ли е длъжникът да се позовава на изтекла погасителна давност чрез иск, наред с възможността да стори това чрез познатия способ възражение – и в тази връзка, какъв е характерът на този иск, допустим и основателен ли е той.

Авторът на настоящото изложение заема позицията, че в зависимост от формулировката в исковата молба в едни случаи искът може да се окаже недопустим, а в други – допустим. Стига се до извода, че при разглеждане на въпроса по същество такъв иск следва да се уважи като основателен дори само на база установяване на погасяване на правото по давност.

На първо място, възможно е петитумът в исковата молба да гласи: "Моля да бъде прието за установено, че вземането на кредитора спрямо мен е погасено по давност" или "Моля да бъде прието за установено, че давността по отношение на вземането е изтекла". Добре познато в процесуалноправната теория е правилото, че не страната, която сезира съда, а самият съд дава правната квалификация на иска. На-

ред с това, съдът извежда правната квалификация чрез тълкуване изявленията на страната и субсумирането на изложените факти и отправеното до съда искане под конкретна разпоредба. Чрез тълкуване на изявленията на страната съдът преценява какво точно е искането ѝ. Не може обаче съдът превратно да тълкува волята на страната и да извежда друг правен въпрос и по този начин да поставя друг предмет на делото, като приема, че той в тези случаи се съсредоточава до изследване на въпроса дали длъжникът дължи въпреки погасяване по давност на вземането. Ето защо приемам, че при така формулирано искане, отправено до съда, то той е ангажиран с разглеждането на един положителен установителен иск за факт – изтичане на определен период от време, към който правото привързва определени правни последици. Погасителната давност е институт, който се съсредоточава в изтичането на определен в закона срок, след който и при позоваване от страна на длъжника се променя характерът на задължението – кредиторът вече не би могъл да получи принудително удовлетворение на вземането си, но само при условие, че длъжникът се е позовал изрично на факта на изтеклата погасителна давност (чл. 120 ЗЗД – давността не се прилага служебно), при това в законоустановения преклузивен срок. Давността следователно преди всичко се свързва с определен период от време. От гледна точка на правото, времето е юридически факт. Затова на основание чл. 124, ал. 4, изречение второ такъв иск за установяване на факт следва да е недопустим, тъй като не е предвиден в закона. Считам, че тези редки хипотези са продукт на непрецизна формулировка или пропуск да се съобразят последиците. Именно заради това становище обаче в преобладаващия брой от случаите, дори когато длъжникът се позовава единствено на изтекла в негова полза давност, формулировката е в следния вид: "Моля да бъде установено, че не дължа", като евентуално продължение е изразът "поради погасяване на вземането по давност" – който вече често е само едно от основанията за извеждане на извода за недължимост.

Допустимостта на тези искове зависи от изясняването на две категории – предмет на иска с оглед разпоредбата на чл. 124, ал. 4, изречение второ, и правен интерес, въздигнат с чл. 124, ал. 1 в абсолютна положителна процесуална предпоставка при установителните искове.

На първо място, следва да бъде изяснено какво е съдържанието на понятието "предмет на иска" изобщо, и какво е то конкретно при отрицателните установителни искове за недължимост, в частност – и поради погасяване по давност.

Трайно установено е разбирането, че предмет на иска е спорното материално право.[1] Следователно при отрицателния установителен иск за недължимост пред-

[1] Този извод се подкрепя както от разпоредбите на закона , така е и последователно проведено в юриспруденцията – така се среща т. 9 от ТР 1/2000 г. от 4.01.2001 г. на ОСГК на ВКС (относно въззивното производство), т. 7б от ТР 1/2013 от 9.12.2013 г. на ОСГТК на ВКС, и т.1 на ТР 8/2012 г. от 27.11.2013 г. на ОСГТК на ВКС (относно допустимостта на ОУИ за собственост). Както е уточнено в цитираното тълкувателно решение, предмет на спора при отрицателните установителни искове за несъществуване на право е отричаното от ищеца право на ответника. В процеса следва да се установи, че това право не съществува, а съобразно правилото за разпределяне на доказателствената тежест този извод се из-

мет на делото е отричаното от ищеца материално право на ответника. Наличието на материално право е корелативно свързано с насрещно правно задължение, като двете заедно в своята съвкупност образуват съдържанието на едно правоотношение. Ето защо искът с предмет установяване несъществуването на едно право е иск за установяване на правоотношение, а не на факт. Въпросът дали се дължи е правен извод, а той се извежда на база изследване на фактическия състав и развитието във времето на едно вече породено субективно право. Следователно неприложимо в случая е правилото на чл. 124, ал. 4, изречение второ и искът следва да е допустим.

По-тесен ли е обаче предметният обхват на отрицателния установителен иск, когато като причина за недължимост е въздигнато само наличието на изтекла погасителна давност? Характерна особеност на възражението за погасителна давност е обстоятелството, че то винаги следва да се счита предявено при условията на евентуалност, дори да не е изрично посочено това от ответника. То следва да се разгледа само ако се установи, че дългът съществува, като резултатът от прилагане на давността се проявява в лишаване на дълга от едно негово качество – качеството му на притезание, т.е. годно за принудително удовлетворяване право. Ето защо дори длъжникът да твърди, че не дължи само поради изтеклата в негова полза погасителна давност, отново на първо място следва да се установи, че дълг съществува – по необходимост отново се изследва целият фактически състав на вземането. В тези случаи, ако вземането не се докаже от кредитора, то не е установена предпоставката, не се е осъществило вътрешнопроцесуалното условие за разглеждане на изявлението на длъжника за изтекла давност. Ако искът на длъжника за недължимост поради погасяване по давност би бил уважен само на база действително изтеклата давност, то по аргумент за по-силното основание отново би следвало да бъде уважен при недоказване изобщо на правото на кредитора.

На второ място, не следва да се отрича правният интерес на длъжника да предяви такъв иск. Вярно е, че погасителната давност традиционно се разглежда като отбранително средство на длъжника срещу бездействащия в определен срок кредитор[1], който късно се е сетил да потърси изпълнение на вземането си. В този характер на погасителната давност се вижда нейната социална функция[2]. Непротиворечиво се приема в теорията също, че позоваването на давността може да стане само по съдебен ред – не защото е невъзможно длъжникът извън процес относно вземането да го направи, а защото това позоваване ще е лишено от правно действие[3]. Традиционно също се говори за позоваване на давността чрез възражение[4]. Но ако

вежда от невъзможността на ответника, върху който лежи доказателствената тежест, да докаже съществуването на своето право.

[1] Сталев Ж. – "Принудително осъществяване на право, засегнато от давност". Статията е достъпна на http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2017/6/10/- Павлова М. – "Гражданско право. Обща част", с. 648

[2] Таджер, В. – "Гражданско право на НРБ. Обща част: дял II", с. 683

[3] Сталев Ж. – "Принудително осъществяване на право, засегнато от давност"

[4] Павлова М. – "Гражданско право. Обща част", с. 671; Велинов Л. – "Погасителната давност по българското частно право", "Фенея", с. 186-187 – тук се говори и за позоваване чрез иск, но в случаи, когато спорът не е разрешен със сила на пресъдено нещо – при изда-

кредиторът настойчиво търси свои стари и просрочени по давност вземания, изпраща покани за доброволно изпълнение и добавя старите задължения към общия размер на дълга, като наред с това прибавя и натрупалите се закъснителни лихви, каква ще е ползата длъжникът упорито да твърди, че част от вземанията са погасени, без с това твърдение да е в състояние да убеди кредитора си да не го преследва за тези стари задължения. Затова доктрината и практиката следва да признаят правения интерес на длъжника да иска да бъде установено, че дългът му е погасен по давност, с което да пресече възможността кредиторът да продължава да го преследва за стари задължения. С този иск ще се внесе яснота в правоотношенията и ще се преустанови правния спор, доколкото всеки последващ заведен иск със същия предмет между страните ще бъде пресечен от силата на пресъдено нещо по постановеното решение.

След като искът е приет за допустим и се премине към разглеждането му по същество остава да се прецени неговата основателност – въпрос, по който съдът се произнася с окончателния акт постановяван в хода на процеса – съдебното решение. Тук вариантите в разсъжденията са няколко – искът да се счете за основателен, след като се установи, че давността действително е изтекла; искът да се приеме за неоснователен с правилния според мен извод, че съдът не може да признае вземането за недължимо, след като законът казва, че плащането на погасено по давност вземане е плащане на нещо дължимо; да се приеме искът за основателен, ако ответникът не докаже фактическия състав на вземането си, а като неоснователен – само ако го докаже. По въпроса за основателността на тези искове, намирам следното:

Първоначално неприемливо изглежда уважаването на отрицателния установителен иск за недължимост поради изтекла погасителна давност предвид законовата уредба на давността в ЗЗД[1]. Погасителната давност не води до прекратяване на правото, то продължава да съществува, изпълнението след изтичане на давността е изпълнение на нещо дължимо и не може да се иска връщането му именно заради това (чл. 118 ЗЗД). Едва при изтичане на давността, но и при позоваване от страна на длъжника в установения срок, материалното право от притезание, което държавата брани със средствата на принудителното изпълнение, се трансформира в естествено право, лишено от това предимство. Правото обаче, макар и в друга форма и с по-слаб интензитет на защита, продължава да съществува. Как тогава след като законът постановява, че дългът продължава да съществува, съдът може да приеме, че длъжникът не дължи?

Именно затова намирам становището, че такива искове са неоснователни за далеч по-законосъобразна формулировка.[2] И действително, едва ли има юрист, който да твърди, че погасителната давност води до прекратяване на правото. След като

ден изпълнителен лист въз основа на несъдебно изпълнително основание, каквито вече няма (чл. 254 и 255 ГПК отм.), както и оспорване вземането на друг кредитор, и иск по чл. 694 ТЗ в производството по несъстоятелност, които са различни от разглежданите тук искове. Сталев Ж. – "Принудително осъществяване на право, засегнато от давност".

[1] Това становище намира израз в преобладаващата практика на съдилищата

[2] Петров В. – "Релевиране на погасителната давност по исков ред", сборник "Предизвикай: Давността!", "Сиела" 2017 г., с. 137

вземането продължава да съществува, как тогава съдът може да установи, че длъжникът не дължи предвид нормата на чл. 118 ЗЗД, позволяваща валидния погасителен ефект на плащането извършено след изтеклата давност? Следователно искът би трябвало да е допустим, защото се приема за отрицателен установителен иск за несъществуване на едно правоотношение; и неоснователен, защото правоотношението продължава да съществува именно на основание чл. 118 ЗЗД.

Друг е въпросът, но повдигнат не като юридически аргумент по същество, а само като социално съображение, което теорията не е ограничена да не коментира – каква е ползата от възприемане на това становище за допустимост, но неоснователност на иска – съдът се ангажира с връчване на книжа, насрочване на делото в открито съдебно заседание, провеждане на съдебно дирене и въобще провеждане на пълен съдебен процес, който в общия случай е с немалка продължителност във времето, за да установи накрая, че искът е неоснователен, но не поради друго съображение, което е изследвано и изяснено в хода на процеса като резултат от събиране на доказателствата, а поради изначално известен извод предвид характера на погасителната давност – няма как съдът да реши, че искът е основателен, защото длъжникът продължава да дължи, тъй като вземането продължава да съществува. С позоваването на давността само се отрича възможността на кредитора да инициира изпълнителен процес и да събере принудително вземането си.

Разбираме, че тези проблеми са мними, след като възприемем трети подход, който намирам за по-законосъобразен, тъй като отразява не само материалноправните, но и процесуалноправните аспекти, които отрицателните установителни искове за недължимост пораждат. Предмет на предявения отрицателен установителен иск е признаването, че длъжникът не дължи. Дали дължи или не, това е въпрос на правен извод, който се извежда на базата на изследване на фактическия състав. Предметът на отрицателния установителен иск в този смисъл е много по-всеобхватен от този на положителния установителен иск, на конститутивния или на осъдителния иск, защото при тях се релевира едно или няколко изброени основания. Както се посочва в ТР 8/2012 г. от 27.11.2013 г. на ОСГТК на ВКС относно отрицателния установителен иск за собственост, основанието при отрицателния установителен иск не е негов индивидуализиращ белег. Затова не длъжникът следва да изчерпи всички основания, поради които не дължи, а кредиторът следва да докаже своето право. Съгласно правилата за разпределение на доказателствената тежест в гражданския процес кредиторът, заел процесуалната роля на ответник, следва да релевира всички юридически факти, които пораждат неговото право, тъй като в противен случай същото ще бъде отречено със силата на пресъдено нещо. Тези доктринерни правила, пренесени в практиката на най-често предявяваните отрицателни установителни искове за недължимост – тези срещу доставчици на комунални услуги, придобиват следните измерения – кредиторът трябва да докаже фактическият състав на вземането си – при исковете срещу топлопреносните дружества например това включва наличието на облигационно отношение, което се обосновава с качеството потребител, респективно клиент на топлинна енергия, (с доказване качеството собственик или ползвател на топлоснабден имот) и реалното доставяне на такава в съответното количество и качество. От друга страна длъжникът следва

да докаже заплащане на цената на доставената енергия. При отрицателния установителен иск, че длъжникът не дължи, не ищецът доказва липсата на някоя от фактическите предпоставки за пораждане на вземането на кредитора, а върху ответника тегне задължението да установи наличието на същите. Както наличието на договор, така и реалното доставяне и заплащането са положителни факти, които следва да бъдат доказани от лицето, което черпи изгодни от тях правни последици. Следователно, ако ответникът по такъв иск не докаже някоя от предпоставките на вземането си, предвид правилата за разпределение на доказателствената тежест, съдът ще бъде обвързан със задължението да приеме, че фактите не са се осъществили и на това основание именно длъжникът не дължи. Следователно отрицателният установителен иск би следвало да се уважи.

Прилагайки стриктно теорията, че с изтичане на давността дългът не се заличава, т.е. длъжникът продължава да дължи, излиза, че в случаите, когато ответникът – кредитор, е доказал фактическия състав на вземането си, и поради това длъжникът дължи, но и се установи, че погасителната давност действително е изтекла, то отрицателният установителен иск следва да бъде отхвърлен. Процесуалните усилия на длъжника биха били напразни. Въпреки че давността е изтекла, той дори би следвало да понесе разноските на основание чл. 78, ал. 3 ГПК. Този извод, освен първоначално изглеждащ по-законосъобразен предвид изяснените в теорията последици на погасителната давност, всъщност би бил много полезен за съдилищата – отхвърлянето на тези искове ще рефлектира в значително намаляване на броя на такива искове. Положителен ефект, но разбира се не това е съображението, което ръководи съда. Защото той нито може да откаже правосъдие, нито да приложи неправилно закона. Всъщност големият проблем, който възниква в тези случаи е нарушаване на баланса, като това положение е породено от следното: ако кредиторът предяви осъдителен или положителен установителен иск срещу длъжника си, а в рамките на процеса в установените срокове той се позове на погасителната давност, съдът прилага последиците ѝ е отхвърля иска. А ако процесуалните роли са разменени и не кредиторът, а длъжникът предяви иск за вземането, като иска да се признае, че не дължи поради давност, която действително е изтекла, приемайки това становище, искът следва отново да бъде отхвърлен. Т.е. в първия случай съдът прилага поисканата от длъжника посредством релевиране на възражението защита, а във втория случай отказва да даде тази защита, поискана отново от длъжника и основана също на изтеклата погасителна давност. Дали съдът ще даде поисканата защита не би следвало да зависи нито от процесуалните роли, нито от процесуалните средства, с които тя е потърсена – иск или възражение. Именно поради тези съображения стигам до извода, че най-законосъобразна е практиката, уважаваща отрицателните установителни искове на длъжниците за недължимост поради погасяване по давност на задълженията им.

Възможен е и друг подход – ако се приеме, че предмет на делото при отрицателния установителен иск за установяване, че длъжникът не дължи поради погасяване на правото по давност, е отричане на правото на кредитора да получи принудително изпълнение на вземането си, то на още по-силно основание този иск следва да бъде уважен, тъй като именно това е последицата на погасителната давност.

Искът би следвало да бъде уважен и ако възприемем становището за характера на тези искове като положителни установителни за наличието на едно естествено вземане. Това становище разкрива странна конструкция, доколкото длъжникът предявява пред съд право на своя кредитор, защото дори и не във формата на притезание, негов титуляр продължава да е последният. Въпреки че не би следвало автоматично да бъде отречен правният интерес на длъжника да установи, че материалното право на кредитора му съществува в по-слаб интензитет с оглед погасяването му по давност, би могла да се подложи под съмнение допустимостта на такъв иск с оглед забраната по чл. 26, ал. 2 ГПК за предявяване от свое име на чужди права[1]. Интересна особеност е, че с този иск длъжникът не търси защита на правото на кредитора си, а напротив – иска тя да бъде отречена, т.е. предявява иска не в защита на чуждо, а на своето собствено право – да отблъсне принудителното осъществяване на неговото задължение. Изоставяйки настрана тези въпроси, и при положителния установителен иск за наличие на естествено право би следвало да важат правилата за разпределение на доказателствената тежест, както при отрицателните установителни искове за недължимост, както и обхватът на обективните предели на СПН; в предмета на делото отново влиза установяване наличието на вземане на кредитора, а въпросът за давността се разглежда при установяване на същото.

Отделен е въпросът относно разноските, при разпределянето на които се ръководим от правилата в чл. 78 ГПК. Наред с тях в помощ на правоприлагащия юрист идват и справедливостта и морала, за които не трябва да забравяме, а да ни служат за ориентир, без да им се придава значението на първичен източник на правото. На общо основание при уважаване на отрицателния установителен иск за недължимост поради изтекла погасителна давност на основание чл. 78, ал. 1 ГПК ответникът следва да понесе всички направени в хода на делото разноски. Считам, обаче че място има и за приложение на разпоредбата на чл. 78, ал. 2 ГПК, дори когато кредиторът е изпращал покани за изпълнение на погасеното по давност вземане. Както е добре известно, погасителната давност не води до прекратяване съществуването на дълга. Той не само продължава да "живее" в правния мир, но и може да бъде валидно изпълнен, при това дори принудително, ако в срока за отговор на исковата молба ответникът по предявен осъдителен иск или установителен в хипотезата на чл. 422 ГПК не направи възражение за изтеклата давност. Щом дългът продължава да съществува, защо кредиторът да бъде лишен от възможността да търси удовлетворение на вземането си. Вярно, че кредиторът не е бил достатъчно грижлив при защита на своя интерес, но не влиза ли в разрез с морала очакването на участник в гражданския оборот да получи стока или услуга, но да не заплати цената за нея. Отговорът е положителен – именно затова законът счита за дължимо платено погасеното по давност вземане. Следователно, когато кредиторът извънсъдебно търси удовлетворение на вземането си и изпраща покани, той упражнява свое право, а не извършва действие, което следва да се третира като укоримо и поради това да се

[1] Този проблем се преодолява при възприемане на становището за положителен установителен иск за правно качество на вземането, предложена от Петров В. – "Релевиране на погасителната давност по исков ред", сборник "Предизвикай: Давността!", "Сиела" 2017 г., с. 140-142

санкционира. Ръководейки се от тези съображения считам, че извънсъдебното търсене на вземането като упражняване на кредиторовото право не следва да се третира като повод за завеждане на делото. Поради това в случаите на направено от ответника кредитор признание на иска, следва да се приложи правилото на чл. 78, ал. 2 и разноските да се възложат върху ищеца. С възприемане на този подход считам, че би се избегнал страничният ефект от приемане за допустими и уважаване на тези искове, изразяващ се в превръщането им от длъжниците в средство за обогатяване.

В заключение, въпреки вариациите в мненията по тази актуална тема, стигам до извода, че преобладаващата и утвърждаващата се съдебна практика, уважаваща отрицателните искове на длъжници за недължимост поради погасяване по давност, е правилна. Струва ми се, че тя е в синхрон със справедливостта и е израз на равенство на страните в процеса. Единственият регулатор за избягване прекомерното и недобросъвестно предявяване на такива искове намирам в разпределение на разноските.

Използвана литература

1. Велинов Л. – "Погасителната давност по българското частно право", "Фенея"
2. Павлова М. – "Гражданско право. Обща част"
3. Петров В. – "Релевиране на погасителната давност пред съд", сборник "Предизвикай: Давността"
4. Петров В. – "Искове за признаване за установено, че длъжникът не дължи поради погасяване по давност на вземането" – статията е достъпна на страницата https://www.challengingthelaw.com/grajdanski-proces/pogasiavane-po-davnost/
5. Сталев Ж. – "Принудително осъществяване на право, засегнато от давност". Статията е достъпна на http://www.sadebnopravo.bg/biblioteka/2017/6/10/-
6. Таджер В. – "Гражданско право на НРБ. Обща част: дял II"

1. Velinov L. – "Limitation period under bulgarian civil law", "Fenea"
2. Pavlova M. – "Civil Law. General part."
3. Petrov V. – "Referring to litigation period in court", Challenge: the litigation period
4. Petrov V. – "Claims for declaring that the debtor is not obliged based on the expiery of the limitation period"
5. Stalev Zh. – "Enforcement of a right extinguished by the limitation period"
6. Tadger V. – "Civil law of NRB. General part: share II"

ПРАВНА ЗАКРИЛА НА ВИДЕОИГРИТЕ

Христина Георгиева, докторант,
катедра "Частноправни науки",
ЮФ на УНСС,
адвокат, член на САК,
Email: georgieva.r.hristina@gmail.com

Резюме

Настоящият научен доклад е въведение към въпроса за правната закрила на видеоигрите. В него се разглеждат видовете правна закрила които предоставя действащото българско законодателство, като е включен и сравнително – правен анализ.

Ключови думи: правна закрила, видеоигри, авторско право, патент, полезен модел, търговска тайна, търговска марка, домейн име, аудиовизуално произведение, компютърна програма, софтуер

Summary

This article is an introduction to the issue of the legal protection of videogames. The paper examines the types of legal protection that videogames can currently enjoy under the effective Bulgarian legislation, including also a Comparative law analysis.

Key words: Legal protection, Videogames, Copyright, Patent, Utility model (Useful model), Trade secret, Trade mark, Domain name, Audio-visual work, Computer program, Software

Въведение

Динамичното развитие в сектора с видеоигри през последните години и все по-високите приходи, които реализира гейм индустрията, конкуриращи тези на филмовата индустрия и надминаващи по мащаби тези на музикалната индустрия, пораждат необходимост от анализ и тълкуване на приложимата правна рамка.

Настоящият доклад цели да анализира приложимото национално законодателство и представя на разработчиците на видеоигри и на инвеститорите в сектора съществуващите правните възможности за закрила на правата и интересите им както в процеса на създаване на една видеоигра, така и последващото ѝ използване и разпространение. Докладът съдържа и сравнително-правен анализ.

I. Видеоигрите като обект на интелектуална собственост

Видеоиграта е сложно произведение, ползващо се с авторскоправна закрила, но и съдържащо в себе си сбор от съставни елементи, всеки от които е самостоятелен обект на авторско право като текст, сценарий, музика, хореографии и пантомими, карти и използвани при създаването на игра. По тази причина, видеоиграта е обе-

динение на обект на авторско право, стига да разполагат с оригиналност и креативност, разбира се[1].

По отношение на някои от съставните части на видеоиграта като компютърните програми и аудио-визуалните елементи, например, законът предвижда специални правила относно възникването, упражняването, защитата и прехвърлянето на отчуждимите правомощия на автора. Някои от тези специални разпоредби обаче възприемат различни подходи. По тази причина и предвид липсата на изрична правна рамка, регулираща правоотношенията между авторите на отделните съставни елементи на видеоиграта при и по време на създаването й, както и с оглед липсата на разпоредби, касаещи сборното произведение – видеоигра и начините за използването му, съществуват различия при определянето и третирането на видеоиграта като обект на интелектуална собственост.

В държави като Аржентина, Канада, Китай, Израел, Италия, Руска Федерация, Сингапур, Испания и Уругуай, юриспруденцията възприема видеоигрите, преобладаващо, като компютърни програми, поради специфичната природа на произведението и зависимостта от софтуера. Тези държави прилагат по отношение на видеоигрите разпоредбите относно компютърните програми.

Други държави като Белгия, Бразилия, Дания, Египет, Франция, Германия, Индия, Япония, Южна Африка, Швеция и САЩ съобразяват изключително сложния характер на видеоиграта и възприемат виждането за отделна класификация на съставните ѝ елементи, т.е. отделна правна закрила по отношение на всеки обект на интелектуална собственост, съобразно спецификата му.

Малка група държави (в това число Кения и Република Кореа) приемат, че видеоиграта с оглед визуалните ѝ елементи е аудиовизуално произведение. Това не означава че тези юрисдикции не предвиждат и предоставят правна защита по отношение на софтуера, но аудиовизуалните елементи преобладават.

Българският ЗАПСП съдържа неизчерпателно изброяване на обектите, ползващи се с авторскоправна закрила. Сред изброените в чл. 3 от закона обекти не са видеоигрите. Липсва информация на ниво юриспруденция дали те са обект на интелектуална собственост.

II. Правна закрила на видеоигрите като обект на интелектуална собственост

Въпреки че видеоигрите основно се ползват с авторскоправна закрила, те могат да получат и правна закрила, произтичаща от законите в областта на индустриалната собственост, а именно: чрез патент, полезни модели, търговски марки. Важно значение има и правната закрила, която може да се ползва, ако определени данни и/или информация попадат в категорията "търговска тайна".

[1] Виж повече в Научни трудове на Русенския университет – 2016, том 55, серия 7, SAT-2G.307-2-L-01, с. 110-114

А) Авторскоправна закрила

Както бе споменато по-горе, видеоиграта е сложно произведение, ползващо се с авторскоправна закрила и включващо в себе си елементи – всеки от които би могъл да е самостоятелен обект на авторско право, в това число компютърни програми и аудио-визуални произведения. По тази причина, при създаване на видеоигра, последващо ѝ разпространение и използване, следва да се съобразяват вече съществуващи авторски права, възникнали при създаването на друга видеоигра. Основно следва да се внимава да не се копира буквално някой от съставните елементи на друга видеоигра, ползващи се с авторскоправна закрила. Елементи, по отношение на които подобна закрила е неприложима, могат да се използват свободно от създателите на игри.

Следва да се обърне внимание и на обстоятелството, че дори лица, които не са директно ангажирани с процеса по създаване на видеоигра, биха могли да станат автори на самостоятелни елементи от нея, т.е. следва да се съобразяват и техните авторски права. Това са случаите, в които играещите участват в интерактивни онлайн игри чрез създаване на настройки, герои и други отделни елементи, достъпни и за други играещи. Тези лица биха могли да се приемат за автори на собствения си принос (създадените от тях самостоятелни елементи от играта), стига последните да са оригинални и творчески. Последващо използване на подобни обекти на авторско право, създадени от потребителите на играта, изисква надлежно разрешение, което при подобни виртуални правоотношения се постига чрез договори за използване на произведението, които потребителите трябва да приемат при създаване на профил за достъп до играта.

Освен съставни елементи, представляващи самостоятелни обекти на авторско право, следва да се съобразява и обстоятелството, че във видеоигрите се съдържат и елементи, които не се ползват с авторскоправна закрила – било защото срокът ѝ е изтекъл или става въпрос за исторически факти, митове и други обекти, изрично изключени от приложното поле на закона. Държавите с Англосаксонска правна система (Common law) използват термина "public domain property". Важно е тук да се подчертае, че буквалното копиране на начина, по който е представен/изобразен даден исторически факт, мит и т.н. е нарушение на авторското право на автора, но взаимстването на самия исторически факт не е нарушение, ако е представен/изобразен по различен и оригинален начин.

Друго изключение би могло да се изведе от доктрината Scène à faire. Тази доктрина, характерна за common law системите, се основава на разбирането, че определен начин на представяне и изразяване на идея се използва толкова често при определени теми и е така типичен за тях, че не може да се предоставя авторскоправна закрила върху такова изразяване. Доктрината не е възприета от континенталната правна система, но изискването за оригиналност, всъщност, постига същите резултати.

С цел пълнота на изложението ще обърнем внимание и на друга концепция, типична за САЩ, а именно: Fair use, позволяваща на автор да използва части от произведението на друг за определени цели без да дължи възнаграждение. В Европейските държави тази концепция, доколкото може да се приеме, че я има, е ограничена

до отразяване на новини и за постигане на законни образователни цели. В чл. 23 и следващите от Българския Закон за авторското право и сродните му права е въведен институтът на т.нар «свободно използване на произведения».

Авторското право обаче предоставя закрила от буквално копиране на произведението или части от него, но не осигуряват закрила срещу взаимстването на идеи, методики, технически решения и процеси, съдържащи се в произведението. Това е така, защото методики, теми, идеи, концепции, начин на представяне на информация, на сходни фонове и цветови акценти не са закриляни обекти на авторско право. Същото важи и за данните, които могат да се съдържат в базите данни, предоставени при създаването/разработване на видеоигра. Авторското право защитава конкретната форма на изразяването на изброените елементи, не на самите тях. Такава закрила може да даде правото на индустриална собственост.

Б) Търговска тайна

Процесът на създаване на една видеоигра обичайно е придружен от голямо количество поверителна информация, творчески процеси, идеи, схеми, планове, пазарни проучвания, факти, производствено ноу-хоу и друга интелектуална дейност, която остава извън приложното поле на правната закрила по реда на ЗАПСП, ЗПРПМ, ЗМГО и т.н. Те обаче могат да получат правна защита като "търговска тайна".

За разлика от авторскоправната и патентната закрила, както и закрилата, която се получава при регистрация на търговска марка, търговската тайна като форма на закрила върху интелектуалният продукт не се разгласява публично. Търговската тайна може да бъде всяка идея, която предоставя конкурентно предимство и се пази в тайна.

За разлика от законодателството в САЩ, например, където на щатско ниво се приемат различни закони за търговската тайна, базирани на Единния закон за търговска тайна (Uniform Trade secret Act), в България материята е уредена с няколко разпоредби, съдържащи се в Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК)[1].

В разпоредбата на чл. 37 от ЗЗК е предвидена изрична забрана за узнаването, използването или разгласяването на производствена или търговска тайна в противоречие с добросъвестната търговска практика. Нормата на чл. 37, ал. 1 от ЗЗК предвижда три форми на изпълнителното деяние – узнаване на чужда търговска тайна, нейното използване или разгласяване. Всяко едно от посочените действия следва да е осъществено в противоречие с добросъвестната търговска практика. И в трите случая обаче трябва съответната информация и данни да могат да бъдат квалифицирани като производствена или търговска тайна по смисъла на легалната дефиниция на §1, т. 9 от ДР на ЗЗК, а именно: "Производствена или търговска тайна са факти, информация, решения и данни, свързани със стопанска дейност, чието запазване в тайна е в интерес на правоимащите, за което те са взели необходимите

[1] Виж още чл. 2 от ДИРЕКТИВА (ЕС) 2016/943 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 8 юни 2016 година относно защитата на неразкрити ноу-хау и търговска информация (търговски тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване.

мерки." От определението на понятието "производствена или търговска тайна" е видно, че режимът на достъп и използване на информацията, която попада в тази категория, е ограничителен и е свързан със специфичния предмет на правното регулиране от страна на ЗЗК.

Правоимащият следва да е определил предварително конкретните факти, информация, решения и данни, до които е установен ограничен достъп. Индивидуализирането по този начин е необходимо, предвид уредената законодателно специфична закрила, предоставяна срещу недобросъвестно посегателство върху чувствителна информация от страна на конкурентни предприятия. Същевременно, тези данни са строго специфични за всеки правоимащ и освен че трябва да са обявени изрично за такива, представляващи производствена или търговска тайна за предприятието (правоимащия), трябва да са взети и необходимите мерки за запазването и защитата им по определен начин, да е предвиден съответен режим на достъп до тях и да е определен кръгът на лицата, които имат право на достъп и използване на информацията. Целта е информацията, определена като конфиденциална, да запази това свое качество спрямо лица, външни за предприятието. ЗЗК също съдържа разпоредби, уреждащи достъпа, използването и съхраняването на документите, представляващи производствена, търговска или друга тайна, защитена от закон. Достъпът, използването и съхраняването на документите, представляващи производствена, търговска или друга тайна, защитена от закон, се уреждат по-детайлно в нарочни правила, приети от КЗК.

При положение, че търговецът не е взел необходимите мерки да запази информация, която е негова производствена или търговска тайна, то не би могло да се ангажира и отговорността на трети лица по чл. 37 относно узнаването, използването или разгласяването й. Става въпрос не за наличие на общи задължения за конфиденциалност или за опазване на търговска тайна (напр. уредени в трудови договори на служителите на предприятието), а за конкретни задължения във връзка с опазване на конкретна информация, определена като производствена или търговска тайна, в нарочен акт – решение, заповед или друг вътрешен за предприятието акт, с който е въведена забрана или задължение да не се използва или разгласява информацията. На следващо място актът, с който е въведена забраната, трябва да бъде доведен до знанието на лицата, на които е вменено задължението да не е използват или разгласяват неправомерно информацията, съставляваща производствена или търговска тайна.[1]

Освен установяване наличието на производствена и търговска тайна за едно предприятие, както и мерките за нейното запазване, за да е осъществен съставът на чл. 37, ал. 1 от ЗЗК, се изисква узнаването, използването или разгласяването на производствена или търговска тайна да е осъществено от конкурентното предприятие по начин, който противоречи на добросъвестната търговска практика и който създава възможност или реално уврежда интересите на правоимащия конкурент. За съставомерността на деянието е достатъчно да е създадена потенциална опасност

[1] Становище на КЗК относно Предложение за Директива на Европейския парламент и на Съвета относно закрилата на неразкрити ноу-хау и търговска информация (тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване

от увреждане на интересите на конкурента. Самото понятие "добросъвестна търговска практика" също е легално дефинирано в §.1, т. 2 от ДР на ЗЗК с оглед постигане на специфичните цели на ЗЗК – това са правилата, определящи пазарното поведение, които произтичат от законите и обичайните търговски отношения и не нарушават добрите нрави.

Следва да се има предвид, че практиката на КЗК по прилагането на чл. 37 от ЗЗК се свързва обичайно с поведение на физически лица (бивши служители, управители или съдружници в дадено конкурентно предприятие), които преминават на работа в друго или създават ново предприятие, което осъществява конкурентна стопанска дейност. Узнатата от тях информация при или по повод служебните им задължения запазва качеството си на поверителна, доколкото са имали задължение да опазят тази информация в рамките на предприятието, включително и да не я разгласяват извън него и след прекратяване на правните си отношения с правоимащия, така че информацията да не достига до трети лица. Възползвайки се от информация, представляваща търговска тайна, те успяват да извлекат конкурентно предимство за новото предприятие в противоречие с добросъвестната търговска практика.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗЗК отговорността на физическите лица (която е административнонаказателна по своя характер съгласно чл. 99 от ЗЗК) може да бъде ангажирана в две хипотези. В първата хипотеза, когато самите физически лица извършват нарушение на закона в качеството им на предприятия, осъществяващи стопанска дейност по смисъла на §1, т. 7 и 13 от ДР на ЗЗК. Във втората хипотеза физическите лица подлежат на санкциониране, когато съдействат на конкурентно предприятие да извърши нарушение.

С оглед изложеното, разпоредбата на чл. 37 намира приложение в случаите, когато чрез узнаването, използването или разгласяването на производствена/ търговска тайна в противоречие с добросъвестната търговска практика дадено предприятие успява да получи нелоялно конкурентно предимство пред свой конкурент на релевантния пазар. Субект на нарушението по чл. 37 може да бъде единствено конкурентно предприятие и в този смисъл, разпоредбата на чл. 37 от ЗЗК не се може да се тълкува разширително от гледна точка на субектите, които носят отговорност по силата на тази норма на ЗЗК. За да възникнат правата на правоимащите не е необходима регистрация или вписване в някакъв регистър. Изисква се само да са взели "необходимите мерки". Срокът на защита трае до момента на узнаване, разгласяване и използване на търговската тайна.

За нарушаване разпоредбите на ЗЗК, ако деянието не е престъпление, се носи административнонаказателна отговорност. Имуществените санкции и глобите по закона се налагат с решение на КЗК, което подлежи на обжалване относно неговата законосъобразност пред Върховния административен съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

В) Търговска марка и Домейн име

Докато при търговската тайна целта е да се забрани на външни лица да узнаят, използват и/или разгласяват определени идея, концепции, факти, производствени решения, процедури, данни и информацията, които попадат в тази категорията, при

търговската марка целта е възможно най-много трети лица да разпознават марката и да я свързват с притежателя ѝ.

След авторскоправната закрила, търговската марка е може би втората най – важна и търсена правна закрила по отношение на видеоигрите като интелектуален продукт, тъй като именно една успешна търговска марка, разпознаваема за потребителите, кара последните да разграничават едни дружества, създаващи видеоигри, и техните продукти от други.

Марката е знак – словен, фигуративен, триизмерен, звуков или комбиниран, който е способен да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица. Такива знаци могат да бъдат думи, включително имена на лица, букви, цифри, рисунки, фигури, формата на стоката или на нейната опаковка, комбинация от цветове, звукови знаци или всякакви комбинации от такива знаци, които имат отличителен характер.

Правото върху марка се придобива чрез регистрацията й, считано от датата на подаване на заявката. С поставянето на символа ®, TM, SM или равностоен символ до търговската се указва на трети лица наличието на регистрация на тази марка (®, TM), респективно услуга (SM). Процедурата по регистрация в България продължава не по-малко от година, година и половина от датата на подаване на заявката пред Патентно ведомство. Ускорена процедура за два пъти по-бързо регистриране на марка е приложима при марката на Европейския съюз, като производството се развива пред Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO). Регистрацията на международна марка също отнема около година, като производството се развива пред Световната организация за интелектуална собственост (WIPO). Правото върху марка е изключително право, което включва правото на нейния притежател да я използва, да се разпорежда с нея и да забранява на трети лица да я използват без негово съгласие.

Правото върху търговска марка има териториално действие. Ако желаете закрила само в една държава – членка на ЕС, например държавата, в която се намира седалището на дружеството Ви или където искате да търгувате, можете да подадете заявка за марка директно в съответната национална служба за интелектуална собственост (В България това е Патентното ведомство). Това е решението на национално равнище. Ако желаете закрила в Белгия, Холандия и/или Люксембург, можете да подадете заявка в Службата за интелектуална собственост на Бенелюкс (BOIP) – единствената служба за интелектуална собственост в ЕС на регионално равнище за закрила на марка в тези три държави членки. Това е решението на регионално равнище. Ако желаете закрила и в останалите държави – членки на ЕС, можете да подадете заявка за марка на ЕС в Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO) – това е решението на европейско равнище. Четвъртият вариант за закрила в ЕС е решението на международно равнище. Можете да използвате Вашата заявка за национална или регионална марка или заявка за марка на ЕС, за да разширите обхвата на закрилата си международно, във всяка държава, която е подписала Мадридска спогодба за международна регистрация на марките, датираща от 1891 г., и Протокол относно Мадридската спогодба, който е приет през 1989 г., влиза в сила на 1 декември 1995 г. и действа от 1 април 1996 г. Компетентната

служба за интелектуална собственост в случая е Световната организация за интелектуална собственост (WIPO).

Регистрацията на търговска марка действа за срок от десет години, считано от датата на подаване на заявката, и може да бъде подновявана неограничено за следващи периоди от десет години срещу заплащане на такса съгласно тарифа на съответното ведомство.

Предвид гореизложеното, примерно, притежателят на регистрирана словна марка (с името на видеоигра) има правото да използва търговската марка на определена територия, да се разпорежда с нея и да забрани на всяко трето лице, включително конкурент, разработващ на игри, да използва същата или сходна марка в рамките на същата територия. Същото важи, ако се регистрира като марка звуков сигнал или изображения на герои, характерни за съответната игра.

Някои от най-разпространените търговски марки на Нинтендо (Nintendo Co., Ltd), например, са: Nintendo®, Game Boy®, Super NES®, Super Mario Bros ®, Mario ®, MARIO KART®, etc. Nintendo Co., Ltd. не е регистрирало само изброените словни марки, но и различни изображения на Марио от емблематичната видеоигра "Супер Марио Брос" от 1985г.

През февруари 2016 г. Nintendo Co., Ltd подаде заявка до Японското патентно ведомство ("JPO"), за регистрация на търговска марка на емблематичния звуков ефект от две ноти, който се чува всеки път, когато Марио събира монета. Доскоро японският закон за търговските марки не позволяваше регистрирането на нетрадиционни марки като цветове или звуци. Новото законодателство обаче, в сила от април 2015 г., разшири определението за търговска марка. Това означава, че всички разработчици на видеоигри на японския пазар, които са използвали в собствените си игри звуковия ефект, добре познат на феновете на видеоиграта "Супер Марио Брос" от 1985 г., е препоръчително да се възползват от възможността да го променят преди Nintendo Co., Ltd. да регистрира търговската си марка.

Европейското и национално законодателство предоставя възможност за регистрация на нетрадиционни марки като цветове, звуци и холограми. Известни затруднения създаваше изискването марката да може да бъде изобразена графично. На 1 октомври 2017 г., съгласно Регламент (ЕС) 2015/2424, Формулировката "изискване за графично представяне" беше премахната[1] и така се улесни процедурата по регистрация на марка на Европейския съюз, състояща се от миризми, цветове, звуци и холограми[2].

Следва също да се обърне внимание, че търговската марка не е домейн име. Както се спомена по-горе, търговската марката е знак, който е способен да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица.

Домейн име се регистрира пред съответния домейн регистрант, то е уникално и може да бъде достъпно по цял свят чрез световната мрежа. В тази връзка, с цел да

[1] Регламент (ЕС) 2017/1001 на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година относно марката на Европейския съюз и Регламент (ЕС) 2015/2424 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2015 година.

[2] В текста на българския закон към настоящия момент е запазено изискването за графично изобразяване на марката (виж.чл. 9. (1) от ЗМГО).

се избегнат евентуални бъдещи проблеми е препоръчително преди регистрацията на желания домейн да се извърши проучване както за наличието на вече регистрирана търговска марка, така и за наличието на регистрирано търговско дружество със същото име. Няма пречка домейн името да съвпада с марка, когато притежателят на правата върху марката и върху домейн името е едно и също лице, както и в случаите на изрично съгласие за това.

Защита при колизия между търговски марки и домейн имена може да се търси по няколко различни начина. Най-простият и бърз способ е уреждане на спора доброволно между страните чрез споразумение. Разбира се, отнасянето на спора към съда е най-сигурното средство за постигане на стабилно и противопоставимо на всички решение. Като алтернатива на съдебната процедура, Световната Организация за интелектуална собственост (WIPO) предлага разрешаването на конфликти между домейн имена и търговски марки да става по реда на една административна процедура известна като Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP). Тази процедура е в сила от 1 декември 1999 година, но в никакъв случай не преклудира правото на заинтересованите лица да поискат независимо разглеждане на спора от съда.

Г) Патенти и Полезни модели

Патентната закрила не е сред най-използваните по отношение на видеоигрите. За разлика от САЩ, Индия, Южна Корея и Филипините, по-голямата част от законодателствата по индустриална собственост в света изрично изключват компютърните програми/видеоигри от кръга на патентоспособните изобретения.

Като патентоспособни изобретения по смисъла на чл. 6, ал. 2 от Закона за патентите и регистрацията на полезни модели (ЗПРПМ) изрично са изключени: «планове, правила и методи за интелектуална дейност, за игри или за делова дейност и компютърни програми». Европейската патентна конвенция (чл. 52, ал 2) също изрично изключва от кръга на патентоспособните изобретения: компютърните програми, резултатите от художествено творчество, планове, правила и методи за умствена дейност, играене на игри или делова дейност, представянето на информация, открития и математическите методи.

През юли 2005 г. Европейският парламент отхвърли почти с единодушие Директивата за патентоспособност на изобретенията, свързани с компютри[1], известна като Директива за софтуерните патенти, което сложи край на тригодишни разисквания по темата.

Трябва да се отбележи обаче, че въпреки категоричността на разпоредбата на Европейската патентна конвенция, Европейското Патентно Ведомство (EPO) е регистрирало редица патенти, включително свързани с видеоигри, например издаденият на Konami Co., Ltd. Европейски патент за футболна видеоигра (EP 1703429 A2).

След анализ на регистрираните европейски патенти, свързани с видеоигри, може да се направи заключението, че получаването на такъв патент е възможно само при

[1] Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions

конзолните игри, доколкото съществува специфичен хардуер, в който е инкорпорирана играта, отговарящ на нормативно определени условия[1].

Патентът е документ, който държавата издава на заявителя в уверение на това, че е преценено, че предложението му притежава признаците на изобретение и може да получи правна закрила. Патентът удостоверява изключително право на притежателя му върху изобретението. Това изключително право включва в себе си: правото на използване на изобретението, забрана изобретението да бъде използвано от други лица без съгласието на патентопритежателя и правото на патентопритежателя да се разпорежда с патента. Разпореждането с патента включва продажбата му, преотстъпване на правото за използването му (даване на лицензия), подаване на молба за лицензионна готовност[2].

Срокът на действие на патента е 20 години от подаването на заявката пред Патентно ведомство. Срокът е повсеместно установен почти в целия свят. Удължаване е допустимо само на действие на патенти в областта на фармацевтиката и лрастителната защита.

Ако обаче хардуерът не отговаря на условията за получаване на патент, съществува правната възможност за регистрация на същото изобретение като полезен модел, т.нар. "малък патент". Той също дават изключително право на притежателя му да се разпорежда с обекта за определен период от време. Различията между патента и полезния модел са главно в срока на действието им и в изискванията за издаването им.

Правна закрила на полезен модел се предоставя чрез регистрация в Патентното ведомство. Срокът на действие на регистрацията на полезния модел е 4 години от датата на подаване на заявката. Той може да бъде продължен за 2 последователни периода от по 3 години. Общият срок на закрила не може да надхвърля 10 години от датата на подаване на заявката.

Полезните модели са смятани за удобен инструмент за малките и средни предприятия, тъй като са икономичен начин тези дружества да се възползват от правната защита на индустриалната собственост. В САЩ полезният модел не съществува като правен институт.

Заключение

В заключение, авторът на настоящия реферат счита, че динамичното развитие в сектора с видеоигри и все по-високите приходи, които реализира гейм индустрията, изискват както създаването на специална регулаторна рамка, която да създаде под-

---

[1] Тези условия са:
- "програмата" да не е заявена сама по себе си;
- "програмата" да е част или да е инкорпорирана в изобретение (техническо устройство, метод), с оглед на доказването на технически характер;
- изобретението, в което е инкорпорирана "програмата", да отговаря на критериите за патентоспособност.

[2] Саракинов, Георги Патентно право в Република България – 5 прераб. и доп. изд. – София : Сиби, 2010;

ходяща среда за инвеститорите в сектора и компаниите, занимаващи се с разработване на видеоигри, така и разглеждане на проблема на ниво юриспруденция.

Литература

1. Ashley Saunders Lipson and Robert D. Brain, "Computer and Video Game Law – Cases, Statutes, Forms, Problems and Materials", by Carolina Academic press, 2009, p. 54.

2. Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng and Stan Abrams, "The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches", WIPO Magazine 2013; Copyright (Excluded Works) Order of 2008;

3. Саракинов, Георги Патентно право в Република България – 5 прераб. и доп. изд. – София : Сиби, 2010;

4. Становище на КЗК относно Предложение за Директива на Европейския парламент и на Съвета относно закрилата на неразкрити ноу-хау и търговска информация (тайни) срещу тяхното незаконно придобиване, използване и разкриване;

5. Ben Clarke, Christian Rouffaer and François Sénéchaud, "Beyond the call of duty: Why shouldn't video game players face the same dilemmas as real soldiers?", in Review of the Red Cross, Vol 94, Number 886, Summer 2012;

6. David Greenspan, "Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers", Creative industries – No. 8, WIPO Magazine 2/2014;

7. David Greenspan, S. Gregory Boyd, Jas Purewal, "Video Games and IP: A Global Perspective", in WIPO Magazine 2/2014;

8. James Wexler, "Artificial Intelligence in Games: A look at the smarts behind Lionhead Studio's "Black and White" and where it can and will go in the future";

9. Закон за защита на конкуренцията

10. Закон за авторското право и сродните му права

11. Закон за марките и географските означения

12. Закон за патентите и регистрацията на полезните модели

13. Регламент (ЕС) 2015/2424 на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2015 година за изменение на Регламент (ЕО) № 207/2009 на Съвета относно марката на Общността и Регламент (ЕО) № 2868/95 на Комисията за прилагане на Регламент (ЕО) № 40/94 на Съвета относно марката на Общността и за отмяна на Регламент (ЕО) № 2869/95 на Комисията относно таксите, събирани от Службата за хармонизация във вътрешния пазар (марки и дизайн).

14. Регламент (ЕС) 2017/1001 на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2017 година относно марката на Европейския съюз.

ОТНОСНО НЯКОИ СПОРНИ И ДИСКУСИОННИ МОМЕНТИ ОКОЛО ДЕЙСТВИЕТО И ВЕЩНОТРАНСЛАТИВНИЯ РЕЖИМ НА ДОГОВОРА В ПОЛЗА НА ТРЕТО ЛИЦЕ

Сюлейман Башов, студент,
ЮФ, УНСС,
e-mail: suleyman_b@abv.bg

Резюме

В доклада се анализират действието и вещнотранслативният режим на договора в полза на трето лице. Обосновава се, че действието на договора преминава в два етапа като първият е конститутивен, а вторият (който зависи от волята на бенифициера) транслативен. Анализира се и вещнотранслативният режим на разглеждания договор като се достига до извода, че изразяването на съгласието на бенифициера едновременно със самото сключване на договора в негова полза, води до промяна в правната същност на сключващият се между страните договор.

Ключови думи: договор, трето лице, бенифициер, стипулант, промитент

Summary

The report analyses the legal effect and the regime of transfer of rights in rem of the contract in favor of a third party. It is argued that the legal effect of the contract goes through two stages. The first one is constitutive and the second one is translative (and depends on the will of the beneficiary). The regime of the transfer of the rights in rem of the contract is also analyzed, reaching to the conclusion that verifying the will of the beneficiary in parallel with the conclusion of the contract in his favor by necessity changes the legal essence of the concluded contract between the parties.

Key words: contract, third party, beneficiary, alteri stipulari

I. Въведение

Обект на анализ в настоящия доклад е договорът в полза на трето лице (ДПТЛ), уреден в чл. 22 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Причината, поради която трябва да се отдели внимание на тази тема се корени в това, че характерът на споменатия договор, не е напълно изяснен[1].

[1] Най-обширното изследване на договора в полза на трето лице в българската юридическа книжнина до сега е направено от проф. И. Апостолов в неговия дисертационен труд "Правни сделки с действие върху чужд правен кръг". Вж. Апостолов, И. Правни сделки с действие върху чужд правен кръг. Печатница С. М.Стайков. София.: 1937 г. Осен него,

В теорията[1] и съдебната практика[2] противоречието по същността на разглежданата правна фигура се простира в две основни линии. Първата е по отношение действието, което поражда договорът, втората касае възможността за прехвърляне вещни права върху недвижим имот в полза на третото по договора лице.

Неизяснените обстоятелства около **действието** на този договор и **предмета** на разпореждане чрез него са свързани. Това е така, защото характерът на действието, което поражда една сделка, детерминира и възможния предмет на разпореждане чрез нея[3]. Ето защо, в това изследване първо ще се изясни действието, което поражда ДПТЛ, а след това, ще се разгледа механизма на разпореждане с вещни права върху недвижими имоти чрез него.

Анализът на тези въпроси ще се предшества от кратък анонс върху понятието и историческото развитие на ДПТЛ, тъй като не може да се изследва конкретно явление, без да изясни общото, в рамките на което то съществува. Докладът ще завърши с предложения de lege ferenda, в заключителната му част.

2. Поява и развитие на ДПТЛ

Известно е, че римското право се характеризира с конкретика. Юристите от тази епоха са избягвали създаването на абстрактни правни категории. Те установили отделни видове облигационни отношения като източници на задължения, но до едно абстрактно понятие за правна сделка, каквото познаваме днес, те така и не достигнали[4]. Във връзка с това, също така конкретно уредено било и действието на облигационното отношение. Юристите лимитирали действието на облигацията между договарящите страни, а споразумения и уговорки за придобиване на права от трети лица били нищожни[5]. Релативността на облигацията била изразена чрез формулата *alteri stipulari nemo potest*[6]. Тази традиция се прилагала стриктно до 17-и

договорът в полза на трето лице е бил обект на изследване от редица други автори, чиито анализи също ще бъдат отбелязани в изложението.

[1] Становищата, застъпвани от различните автори ще бъдат разгледани в съответното изложение.

[2] Така например в Решение № 268 от 23.06.2011 г. на ВКС по гр. д. № 965/2010 г., IV г. о., ГК се споменава, че с договор в полза на трето лице не могат да се прехвърлят или учредяват вещни права върху недвижими имоти. На другия полюс е решение № 573 от 25.10.2010 г. на ВКС по гр. д. № 169/2009 г., IV г. о., ГК, в което се поддържа, че прехвърлянето на правото на собственост става със самия договор в полза на трето лице.

[3] Така например при договора за наем, след ползване вещта следва да се върне. Ето защо, предмет на договора за наем не може да бъде потребима вещ. При заема за потребление, се дължат вещи от същия род, количество и качество. Тоест предмет на този договор са само родово определени заместими вещи, даването в заем на индивидуално определени вещи, променя характера на договора (понеже се превръща в заем за послужване).

[4] Повече информация относно общото учение за договора в Римското право виж Андреев, М. Римско частно право. Тракия-М.София.:1999 г. С. 260-275

[5] Zimmermann, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta & Co, Ltd., 1992. 34 p.

[6] Вж. Berger, A. Encyclopedic dictionary of Roman law. The American Philosophical Society. Indipendence Square Philadelphia 6. September 1953. 595 p.

век, когато за първи път е преодоляна от юриспруденцията в Холандия[1]. Това става, под влияние на акцентът, който Хуго Гроций поставил върху волята и съгласието на страните като съществени елементи на договора, а същевременно отговарял и на нуждите на бързоразвиващата се холандска икономика[2].

2.1. Уредба в българското законодателство

В България, ДПТЛ е уреден още в отменения ЗЗД от 1892 г., в чл. 33, ал. 2 ЗЗД (отм.). Самата норма е реципирана косвено от Наполеоновия кодекс[3], през гражданския кодекс на Италия от 1865 г. В правната литература от тази епоха, договорът нерядко е назоваван и като "стипулация"[4]. В действащия Закон за задълженията та и договорите, посветен на този институт е текстът на чл. 22 ЗЗД. Необходимо е да се посочи връзката му с чл. 21 ЗЗД, който гласи, че договорът поражда действия между страните, а спрямо трети лица – **само в предвидените в закона случаи**. От своя страна чл. 22 ЗЗД посочва, че **може да се договаря и в полза на трето лице**. Следователно първият текст, от посочените (чл. 21), урежда общото правило и общото изключение от него, а вторият (чл. 22) урежда конкретно такова. Конкретно понеже ДПТЛ не е единственото изключение от правилото за релативност на облигацията. Освен него има и други, които взети заедно се групират под общото понятие "правни сделки с действие върху чужд правен кръг"[5].

3. Понятие

В теорията[6] се приема, че с ДПТЛ, едната страна (обещател, *промитент*) се задължава към другата (уговарящ, *стипулант*) да изпълни поетото към нея задължение, но не на уговарящия, а на едно трето лице (ТЛ), **което не е страна по договора**. Страни, следователно са само стипулантът и промитентът, а по тяхно съгласие

---

[1] Zimmermann,R. Op. cit. 42

[2] Ibidem.

[3] Във Френския Code Civil договорът в полза на трето лице е уреден в чл. 1121, а в немското право уредбата му се съдържа в § 328 – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

[4] Така Лиджи, Д., Фархи, Л. Коментар на Закона за задълженията и договорите – чл. чл. 1-333. София, 1920 г. С. 90

[5] Проф. Таджер (Таджер, В. Гражданско право на НРБ обща част, дял 2. София 1973 г. с. 173) разглежда договора в полза на трето лице като пример за рефлексно действие на договора. Разликата обаче между рефлексно действие на договора и действие на договор върху чужд правен кръг е изяснена в теорията (виж. Калайджев, А. Облигационно право обща част. Шесто прер. и доп. издание. Сиби, 2013 г, с. 161, бел. под линия 338) и тя е съществена. Изразява се в това, че при първия случай рефлексното действие настъпва по силата на закона (ex lege), докато при втория случай (действие на договор върху чужд правен кръг) това става по волята на страните.

[6] Така Калайджев, А. Облигационно право обща част. Шесто прер. и доп. издание, Сиби, 2013 г, с. 158-161; Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение, ЮрисПрес. София. 2002 г., с. 103; Голева, П. Облигационно право. Фенея. София.:2013 г., с. 89.

точно определено[1] ТЛ (бенефициер), **което не участва в договора нито пряко, нито чрез представител**, ще има правото да иска изпълнението на поетото от промитента задължение. В това се изразява и отклонението от правилото за релативността на облигационното отношение (чл. 21, ал. 1 ЗЗД).

При тази конструкция на договора се наблюдават следните правоотношения.

А) Отношение между страните по договора – стипулант и промитент (отношение на покритие). Като страни по договора, за тях важи и правото да унищожат, развалят или прекратят самия договор.

Б) Отношение между стипуланта и ТЛ (т.нар. "валутно отношение") При него са възможни различни хипотези (гестия, дарение и т.н.)

В) Отношение между промитента и ТЛ (външно отношение). Съдържанието на това правоотношение се изразява в това, че поражда правото на лични искове срещу промитента за изпълнение на престацията, за която той се е задължил по договора.

Г) Отношения между третото лице и кредиторите на стипуланта (чл. 22, ал. 3 ЗЗД).

4. Противоречията в теорията и съдебната практиката

Видно от чл. 22, ал. 1 ЗЗД законодателят се е задоволил с това да посочи, че договарянето в полза на трето лице е допустимо. Лаконичната законова уредба на договора, както се изтъкна в началото е породила два съществени дискусионни моменти, които се заключват около:

- Характера на действие на ДПТЛ;
- Възможността за прехвърляне на вещни права върху недвижим имот, в полза на третото по договора лице.

Отговорите на тези въпроси ще се потърсят, като се започне с първия поставен.

4.1. Схващания в теорията по отношение действието на ДПТЛ

Действието, което поражда ДПТЛ, се детерминира от специфичния характер, който разкрива тази правна фигура. При изследване на темата, следва да се разграничи безспорното от спорното. Безспорното в случая е, че действието на договора се разпростира върху правната сфера на ТЛ, а спорът се поражда около момента на пораждането на това действие и в какво се изразява то. По отношение на тези противоречия, по-широко приета в литературата е теорията за прякото и непосредствено придобиване на стипулираното право в полза на бенифициера[2]. Същата се споделя и в по-новата съдебна практика[3]. Съгласно тази теория, когато Х и У догова-

---

[1] Вж. Решение на ВС № 3274 от 7.I.1971 г. по гр. д. № 1020/71 г., I г. о.

[2] Така Голева, П. Облигационно право. Фенея. София.: 2013 г., с. 89; Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. ЮрисПрес. София. 2002 г., с. 105; Диков, Л. Курс по българско гражданско право. Част III. Облигационно право. Цикло-Печат "Шипка".С.:1947. С. 178. Калайджев, А. Облигационно право обща част. Шесто прер. и доп. издание. Сиби. 2013, с. 165;

[3] Виж например решение № 573 от 25.10. 2010 г. по гр. дело № 169/2009 г., ГК, IV г.о. на ВКС;

рят в полза на ТЛ, последното придобива отстъпеното право преди да е заявило, че иска да се ползва от уговорката. Тоест от момента на постигането на съгласието между уговарящия и обещателя, правото се транслира в патримониума на третото лице. Участието и волеизявлението му по самия договор са ирелевантни. Съгласно тази теория[1] това правило се извежда от употребената терминология в чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД, според който уговорката в полза на ТЛ не може да бъде **отменена**, след като то е заявило, че иска да се ползва от нея. Това е било така, понеже според терминологията на ЗЗД отменяват се съглашения и уговорки, които вече са породили действие. На следващо място, чл. 22, ал. 1 ЗЗД се тълкува през призмата на чл. 24, ал. 1 ЗЗД, съгласно който при договори за прехвърляне на собственост и за учредяване или прехвърляне на друго вещно право върху определена вещ прехвърлянето или учредяването настъпва по силата на самото съгласие. По този начин се обосновава становището за автоматичното придобиване на права от ТЛ, пряко и непосредствено.

4.2. Какво е действието, което се поражда в действителност и какво е значението на волеизявлението от бенифициера?

В настоящето изложение ще бъде направен опит да се обоснове разбирането, че волеизявлението на бенифициера има каузално значение за придобиване на правата по договора в негова полза. Тази теза не е нова. Тя има исторически контекст[2], и не е непозната в българската частноправна литература[3].

По-горе беше споменато, че съгласно терминологията на ЗЗД могат да се отменят съглашения и уговорки, които вече са породили действие. Това безспорно е така. ДПТЛ поражда действие със самото съглашение между страните, а неговата differentia specifica се изразява в това, че действието му се разпростира върху правната сфера на трето лице. Но това действие **не проявява автоматично транслативен ефект**. За да се изясни това, трябва да се преосмисли съдържанието и смисъла на нормативния текст в чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД.

Текстът, в посочената разпоредба, съдържа два основни елемента. Те са **уговорката в полза на ТЛ** и **изявлението от това лице.** Освен, че законът включва изявлението на ТЛ като факт, от значение за сделката, той определя и неговото съдържание. Третото лице трябва да заяви на обещателя или на уговарящия, че **иска да**

---

[1] Така Калайджиев, А. Договорът в полза на трето лице. Сп. Пазар и право, бр. 9/2003 г., с. 30-38.

[2] Още през 17 век, когато в Холандия за първи път започват да се сключват договори в полза на трети лица, юристите поставили изискване, облагодетелстваното лице да декларира съгласието си за това. Вж. Zimmermann, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg: Juta & Co, Ltd., 1992. 34 p.

[3] Вж. Русчев, И. Договорът в полза на трето лице. Обща постановка и очертаване на проблемите. Незадоволителността на различните обяснения на договора. Дайджест – Собственост и право, 2010 г./2, приложение. Също и Велинов, Л. Юридически речник. Отечество. София.:1994 г. (в съавторство с Георгиев, Г.). На с. 155-156 Любен Велинов отбелязва, че "от момента, в който бенефициерът заяви, че приема уговорката, правата преминават върху него."

се ползва от уговорката в негова полза. Преди да е направено такова изявление, тя може да бъде отменена. Въпросът е – придобива ли бенифициерът стипулираното по договора право преди да е заявил съгласието си за това? Нека посочим няколко хипотези, които са възможни в практиката. Възможно е уговарящият, целейки да изпълнени свое задължение спрямо бенифициера, да сключи договор в негова полза, чрез който му прехвърля собствеността на определена вещ. От момента на съгласието между него и обещателя, би следвало бенифициерът да стане собственик и върху него да се пренесе риска от случайното погиване на вещта (res perit domino). По този начин, в случай, че вещта действително погине, ТЛ би понесло вредата от това, тъй като задължението на обещателя спрямо него ще бъде формално изпълнено, но фактически, притезанието остава неудовлетворено. Т.е. едно облигационно задължение се погасява по неблагоприятен за кредитора способ, въпреки волята и знанието му за това.

Може да се приведе и друг пример. Имайки предвид, че до изявлението на ТЛ, уговорката може да бъде отменена, то същата по аргумент на по-силното основание (per argumentum a fortiori) може да бъде изменена. Следвайки застъпената теория (за автоматично придобиване на права от ТЛ), поддръжниците ѝ трябва да се съгласят, че с договора може да се засегне отрицателно патримониума на бенифициера. Така например, ако е сключен договор в полза на Y като уговорката хипотетично е на стойност 1000 лв., активът в патримониума му би се увеличил с посочената сума автоматично след сключването на договора. В един бъдещ момент (но преди Y да е заявил съгласие по договора), уговорката може да бъде изменена от страните А и В. Това изменение по своята правна същност е нов ДПТЛ. В разглеждания пример, първоначално уговореното право, оценено на 1000 лв. е заменено с друго, но стойността на което е 200 лв. По този начин би се оказало, че след новото съглашение активът в патримониума на лицето от примера би трябвало да се редуцира с 800 лв. Става така, че новият договор всъщност не го ползва, а напротив би трябвало да засегне отрицателно правната му сфера. Разбира се този извод не може да бъде подкрепен. Причината за това не е друга, а именно защото до изявлението, с което бенифициерът **се съгласява** да се ползва от уговорката, той няма претенция спрямо промитента. До тогава, страните могат да изменят съдържанието на престацията в негова полза както пожелаят. Това е възможно, не защото законът позволява пряко намесване в правната сфера на ТЛ, а защото последното придобива правото в обема и съдържанието, за които даде съгласие.

Тази теоретична постановка обяснява въпросите, възникващите при възможните фактически усложнения при договора, за разлика от широко застъпената теза за автоматичното и непосредствено придобиване на права от бенифициера. Последната се крепи единствено на семантичното тълкуване на чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД във връзка с чл. 24, ал. 1 ЗЗД. Ето защо смятам, че критиката на тази теория е основателна[1], а отхвърлянето ѝ за обосновано. Необходимо е **да се изследва механизмът**

[1] Сериозна критика на общоприетото схващане за автоматичния транслативен ефект на ДПТЛ се прави от Проф. Русчев. Вж. Русчев, И. Договорът в полза на трето лице. Обща постановка и очертаване на проблемите. Незадоволителността на различните обяснения на договора. Дайджест – Собственост и право, 2010 г./2, приложение

на действие на договора в полза на трето лице, а това ще стане като се анализира анатомията на самия договор.

Видно от чл. 22 ал. 1 ЗЗД, законът признава **волеизявлението** на ТЛ като юридически факт, с осъществяването на който се прекратява възможността страните по сключения договор да отменят едностранно направената уговорка. Съгласно разпоредбата, уговорката в полза на ТЛ не може да бъде отменена, след като то е заявило на обещателя или на уговарящия, че иска да се ползва от нея. Да изрази бенифициерът съгласие по договора означава по някакъв начин да доведе до знанието на уговарящия или обещателя, че иска да се ползва от него. Това може да стане и чрез конклудентни действия, например като потърси изпълнение от обещателя. Да се изрази съгласие означава още да се даде **отговор**. Съгласието е ответна одобрителна, потвърдителна реакция, чрез която се съгласува определено поведение[1]. Затова простото мълчание или бездействие от страна на бенифицера не може да се приравни на съгласие. Респ. смисълът, който се крие в цитираният нормативен текст е, че ТЛ може да се съгласи да се ползва от уговорката, докато последната не е отменена от уговарящия и обещателя. От тази гледна точка, съгласието на ТЛ да се ползва от сключения договор е условие, с настъпването на което законът предвижда осъществяването на правните последици на сделката. Като такова, то не е модалитет по смисъла на чл. 25 ЗЗД, **а е условие на правото (conditio juris)**, защото е предвидено в закона – не от страните**.** Следователно ДПТЛ, уговорка в полза на ТЛ и съгласието на това лице, са различни неща. **Договорът** е съглашението, в което се включва **уговорката** в полза на третото лице. Последната е част от съдържанието на договора. **Съгласието** не е част от това съдържание. То е юридически факт, който макар да лежи извън съдържанието на сделката, черпи основание именно от нея, защото е предвидено в закона условие, което обуславя правните последици на договора. Съгласието на бенифициера е релевантно единствено за уговорката в негова полза, а не за сключването на договора. Това е така, защото той не е страна по него и волята за сключването му е ирелевантна. Ето защо съгласието е юридически факт, който обуславя не действителността на договора, а неговите правни последици. Договорът не е незавършен, ако ТЛ откаже да се ползва от уговорката. В такъв случай страните могат да посочат друго лице или да прекратят договора. Това е така, тъй като действието на conditio juris е ex nunc. А след като ТЛ е дало съгласие, отмяната на уговорката е възможна само в два случая. При първия, уговарящият трябва да си е запазил правото да я отмени, съгл. чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД [вж. 5.1.4.]. При втория случай отмяна е допустима, само ако ТЛ даде последващо съгласие за това. При тази хипотеза е налице отказ от възникнало право, който е напълно допустим[2].

---

[1] Съвременен тълковен речник на българския език с приложения."Елпис". В. Търново.: 1995. 1168 с.

[2] Вж. Торманов, З. Прекратяване на договора. Сиби. С.: 2013. С. 32

4.3. Конститутивно и транслативно действие на ДПТЛ

С казаното дотук се маркираха **двата стадия, през които минава действието на договора в полза на трето лице**. Първият от тях се поражда със самото сключване на договора между стипуланта и промитента. Този етап се характеризира с това, че по съгласието на страните възниква правна връзка (vinculum iuris) между обещателя и третото лице[1]. В това се изразява разпростирането на действието в патримониума на лице, което не е страна по съглашението. При това знанието, участието или волеизявлението на това лице не е необходимо. То не е страна по договора. По силата на този договор, в негова полза се поражда потестативното право, което му дава възможността да приеме (или откаже) престацията, за която се е задължил промитентът спрямо стипуланта[2]. Следователно **първият етап от действието на договора е конститутивен**. Правото на бенифициера да приеме или да не приеме уговореното може да бъде упражнено както спрямо стипулатна, така и спрямо промитента (чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД). Бенифициерът придобива стипулираното право след като даде съгласие за това. То от своя страна е притезателно, понеже има за съдържание, правото на бенифициера да иска изпълнението на уговорената престация и задължението на промитента да изпълни. С изявлението на третото лице, се заключва **вторият етап от действието на договора, който е транслативен**. Точно и за това, уговорката не може да се отменя след изявеното съгласие от бенифициера (чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД), понеже правото се транслира в неговия патримониум от този момент[3]. В подкрепа на това становище, освен разгледаните по-горе, са и виждането в теорията[4] и практиката[5], че страните по договора в полза на трето лице, **не могат да прекратяват по взаимно съгласие** договора, щом като третото лице вече е изявило волята си да се ползва от уговорката.

Нуждата от волеизявление на ТЛ е безусловна, тъй като транслирането на права в неговия патримониум без съгласието му не е предвидено[6]. По този въпрос в литературата[7] се изказва становището, че нормата на чл. 24, ал. 1 ЗЗД е специална по отношение на тази на чл. 22 ЗЗД и не допуска прехвърляне на вещни права върху

---

[1] Виж Zimmermann, R. Op. Cit. 42 p.

[2] В този смисъл и Русчев, И., Договорът в полза на трето лице… Дайджест – Собственост и право 2/2010 г., приложение.

[3] В Реш. № 385 от 29.02.2012 по гр. д. № 5680/2011 на Районен съд – гр. Русе също е застъпено становището, че ТЛ придобива уговореното право в негова полза чак след като е дало съгласие за това.

[4] Торманов, З. Прекратяване на договора. Сиби. София.: 2013 г., с. 31.

[5] Вж. Решение на ВС № 277 от 9.II.1962 г. по гр. д. № 9982/61 г., IV г. о., както и Решение № 3274 от 7.I.1971 г. по гр. д. № 1020/71 г., I г. о.

[6] Освен, че това не е предвидено в самата норма на чл. 22 ЗЗД, никъде в облигационния закон няма подобен текст, който да се прилага по аналогия. Освен това, когато валутното отношение по ДПТЛ е с дарствено намерение, ако се приеме, че волята на бенифициера е ирелевантна ще се стигне до заобикаляне на договорния режим на дарението по чл. 225 ЗЗД. Виж още Цончев, К. Договор за дарение. Наука и изкуство. С.: 1988, с. 92.

[7] Бехар, Ж. Вещноправен ефект на договора в полза на трето лице. Нотариален бюлетин, 2003, № 2.

недвижими имоти в полза на лица, които не са страни по договора. Това становище следва да се подкрепи, но с допълнението, че е валидно не само при прехвърлянето на вещни права върху недвижими имоти, но и при останалите прехвърлителни сделки. Така разгледани нещата обясняват механизма на придобиване на правата от третото лице по договора, а от друга страна съответстват на буквата и духа на закона, който видно от разпоредбата на чл. 22, ал. 1 ЗЗД включва в себе си, както уговорката между страните (първият етап), така и изявлението на третото лице по отношение на уговорката (вторият етап).

4.4. От кой момент бенифициерът може да прави валидно волеизявление по сделката?

Още нещо съществено, което трябва да се отбележи е моментът, от който ТЛ може валидно да упражни изявление за съгласие да се ползва от уговорката в негова полза. Отговорът е в чл. 22, ал. 1 изр. II ЗЗД, който бе разгледан. Тази разпоредба указва, че уговорката в полза на ТЛ не може да бъде отменена, след като то е заявило, че иска да се ползва от нея. Нещата са свързани логически. За да може ТЛ да изяви съгласие да се ползва или не от даден договор, същият трябва да съществува в правния мир. Следователно бенифициерът не може да упражнява правото да заяви съгласие или несъгласие, както преди сключването на договора, така и паралелно със сключването му, защото все още не е конституирана в негова полза тази възможност. В този смисъл дадено такова съгласие е sine causa.

5. Правото на собственост като предмет на ДПТЛ

Юристите, творили в епохата преди 1945 г. и занимавали се с ДПТЛ, не са се спирали задълбочено върху въпроса какви права могат да бъдат предмет на този договор[1]. Вероятно, за това темата до днес е останала дискусионна. Въпросът относно възможността да се прехвърлят вещни права, чрез ДПТЛ е комплексен и е свързан както с естеството му, така и с обекта на разпореждане чрез него. За да се установи евентуалността на тази възможност трябва да се съобразим със следните фактори:

- волеизявлението на бенифициера по договора
- вещният ефект на облигацията по българското право
- режима на прехвърляне на недвижими имоти

По първата от изведените точки бе разгледано, че със съгласието на ТЛ, настъпва транслативната сукцесия. По отношение на втората точка – трябва да се отбележи, че по силата на чл. 24 ЗЗД българското право е възприело т. нар. вещен ефект на облигацията. По третата точка, трябва да се отчете правилото на чл. 18 ЗЗД, съг-

[1] Апостолов, И. Правни сделки с действие върху чужд правен кръг, Печатница С. М. Стайков, София, 1937 г. Цит. съч. с. 179

ласно което прехвърлянето на собственост или учредяването на вещни права върху недвижими имоти трябва да бъдат извършени с нотариален акт[1].

След направените бележки дотук, остава да се анализира как вещнотранслативният режим на недвижимите имоти се синхронизира с режима на действие, който разкрива ДПТЛ.

5.1. Транслиране на вещни права върху недвижим имот чрез ДПТЛ

В настоящото изложение ще бъдат разгледани две хипотези, дискутирани в доктрината, при които в полза на бенифициера по договора в негова полза, се прехвърля право на собственост върху недвижим имот.

1) Транслиране на вещни права върху недвижим имот, в полза на третото лице, **без** участието му в нотариалното производство;

2) Транслиране на вещни права върху недвижим имот в полза на третото лице **с** участието му в нотариалното производството;

Накрая ще се разгледа общ и за двете хипотези проблем, които произтича от чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД.

5.1.2. Транслиране на вещни права върху недвижим имот, в полза на третото лице, без участието му в нотариалното производство.

Споделя се в литературата[2] и в по-новата практика на ВКС[3], че ТЛ придобива правото на собственост или друго вещно право, от момента на постигане на съгласието между уговарящия и обещателя. Той придобива правата по договора преди да е заявил, че иска да се ползва от уговорката в негова полза. Съгласно същото становище, самото приемане от третото лице на уговореното в негова полза е едностранен неформален акт. Поддържа се, че не е необходим изричен акт за приемане от третото лице, който да бъде вписан. Ако бенефициерът не приеме уговорената в негова полза облага, отказът следвало да бъде формален, подлежащ на вписване.

Посочената теза не отчита спецификата на действието, което поражда разглеждания договор. А тя се изразява в това, че когато страните (стипулант и промитент) изповядат сделката пред нотариуса, съставеният нотариален акт, учредява на първо място правото на ТЛ да се съгласи да се ползва от нея (конститутивен етап на ДПТЛ). Съгласието на третото лице е conditio iuris за тази сделка. Следователно транслативното действие на договора е в зависимост от осъществяването на това условие[4]. Остава да се разгледат възможните хипотези при тези отношения.

---

[1] Реш. 111/85 г. ОСГК на ВС "нищожни са договорите, сключени при неспазване на предписаната по време на сключването им форма, освен ако не се признае тяхната действителност с последващ закон, който с изрична разпоредба придава обратна сила на новопредписаната форма."

[2] Лазаров, Цв. Придобиване право на собственост върху недвижим имот чрез договор в полза на трето лице. Сп. Собственост и право, брой 7/ 2004 г

[3] Виж Решение № 573 от 25.10. 2010 г. по гр. дело № 169/2009 г., ГК, IV г.о. на ВКС; Решение № 268 от 23.06.2011 г. на ВКС по гр. д. № 965/2010 г., IV г. о., ГК;

[4] Не става въпрос за отлагане на действието на самия договор, по смисъла на чл. 25 ЗЗД. Сключването на договор под отлагателно условие е различна правна фигура от разглежда-

Първата от тях, касае възможността, бенифициерът да откаже да се ползва от уговорката. В този случай, той **упражнява потестативнто право**, конституирано от сделката, с което парира възможността да придобие правото, уговорено в негова полза. В този случай не настъпва разместване на блага и първоначалният титуляр на вещното право, запазва собствеността си, стига страните да не решат друго. Това е така, защото сделката остава валидна, понеже conditio iuris няма обратно действие. Страните могат да решат промитента да прехвърли имота на стипуланта, да заменят ТЛ или да прекратят договора. Важен въпрос, който възниква тук е дали отказът на бенифициера да се впише в имотния регистър? В разгледаното становище по-горе[1] се дава положителен отговор, но в действителност трябва да се отговори отрицателно. Бенифициерът не се отказва от правото си на собственост, а отказва да придобие собствеността. Ето защо чл. 100 ЗС не касае обсъжданата хипотеза. На следващо място, спор може да възникне и относно периода за изявлението на бенифициера. Ако такъв срок не е уговорен, то приложими са правилата на чл. 69 ЗЗД[2].

Втората хипотеза касае случая, в който бенифициерът изразява съгласие да се ползва от уговорката. Въпросът е в каква форма следва да се изрази това волеизявление? Не споделям виждането по-горе, че това е неформален акт. Изявлението за съгласие трябва да бъде извършено в писмена форма с нотариално заверен подпис и да се впише в имотния регистър. Изявлението е акт, с който настъпва транслативният ефект по договора, т.е. акт на прехвърляне на вещното право в патримониума на ТЛ. Следователно съгласно чл. 112 буква "а" ЗС, изявлението за съгласие подлежи на вписване.

5.1.3. Транслиране на вещни права върху недвижим имот в полза на третото лице с участието му в нотариалното производство.

Втората възможност за прехвърляне на право на собственост в полза на ТЛ касае случая, в който то участва при изповядването на сделката пред нотариуса. В литературата[3] се посочва, че третото лице трябва да бъде индивидуализирано в нотариалният акт, както и да се удостовери изявлението му, че иска да се ползва от сделката. Изрично да се отбележи още, че стипулантът се отказва от правото си да отменя уговорката или да сменя третото лице впоследствие. Видно, чрез посочената конструкция авторите се стремят да приспособят действията на страните и бенифициера по договора към спецификите на чл. 22 ЗЗД.

ният тук. Виж Ставру, Ст. Нотариален акт под условие? Публикувана от 22.01.2012 г. на http://challengingthelaw.com/veshtno- pravo/notarialen-akt-pod-uslovie/. Посетен за последно на 27.07.2017 г.

[1] Лазаров, Цв. Придобиване право на собственост върху недвижим имот чрез договор в полза на трето лице. Сп. Собственост и право, брой 7/ 2004 г

[2] В този смисъл виж Решение № 37 от 16.07.2015 г. по гр. д. № 6418 / 2014 г. на ВКС, II г. о.

[3] Вж. Бъзински, М. Покупка на имот в полза на трето лице с банков кредит. Сп. Собственост и право, бр. 2 от 2003 г. Бехар, Ж. Вещноправен ефект на договора в полза на трето лице. Нотариален бюлетин, 2003, №2

Чрез осъществяването на този фактически състав, правото на собственост върху недвижим имот се транслира в патримониума на лицето, посочено от страните в договора. Специфичното тук, е че последното се **явява лично или чрез представител** при сключването на договора и участва в това.

В разгледания случай, не е лишено от основание съждението, дали така сключената сделка разкрива характера на ДПТЛ? Възражения могат да се почерпят от следните му специфики. На първо място, при ДПТЛ третото лице няма как да изрази воля по договора **едновременно със сключването му,** между стипуланта и промитента. Това е така, понеже сключеният договор между страните **поражда** правото на бенифициера да приеме да се ползва от него. Следователно, ако той все още не е сключен или в момента се сключва, за ТЛ не е конституирано правото по договора да приеме или не, отстъпеното в негова полза [виж 4.4.]. На второ място може да се дискутира дали участието на това лице в сключването на договора между стипуланта и промитента не го прави страна? Това е така, защото то участва както в преддоговорните отношения, така и в сключването на самия договор. Получава се така, че от страна на купувача по договора за продажба на недвижим имот, субектите са двама, но със спецификата, че единият престира продажбената цена, а другият придобива собствеността върху имота (съсобственост не възниква). Причината за тези техни действия се крие във вътрешните им отношения.

Следователно такова съглашение е напълно валидно, но може да се дискутира дали продажбата се извършва по силата на ДПТЛ или посредством класически договор за продажба. В посочената по-горе хипотеза смятам, че третото лице не е бенифициер по смисъла на чл. 22, ал. 1 ЗЗД (трето неучастващо лице), а страна по договора. Противното разрешение необосновано привилегирова лицето, което придобива уговореното, тъй като него не би могло да се насочи към него иск за евентуална преддоговорна отговорност (culpa in contrahendo), въпреки участието му в преддоговорните отношения и в самото сключване на договора.

Може да се посочи, че често пъти границата между отделни видове сделки е тънка. Прекрачването ѝ от страните, може да промени характера на самия договор. Освен това, страните могат да назоват съглашението помежду си както поискат, но не как те ще го наименуват, а това какво е неговото съдържание и действие определя характера на сключената сделка между тях.

5.1.4. Практически проблеми, които поражда чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД

В настоящия параграф остава да се разгледат още два въпроса. Първият е свързан с възможността, уговарящият да си запази правото да отмени уговорката. Тази възможност произтича от чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД. Включването на такава клауза в договора представлява прекратително потестативно[1] условие по смисъла на чл. 25 ЗЗД, затова този въпрос се пренася в полето на дискусията относно допустимостта на прекратителни условия при прехвърлителните сделки. В доктрината е изразено

[1] Условието като модалитет на сделката, чието настъпване зависи от някоя от страните по съглашението се означава като потестативно. Вж. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II… С. 440

становище за тяхната недопустимост, като то се извежда analogia legis[1]. Срещу това виждане се дават и контрааргументи[2]. При липса на изрична законова забрана в тази насока, смятам, че de lege lata няма основание нотариусът да откаже удостоверяването на такава клауза. Съгласието за отмяна на уговореното в полза на третото лице вещно право, по своята правна същност е нов договор, с който се прекратява едно възникнало правоотношение. Поради това, то трябва да се извърши чрез нов нотариален акт, а не чрез поправка на съществуващия[3].

Вторият въпрос, касае възможността, уговарящият да си запази правото да замени третото лице (чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД). Запазването на такава възможност от стипуланта представлява потестативно условие, чието действие също е правопрекратяващо. Това е така, тъй като се сключва нов договор, с който се погасява едно възникнало вече правоотношение. Досегашното лице се лишава от правата, които е придобило по сделката, а на негово място, стипулантът посочва друго. Ето защо упражняването на това право също трябва да се извърши чрез съставянето на нов нотариален акт. И в двата случая, ако няма уговорен срок за упражняването на това право, бенифициерът може да поиска такъв да бъде определен, съгласно правилата на чл. 69 ЗЗД. След изтичането на срока, в който стипулантът е могъл да упражни това право, правното положение на договора окончателно се стабилизира и отпада възможността настоящият бенифициер да бъде заменян.

6. Заключение и предложения de lege ferenda

Целта на настоящия доклад бе да анализира два полемични въпроса, които и до днес се дискутират в правната доктрина, свързани с договора в полза на трето лице. Това са въпросите за действието на този договор и възможността да се прехвърлят вещни права върху недвижим имот чрез него.

В изследването се достигна до извода, че съглашението между стипуланта и промитента по ДПТЛ поначало има конститутивно действие, тъй като учредява право в полза на бенифициера да приеме уговореното в негова полза. Съгласието на бенифициера е conditio iuris, с настъпването на който се прехвърля уговореното право в неговия патримониум. Това правило се изведе от самата уредба на договора в закона и е в противоречие с широко застъпеното гледище в теорията за автоматично придобиване на права по договора в полза на трето лице. С цел да бъдат премахнати полемиките по този въпрос, смятам че съдържанието на нормата в чл. 22, ал. 1, изр. II ЗЗД, *de lege ferenda* може да се измени в следния смисъл: *третото лице може да заяви на обещателя или на уговарящия, че иска да се ползва от уговорката в негова полза, докато тя не е отменена, а след като заяви това, уговорката не може да бъде отменяна.*

---

[1] Вж, Таков, К. Доброволно представителство. Сиби, С.: 2008, с. 110-111

[2] Вж. Торманов, З. Прекратяване на договора. Сиби. С.: 2013 г., с. 122-124

[3] Това е така, защото поправката на нотариалния акт е допустима по отношение на грешки при изписването на букви, цифри и др. под., но не и по отношение на формираната и изразена от страните по договора воля. В този смисъл вж. Решение № 158 от 19.06.2015 г. на ВКС по гр. д. № 6479/2014 г., IV г. о., ГК

Въпросът за транслативното действие на договора пряко е свързан с вещния ефект на последния. За това след изясняването му се стигна до решение на въпроса, свързан с вещно-прехвърлителния ефект. Установи се, че прехвърлнето на вещни права е напълно възможно, при няколко специфики. Те се свързват с възможностите, които дава чл. 22, ал. 1, изр. III ЗЗД на стипуланта. Те по своя характер са прекратителни условия по смисъла на чл. 25 ЗЗД. При това, въпросът за вещноправния режим на изследвания договор, неизбежно води до дискусията за допустимостта на прекратителните условия и срокове при транслативните сделки. De lege lata допустимостта им е безусловна, но с оглед принципа за сигурност на гражданския оборот, *de lege ferenda* може да се добави ал. 3 към чл. 25 ЗЗД с текст в следния смисъл:

"*Когато страните по едно съглашение са уговорили прекратително условие, обратното му действие, при неговото осъществяване, не засяга правата, придобити от трети лица, преди това*".

Ще завърша изложението с убеждението си, че дискусиите по отношение на изследваната тема трябва да продължат. Договорът в полза на трето лице продължава да буди интерес и всеки нов анализ по темата поражда допълнителни въпроси. Отговорите на тях тепърва ще се търсят в теорията.

Цитирана литература

1. Андреев, М. Римско частно право. Тракия-М. С.: 1999 г.
2. Апостолов, И. Правни сделки с действие върху чужд правен кръг. Печатница С.М.Стайков. С.: 1937 г.
3. Бехар, Ж. Вещноправен ефект на договора в полза на трето лице. Нотариален бюлетин, бр. 2/2003 г.
4. Бъзински, М. Покупка на имот в полза на трето лице с банков кредит. Собственост и право, бр. 2/2003 г.
5. Георгиев, Г., Велинов, Л. Юридически речник. Отечество. С.:1994 г.
6. Голева, П. Облигационно право. Фенея. С.: 2013 г.
7. Диков, Л. Курс по българско гражданско право. Част III. Облигационно право. Цикло-Печат "Шипка".С.:1947
8. Калайджев, А. Облигационно право обща част. Шесто прер. и доп. издание. Сиби. С.: 2013 г.
9. Калайджиев, А. Договорът в полза на трето лице. Пазар и право, бр. 9/2003 г.,
10. Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. ЮрисПрес. С. 2002 г.
11. Лазаров, Цв. Придобиване право на собственост върху недвижим имот чрез договор в полза на трето лице. Собственост и право, бр. 7/ 2004 г.
12. Лиджи, Д., Фархи, Л. Коментар на Закона за задълженията и договорите – чл. чл. 1-333. Печатница Фотинов. С.:1920 г.
13. Русчев, И. Договорът в полза на трето лице. Обща постановка и очертаване на проблемите. Незадоволителността на различните обяснения на договора. Дайджест - Собственост и право, бр.2/2010 г. Приложение.

14.Ставру, Ст. Нотариален акт под условие? http://challengingthelaw.com/veshtno-pravo/notarialen-akt-pod-uslovie/

15.Съвременен тълковен речник на българския език с приложения. Елпис. В. Търново.: 1995 г.

16. Таджер, В. Гражданско право на НРБ обща част, дял II. Наука и изкуство. С.:1973 г.

17. Таков, К. Доброволно представителство. Сиби. С.: 2008 г.

18. Торманов, З. Прекратяване на договора. Сиби. С.:2013 г.

19. Цончев, К. Договор за дарение. Наука и изкуство. С.: 1988 г.

20. Berger, A. Encyclopedic dictionary of Roman law. The American Philosophical Society. Indipendence Square Philadelphia 6. September 1953.

21. Zimmermann, R.The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton, Johannesburg. Juta & Co, Ltd. 1992.

АКТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА ПРАВНОТО РЕГУЛИРАНЕ НА БИЗНЕСА

Научна конференция

Организирана по повод 80-годишнината от рождението
на проф. д-р Любен Караниколов и проф. д-р Емил Златарев
и 70-годишнината от рождението на проф. д-р Златка Сукарева

Предпечатна подготовка Виолета Здравкова

Дадена за печат на 28.05.2019 г.; ПК 29;
формат 16/70/100

ISBN 978-619-232-191-8

ИЗДАТЕЛСКИ КОМПЛЕКС – УНСС