

Кристиан Таков

ХАРАКТЕР НА НОРМАТА НА ЧЛ. 69 АЛ. 1 ИЗР. 2 НА ТЪРГОВСКИЯ ЗАКОН (УВЕДОМЯВАНЕ ЗА ОБСТОЯТЕЛСТВОТО, ЧЕ ТЪРГОВСКОТО ДРУЖЕСТВО Е В ПРОЦЕС НА УЧРЕДЯВАНЕ)

ПРЕДВАРИТЕЛНИ БЕЛЕЖКИ. ПОСТАВЯНЕ НА ПРОБЛЕМА.

Възникването на юридическото лице на търговското дружество по Търговския закон (ТЗ) е уредено в чл. 67 ТЗ. Тази разпоредба гласи, че търговското дружество се смята възникнало от деня на вписването му в търговския регистър. Това вписване се предхожда от съдебно решение, с което се постановява самото вписване в търговския регистър. Съгласно чл. 467 от Гражданския процесуален кодекс решението, с което се допуска вписването, подлежи на незабавно изпълнение. С други думи, в същия ден, в който е постановено решението, то следва и да се впише¹. Преди момента на вписването юридическото лице на дружеството не съществува в правния мир.

Законодателят обаче е отчел обстоятелството, че търговското дружество не възниква от нищото. За да се стигне до момента на вписването в търговския регистър, учредителите на дружеството са положили усилия, извършвали са действия, договаряли са се помежду си. Всички тези факти според нашето законодателство имат не само фактическо, но и правно значение. “Раждането” на търговските дружества може да се раздели условно на три правнозначими етапа: 1.) първият от тях започва със сключване на подготвителен договор за учредяване на дружество²; 2.) вторият бележи началото си от момента на учредяване на дружеството³ и 3.) третият започва с вписването на дружеството в търговския регистър⁴. Последният, трети етап, има най-недвусмислена уредба в ТЗ. Спорове и съмнения могат да се породят във връзка с първите два етапа.

¹ На практика това не винаги става – понякога вписването се извършва и по-късно. В този смисъл, когато има различие между датата, на която е постановено съдебното решение за вписване и датата, на която е вписано това решение, меродавна за възникването на дружеството е втората дата.

² Този етап е факултативен – такъв подготвителен договор може и да няма – например при учредяване на еднолично търговско дружество или в случая, когато за учредяването на дружеството не се предприемат никакви специални действия освен подписването на учредителния договор (устава, статута).

³ В германската правна теория този етап се нарича още “преддружество” (Vorgesellschaft). Това “преддружество” се счита за правен субект *sui generis*. Основание за такова доктринерно твърдение дава §11 ал. 1 от германския Закон за дружествата с ограничена отговорност (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Този текст гласи, че “преди вписването в търговския регистър по седалището на дружеството, дружеството с ограничена отговорност не съществува като такова” (подч. мое – Кр.Т.). От това се прави изводът, че макар то да не съществува “като такова”, то все пак съществува, макар и като нещо друго.

⁴ Той може да се обозначи условно като „завършено раждане на дружеството”.

Настоящата статия засяга втория етап и то – една негова особеност, характерна като че ли само за българския ТЗ. Става дума за едно специфично задължение на лицата, които договарят от името на учреденото, но невъзникнало още дружество. Според чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ “при извършването на сделките (от името на учредяването, но невъзникнало още дружество) задължително се указва, че дружеството е в процес на учредяване⁵”.

Проблемите, които се поставят в случая, са следните:

- по какъв начин следва да се извърши това “указване”, което се иска от закона и
- какви са последиците, в случай, че уведомяването не бъде извършено (дружеството се представя пред третите лица като вече възникнало).

НАЧИН НА ИЗВЪРШВАНЕ НА “УКАЗВАНЕТО”, ЧЕ ДРУЖЕСТВОТО Е ВСЕ ОЩЕ В ПРОЦЕС НА ВЪЗНИКВАНЕ

Законът не установява никаква определена форма, в която “указването” трябва да се извърши. Мислими са следните възможности: **а)** свобода на формата, която форма обаче да гарантира, че насрещната страна е могла да узнае, че дружеството е в процес на регистрация⁶; **б)** определена форма (писмена с разновидностите ѝ по чл. 293 ал. 4 и 5 ТЗ или форма с участие на държавен или оторизиран с удостоверителни функции орган⁷) и **в)** уведомлението да е инкорпорирано в същия документ, в който е обективизирана и сделката, която дружеството в процес на възникване участва.

Измежду тези три възможности най-приемлива изглежда да е първата – за свобода на формата. Основание за такова съждение дава идеята на чл. 293 ал. 1 ТЗ – след като сключването на самата търговска сделка няма изискване за определена форма, един такъв добавъчен елемент към тази сделка, каквото е уведомлението по чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ, също не би следвало да има изискване за форма.

На следващо място – изискванията за особена форма (напр. писмена или такава с участие на държавен или оторизиран с удостоверителни функции орган) винаги произтичат от изрична законова разпоредба. В този случай такава разпоредба не е налице. Поради това може да се приеме, че за уведомяването не е необходима такава по-тежка форма.

В западната договорна практика обстоятелството, че дружеството – страна по сделката е в процес на възникване, обикновено се указва в текста на самия документ, който обективизира сделката. С оглед сигурността на оборота този начин следва да се предпочита. Но не и да се приеме за единствено възможен и

⁵ Тук законодателят не се е изразил особено прецизно – би било по-точно да се каже “в процес на възникване”, а не на учредяване. Учредяването става при постигане на съгласие за сключване на дружествения договор и преди това е твърде малко вероятно, някой да договаря от името на невъзникналото още дружество.

⁶ Уведомяването, независимо в каква форма се извършва, е едностранна сделка, която, за да породи действието си, трябва да е достигнала при другата страна. Тук аналогично могат да се прилагат разпоредбите относно момента, в който офертата за сключване на договор поражда действието си (чл. 13 от Закона за задълженията и договорите).

⁷ Така например нотариална покана, заверена телеграма.

задължителен. Текстът на закона е следният: "при извършването на сделките задължително се указва". Сключването на сделка винаги е процес, а не момент. Преди постигането на съгласието обикновено се водят преговори. Именно в течение на тези преговори може да се укаже, че дружеството е в процес на възникване.

При търгове или конкурси уведомяването може да се направи още при получаването на тръжната/конкурсната документация или при подаването на офертите. В този случай няма да е нужно в сключвания в резултат на спечелване на търга или конкурса договор да се отбелязва обстоятелството, че дружеството е в процес на възникване – контрагентът ще е своевременно уведомен.

Най-сетне, при големи съвместни проекти, свързани със значителни инвестиции търговската практика обикновено прибегва до създаване на нови дружества, чрез които тази дейност ще бъде извършвана⁸. Страни по такива договори рядко са самите инвеститори. В тях те участвуват посредством техни дъщерни дружества или посредством дружества, в които имат контролен пакет акции или дялове. Като се има пред вид, че регистрацията на тези създадени специално с тази цел дружества отнема известно време, може да се очаква, че договорите между инвестиционните партньори ще бъдат сключени именно посредством дружества, които още са в процес на възникване. В тези хипотези уведомлението, че съответното дружество все още не е възникнало се прави обикновено в т.нар. "писма за намеренията" (letter of intent). Уведомлението обаче често е направено мълчаливо⁹. Дори може да се счита, че по силата на търговския обичай (чл. 288 ТЗ) на страните при такива съвместни проекти във всички случаи е било известно, че ще участвуват посредством дружества, които тепърва ще се регистрират.

В обобщение може да се приеме, че **уведомлението** за обстоятелството, че дружеството – страна по сключвана търговска сделка – е в процес на възникване, **може да се направи в свободна форма. Не е нужно това уведомление да бъде възпроизведено в текста на сключваната сделка.** Уведомлението не е нужно да се прави, ако насрещната страна отнапред е била в известност относно това обстоятелство¹⁰.

ПОСЛЕДИЦИ ОТ ЛИПСАТА НА "УКАЗВАНЕ"

Досега се разгледа въпросът, каква трябва да е формата на указването. Какви ще бъдат обаче правните последици при липса на уведомяване? Разпоредбата на чл.

⁸ При това целите обикновено се свеждат до счетоводно обособяване на новите проекти от досегашната дейност на участниците в сделката и до ограничаване на отговорността посредством използването на ограничената отговорност на капиталовите дружества.

⁹ Например единият от контрагентите заявява на другия, че сделката ще се сключи от името и за сметка на дружество, различно от неговото, чието наименование недвусмислено говори за това, че то е дъщерно дружество (напр. ако дружеството майка се нарича "Х", дъщерното дружество ще носи фирмата "Х – България").

¹⁰ В германския Търговски кодекс, както и в Закона относно дружествата с ограничена отговорност, както и в Закона за акционерните дружества такова изискване за уведомление между другото не съществува. Като се има пред вид, че това са били образците, от които се е водил нашият законодател при изработването на ТЗ, следва да се замислим, дали изискването за уведомяване не е чуждо на цялата систематика на закона и дали неговите функции не се изпълняват много по-успешно от други норми на ТЗ.

69 ал. 1 изр. 2 ТЗ употребява израза “задължително се указва”. Тази редакция на текста навежда мисълта най-първо на следните две възможности:

- “указването”, че дружеството все още не е възникнало, е предпоставка, без наличието на която сключеният договор не може да породи правните си последици и
- липсата на “указване” представлява противоречие с императивна законова разпоредба, което води до нищожност на сключената сделка (чл. 26 ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)).

Тези две тези следва внимателно да се проверят, тъй като приемането им има твърде тежки последици – сключеният без уведомяване договор не би породил въобще правни последици.

1. Дали уведомлението е предпоставка за действителност на договорите, сключвани от търговски дружества в процес на регистрация (conditio iuris)¹¹? Всички conditiones iuris са законово и императивно установени, тъй като охраняват публичен интерес. Conditiones iuris обаче лесно могат да бъдат сбъркани с други, твърде подобни на тях правни явления. Такива външно сходни явления са например някои паралелни задължения, които само съпътствуват извършването на дадено действие, без обаче да са предпоставка за неговата действителност¹². Как обаче могат да се разграничат същинските conditiones iuris от твърде подобните на тях съпътстващи задължения? Критерий тук може да бъде само характерът на опазвания обществен интерес¹³. За да се отговори на въпроса, какъв интерес опазва нормата на чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ, трябва да се има пред вид следното:

Изискването за уведомяване явно не е установено в интерес на лицата, които договарят от името на още невъзникналото дружество – то им възлага едно задължение, а не им дава права. Изглежда тогава, че нормата пази интересите на лицето, с което се договоря от името на бъдещото дружество. Може да се мисли, че тя би следвало да го предпази от евентуални увреждания. Но какви са тези увреждания? Като че ли единствената мислима хипотеза на такива увреждания е следната: контрагентът на още невъзникналото дружество в даден момент да се

¹¹ Под *conditio iuris* се разбират добавъчни елементи към волеизявлението, които, ако не са налице, волеизявлението не може да породи желаното действие. На правото са познати следните видове *conditiones iuris*: реално предаване на вещь (при реалните договори); участие на държавни органи (брак, припознаване); действия на трети лица или даване на съгласие; вписване в регистри; извършване на определени процедури (търгове, конкурси) при сключване на даден вид сделки; извършване на незабавно изявление (напр. при рекламация за явни недостатъци при продажбата); изпращане на покани за общо събрание в някои търговски дружества; спазване на определена форма; приемане на наследство по опис от държавата и недееспособните и т.н.

¹² Като примери за такива “съпътстващи задължения” могат да се дадат: добросъвестността при изпълнение (ако изпълнението е недобросъвестно, то няма да е недействително, а ще е лошо); сключването на брак в “тържествена обстановка”; посочването на определени данни от търговеца в кореспонденцията му (чл. 13 ТЗ); прибавянето на означението на съответния вид дружество към фирмата (ООД, АД, СД и т.н.); обозначаването, че предприятието е в процес на ликвидация; уведомлението, което цедентът трябва да направи на цедирания длъжник за извършеното прехвърляне на вземане и т.н.

¹³ Езикът на законодателя далеч не винаги е достатъчно съвършен, за да може от използваните изрази да се направи еднозначен извод, дали дадено законово изискване е *conditio iuris* или е само съпътстващо задължение.

окаже без насрещен правен субект по правоотношението (учредяваното дружество въобще не възниква¹⁴). Така този контрахент не би имало от кого да търси отговорност за неизпълнение, не би имало от чие имущество да се удовлетворява и т.н. Но такава опасност всъщност не може да възникне никога. Последното изречение на чл. 69 ал. 1 ТЗ предвижда солидарна отговорност на лицата, които са договаряли от името на учредяваното дружество. Тази солидарна отговорност се прекратява едва в момента на възникването на дружеството като юридическо лице – чл. 69 ал. 2 ТЗ. Така в нито един момент договаряният с учредяваното дружество няма да остане без насрещен правен субект. Нещо повече – дори възникналото дружество да се окаже недействително, чл. 70 ал. 4 ТЗ гласи, че в този случай за поетите задължения учредителите отговарят солидарно и неограничено. Оказва се, че това, което цели да предотврати чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ, е перфектно защитено от други норми на този и на следващия текст от закона. Какъв е тогава смисълът на въпросното правило? Интересът на контрахента може да се накърни, ако невъзникналото още дружество (което може и да не възникне въобще) се предвижда да има значително имущество, а лицата, които договарят от негово име, да са неплатежоспособни или с недостатъчно имущество. Това е и единствената хипотеза, в която нормата има своята *raison d'être*¹⁵. Дали обаче този твърде екзотичен случай може да оправдае схващането, че уведомлението е *conditio juris* за сключването до възникването на дружеството договори? Струва ми се, че не.

В подкрепа на разбирането, че уведомлението е само съпътстващо задължение, но не е предпоставка за пораждаване на правните последици на договора, сключен от името на невъзникналото още дружество, може да се изтъкне и следното. Търговският регистър има една специфична последица, уредена в чл. 493 ал. 3 от Гражданския процесуален кодекс. В доктрината тя се нарича “отрицателна публичност” и се свежда до това, че невписаните обстоятелства се считат несъществуващи за трети добросъвестни лица. Докато едно дружество не е вписано в търговския регистър, то не съществува като правен субект. Тъй като всеки има достъп до регистъра, никой не може да се позовава на това, че е мислел или че е бил заблуден, че дадено обстоятелство е вписано, без това обстоятелство да е вписано в действителност – достатъчна е елементарна проверка в регистъра, за да се разсеят всякакви съмнения. При водене на търговски преговори неотменима част от полагането на грижата на добрия търговец е, да провери, с кого договаря и дали това лице има представителна власт. Тази проверка може да се извърши сигурно само по един начин – като се прегледа съответната информация, съдържаща се в регистъра¹⁶. Онзи, който не е поискал извлечение от регистъра (или сам не е проверил информацията, съдържаща се в него) може да се сърди само на себе си – грижа на добрия търговец той не е положил. Нима следва ли на такова лице, проявило неоснователна доверчивост, да се дава такова мощно оръжие – да му се дава право с един замах да прати всички последици на сключените договори в

¹⁴ Било защото учредителите не предприемат нужните действия, било защото съдът отказва да впише дружеството в регистъра и така осуетява възникването му.

¹⁵ Тук не може да се мисли и за ангажиране на отговорността на учредителите по чл. 70 ал. 4 ТЗ – уредената там хипотеза е специална и не би следвало да се тълкува разширително.

¹⁶ На практика това може да стане и като се поиска извлечение от търговския регистър от лицето, което твърди, че има представителна власт по отношение на дружеството. В ежедневието е разпространен и друг подход – да се представят съдебни решения за вписване на дружеството. Трябва да се отбележи, че това създава сериозна опасност – представеното съдебно решение може да отразява не актуалното състояние на дружеството, а някакъв минал момент от неговия живот.

небитието? Да се приеме, че такава възможност съществува, означава да се поощри немарливостта при воденето на търговските дела¹⁷.

Най-сетне, в образците, от които е реципиран ТЗ, норма, подобна на чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ няма.

Тази аргументация води до извода, че **правилото на чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ не представлява *conditio juris*, в зависимост от което е поставено настъпването или ненастъпването на правните последици на сключения без уведомление договор. Това правило създава само едно съпътстващо задължение за лицата, които преговарят от името на невъзникналото още дружество.**

2. Как стоят обаче нещата с другата разгледана теза – че липсата на “указване” представлява противоречие с императивна законова разпоредба, което води до нищожност на сключената сделка? Дали простото нарушение на нормата на чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ, макар да не е предпоставка за действителността на договора, няма да повлече след себе си санкцията на нищожността спрямо този договор (чл. 26 ал. 1 ЗЗД)?

За императивния характер на една норма се съди преди всичко по езиковите средства, които е използвал законодателят при формулиране на разпоредбата, в която тази норма се съдържа. В българското законодателство за съжаление не може да се открие последователна и еднаква употреба на езика в това отношение. Поради това изразът "задължително се указва" сам по себе си не е достатъчно указание за императивност.

В същност този спор – дали нормата е императивна или е диспозитивна - е излишен - нормата на чл. 69 ал. 1 изр. 2 ТЗ установява само едно задължение и въобще не може да се разглежда на плоскостта императивни/диспозитивни норми¹⁸. В този смисъл, нищожна може да е само уговорка между страните, която се опитва да дерогира споменатата норма. Но простото неизпълнение на задължението, което тя възлага, по никакъв начин не може да доведе до нищожност на сключена сделка. Да се приеме, че неизпълнението на задължение води до нищожност на договора, от който то произтича, е правен абсурд *par excellence*. Та нали по този начин бихме стимулирали всички длъжници да не изпълняват задълженията си по договорите, които са сключили, за да могат после да се позоват на тяхната нищожност и така правомерно да могат да откажат да изпълняват въобще!

Погазването на императивни законови разпоредби води до нищожност или когато се прави опит те да се дерогират, или да се заобиколят, или когато не се изпълнят предпоставките, които тези норми предвиждат като условие за пораждане на определени правни последици. В останалите случаи става дума

¹⁷ На това може да се възрази, че в търговията доверието между партньорите е абсолютно необходимо условие. Това безспорно е така, но доверието възниква между партньорите постепенно. Доверие, което се появява “на първо виждане”, трудно може да се отграничи от липсата на здрав смисъл.

¹⁸ Дори да приемем, че нормата е диспозитивна, нейното дерогирание по волята на страните би била чиста *reductio ad absurdum* (страните се договарят, че уведомяването за обстоятелството, че дружеството – контрагент още не съществува, не е задължително). Та нали като се договорят за това, уведомяването на практика вече ще е извършено?

само за неизпълнение на задължение и за произтичащите от него неблагоприятни последици.

Като извод от изтъкнатите съображения се налага следното:

Неуведомяването, че дружеството – контрахент още не е възникнало, е неизпълнение на задължение, установено от закона. Неизпълнението на това задължение не води до нищожност на сключения договор

3. След като се изясни, че настъпването на правните последици на сключения договор не се осуетява от неуведомяването за това, че единият от контрахентите все още е в процес на възникване, следва да се отговори на следния въпрос: каква е все пак санкцията за неизпълнението на задължението за уведомяване? Такава санкция в закона няма предвидена. Дали тогава не може да се приеме, че сме изправени пред една типична *lex imperfecta*¹⁹? Като че ли отговорът следва да бъде положителен. В административно-наказателните разпоредби на ТЗ не е уредена хипотезата на неизвършеното уведомяване по чл. 69 ал. 1 изр. 2.

Разбира се, на контрахента на дружеството остава възможността да търси произтеклите от неизпълнението вреди. Такива вреди обаче трудно могат да настъпят от неуведомяването само по себе си. Още по-трудно е те да бъдат доказани.

Съществува обаче една особена хипотеза, при която неуведомяването може да има тежки последици. Тя се свежда до следното: още невъзникналото дружество се предвижда да има значително имущество и това се съобщава на контрахента. При възникването обаче се оказва, че имуществото, с което е регистрирано дружеството, е много по-малко. В този случай контрахентът може да се позове на измама или на грешка²⁰ и да иска разваляне на договора.

ТЕЖЕСТ НА ДОКАЗВАНЕ

Кой следва да докаже, че уведомлението е било направено. Общият принцип е, че всеки доказва това, на което се позовава. Тъй като задължението за уведомяване лежи върху лицата, действащи от името на невъзникналото още дружество, те (или дружеството, след като възникне) следва да докажат изпълнението на това задължение.

При претенции за вреди, произтекли от неуведомяването, настъпването на тези вреди, размерът им и причинно-следствената им връзка с неуведомяването ще трябва да се доказват от контрахента.

При искане за унищожаване на договора поради грешка или измама (само в особената хипотеза, разгледана по-горе) контрахентът на дружеството в процес

¹⁹ Друг такъв “несвършен закон” е правилото на чл. 13 ТЗ. Ако търговецът не посочва в кореспонденцията си определените данни, не го грози никаква санкция.

²⁰ Сами по себе си обаче измамата и грешката няма да бъдат достатъчно основание за унищожаване – необходимо е наред с тях заблудението у контрахента относно съществени черти на дружеството да е било решаващ мотив при сключването на договора. Такива съществени черти могат да бъдат например размера на капитала, евентуални поети от бъдещите съдружници задължения за допълнителни престации и други, които имат отношение към външните отношения на дружеството.

на възникване ще трябва да докаже, че не би сключил договора, ако знаеше че дружеството ще бъде учредено с различни характеристики от тези, за които е бил уведомен.

С какви доказателствени средства може да бъде извършено доказването, че уведомяването е било извършено? Както вече се видя, задължението за уведомяване произтича от закона, а не от сключен между страните договор. Прие се също така, че уведомяването не е нужно да се прави в някаква определена форма, т.е. то може да стане и устно. С оглед на това ограниченията на чл. 133 ГПК относно свидетелските показания няма да важат и **доказването, че контрагентът е бил уведомен, че дружеството, с което е преговарял, още не е било възникнало, ще може да се провежда с всички доказателствени средства.**