
СТАТИИ

ЗА КОНСТИТУТИВНИТЕ ИСКОВЕ ПО ЧЛ. 71 ОТ ТЪРГОВСКИЯ ЗАКОН

*Георги Атанасов**

Част от потестативните субективни права се упражняват извънсъдебно. Друга част – само чрез упражняване на конститутивен иск. Правомерното упражняване на правото на конститутивен иск е допустимо само когато законът изрично е предвидил, че то се упражнява по съдебен ред – чрез предявяване на конститутивен иск. Другояче казано, носителят на потестативното право няма да може да осъществи правната промяна извън съдебното упражняване на правото. Поради силния ефект – промяна в правната сфера на трето лице, упражняването на тези права (вкл. по исков път) е стриктно и изчерпателно регламентирано от закона. Правната норма определя при какви условия (предпоставки) възниква и може да се упражни конкретно потестативно право. Това е причината да не се допуска, разглежда и решава съдебен спор, предмет на който е съдебното упражняване на непризнато с изрична норма потестативно право.

Това последователно и принципно разбиране се споделя, независимо от нюансите, от теорията и съдебната практика.

В последните години се утвърждава практика по дружественоправни спорове, които предизвикват съмнения относно принципите, свързани с приложното поле на конститутивните искове. Става въпрос за исковете по чл. 71 от Търговския закон (ТЗ). Въпреки отсъствието на изрична законова норма, която да признава на съдружниците (акционерите) в капиталовите дружества потестативно право с конкретен предмет, граници и съдържание, съдилищата допускат, разглеждат и решават конститутивни искове за отмяна на решения на управителните органи на тези дружества. Това е практика при спорове относно актове на управителните органи, приети по реда на чл. 196 ТЗ, но създава процесуален комфорт за последващо разпространение на подобно тълкуване и спрямо други решения на управителните органи на акционерни дружества, приети на основата на делегация от страна на общото събрание на съответния вид търговско дружество.

За да аргументират подобно поведение, съдилищата се позовават на част от мотивите на тълкувателно решение № 1/2002 г. на ОСГК, чието съдържание

* Адвокат от София.

при буквално тълкуване като че ли създава възможност за погрешен правен извод в това отношение. В т. IV, абзац 2 от съдържанието им се съдържа формулировката: „...С оглед вида на търсената защита искът по чл. 71 ТЗ може да бъде установителен, конститутивен и осъдителен“. В последващото изложение не се конкретизира:

а) кое субективно материално право, елемент на членственото правоотношение, има преобразуващ характер и

б) кои преобразуващи членствени права съдружникът или акционерът могат да упражняват по съдебен ред.

В предпоследния абзац на същата т. IV се хвърля допълнително светлина върху разбирането на ОСГК за случаите на защита по реда на чл. 71 ТЗ. Текстът има следното съдържание: „Търговският закон дава възможност за делегиране на част от правомощията на общото събрание на дружеството на неговия управителен орган, при условия, определени от устава и закона – чл. 196 ТЗ. При тази хипотеза защитата срещу решенията на органа следва да бъде упражнена чрез иск с правно основание чл. 71 ТЗ, а не чрез иск по чл. 74 ТЗ, независимо че тези решения по принцип са от компетентността на общото събрание. Това е така поради обстоятелството, че законодателят е разграничил двата иска в зависимост от това кой орган е взел атакуваните решения, а не в зависимост от тяхното естество“. Тълкуването на тези два текста – независимо от липсата на изричен диспозитив в този смисъл в тълкувателния акт по чл. 130, ал. 2 от Закона за съдебната власт – е обосновоало схващането, че най-малко в един случай – този на оспорване на решение на управителен орган на акционерно дружество по чл. 196 ТЗ, е допустимо предявяване на конститутивен иск за отмяна на оспорвания акт.

По мое мнение трудно може да се намери законово основание този извод да бъде споделен, защото:

1. Нормата на чл. 71 ТЗ не е източник на преобразуващо материално право, упражнявано по съдебен ред. Тази норма е овластяваща. Нейният абстрактен характер е породил проблеми при тълкуването и прилагането ѝ, довели до необходимостта от приемане на ТР № 1/2002 г. на ОСГК. Тя не съдържа задължителните за възникването или упражняването на преобразуващо право предпоставки, нито съдържанието на такова субективно право, поради което не може да даде предмета и границите на преобразуваща сила на съдебното решение.

2. Липсва правна норма, която да дава право на съдружник (акционер) да претендира отмяна на решение на управителен орган на дружеството (по чл. 196 ТЗ или друго от категорията на приети по делегирана компетентност от общите събрания) по съдебен ред. Подобно право е уредено само по отношение на решенията на общото събрание на капиталовите дружества. Генералният ха-

рактър на санкцията предполага приложение към различните хипотези на нарушения в акционерното дружество, свързани с чл. 221, т. 1–11 ТЗ. Законодателят е предвидил съдебна защита на членствените права срещу ограничаването им с решение на управителните органи, без да е уредил предметните предели на тази защита. В това се състои разликата от хипотезата на чл. 74 ТЗ. Затова по чл. 71 ТЗ отмяната на решението не е предвидена като единствена възможност и задължение за съда при констатиране на нарушение на защитаваното право. Не са уредени задължителните (в случаите на упражняване на преобразуващо право по съдебен ред) предпоставки за упражняване или условията за постановяване на акт за отмяна на такова решение.

3. Липсва правна възможност за заместване волята на законодателя чрез попълването на евентуалния му пропуск чрез аналогия на закона или правото. Преобразуващите права са от кръга на изчерпателно предвидените в закона и прилагането им по аналогия противоречи на установения принцип за неприменимост на аналогията при изчерпателно установените от закона правила.

4. ТР № 1/2002 г. на ОСГК не може да бъде източник на субективно преобразуващо право – не само заради тълкувателния си характер. Правната възможност за съществуването на подобен иск е спомената в мотивите на тълкувателното решение, а те нямат правната сила и значение на източник на материално преобразуващо право, съответно право на иск за упражняването му. Не могат да имат значението на източник на материално право в конкретния случай и диспозитивите на тълкувателните решения на общите събрания на Върховния касационен съд, доколкото тълкуването е възможно при непълнота или неяснота, а попълването на празнотите в хипотезата на преобразуващо право е невъзможна. Отделен въпрос е, че мотивите на тълкувателното решение не са обвързващи и за съдилищата – за тях имат задължителна сила диспозитивите им.

5. Отмяната на решението като цяло на управителните органи не може да бъде адекватна мярка за защита на материални права в частния случай на хипотезата по чл. 196 ТЗ, поради което иск с подобно съдържание не може да се разглежда. Причините, според скромното ми мнение, са много, но по-очевидните могат да се резюмират така:

а) На защита по реда на чл. 71 ТЗ може да подлежи само признато от законодателя материално право – елемент на членственото правоотношение. В хипотезата на чл. 196 ТЗ това материално право е възможността да се придобият част от акциите (чл. 194, ал. 1 ТЗ). Това е т.нар. право на предпочитително изкупуване. Друго субективно материално право на акционера по повод увеличаването на капитала законът не е уредил. Понякога неправилно като субективно право се посочва интересът за запазване на съотношението между акционерите, но този интерес всъщност няма обективно изражение, различно от цитираното по-горе

право. В този смисъл не съществува самостоятелно субективно материално право на акционера за запазване на съотношението на акционерното участие.

б) Материалното право на предпочитително изкупуване по б. „а“ е притезателно и имуществено (теорията му признава имуществен или смесен характер), а на него отговаря задължение на дружеството да обезпечи на акционера придобиване на определено количество акции, ако той е готов да запише и плати паричната вноска за придобиване. На защита подлежат само това право и позитивният интерес от неговото упражняване, т.е. на ищеца в подобен спор може да се признае съществуване на правен интерес и процесуална легитимация, съответни на защитаваното право.

в) Отсъствието на подобно субективно право не може да бъде квалифицирано като пропуск на законодателя. Приемането на решение на управителните органи по реда на чл. 196 ТЗ се предшества по определение от решение на общото събрание на акционерите за разрешаване на такъв акт и то е актът, създаващ правомерна правна възможност за управителния орган по целесъобразност да ограничи правата на акционерите. С решението на общото събрание на акционерите се създава възможността за ограничаване или лишаване на акционерите от право на предпочитително изкупуване на акции; това решение е годен обект на отменителен иск по чл. 74 ТЗ. Когато то е влязло в сила, актът на упражняването на делегираната компетентност не би следвало да бъде отделен и годен обект на съдебен контрол по целесъобразност, а ограничаването или лишаването от право е именно решение по целесъобразност.

г) Исковата защита на притезателните права може да бъде осъществявана само по пътя на установителни или осъдителни иски. Обратното, недопустимо е предявяването на установителен или осъдителен иск за упражняване на преобразуващо право по съдебен ред. Поради това притезателното право на предпочитително изкупуване на акции при увеличението на капитала не може да бъде упражнявано чрез конститутивен иск. Процесуалното средство за защита на правото на акционера на предимство при придобиване на акции от увеличението на капитала би следвало – според принципите на гражданския процес – да е осъдителен иск, доколкото лицето няма правен интерес от предявяване на установителен иск¹.

д) Независимо от изложеното, дори да съществуваше правна възможност за отмяна на решението като акт, тя не би могла да бъде единствената възможност за защита, защото не би съответствала на принципа за съразмерност на

¹ В правната литература становището, че защитата по чл. 71 ТЗ може да бъде само чрез установителни и осъдителни иски, се поддържа от **Розанис, С.** Проблеми на търговското право. С., 1996, 37–40, и **Колева, Р.** Правна защита на членството в търговските дружества. – Пазар и право, 2005, № 4, 5–9.

защитата на накърнено право с вида, характера и интензитета на нарушението и защитавания правен интерес. Обект на защита е позитивният интерес на акционера – получаването на това, което би следвало да получи при спазване на закона и устава, или обезщетяване за неполучаване на тази имуществена облага. Ако порок е засегнал интереса на акционер, това решение би било незаконосъобразно само в тази част и доколкото представлява акт на увеличаване на капитала (акт, засягащ делим предмет); то би могло да бъде евентуално обект на отмяна само в тази си част. Това разрешение обаче е несъответно на установените способности за защита на описания позитивен интерес и субективно право. Нито пълна, нито частична отмяна на решението са адекватни защитни мерки, защото чрез тях не се постига целта на защитата – получаването на облагата. Неадекватността може да бъде илюстрирана с пример на отмяна на решение по чл. 196, ал. 3 ТЗ за увеличаване на капитала чрез апортна вноска на недвижим имот, по иск на акционер, притежаващ една акция, предявен пет години след апорта и съответно след осъществяване на инвестиционния проект за стотици милиони евро върху имота. Позитивният интерес на този акционер е да получи при увеличаването на капитала съразмерна част от новата емисия акции – напълно осъществим с осъдително решение за набавяне и прехвърляне на съответното количество акции от дружеството на акционера (стига да не са извадени от оборот). В случай на обективна невъзможност за задоволяване на този интерес чрез реално изпълнение той може да бъде надлежно имуществено обезщетен съобразно общите правила за реализиране на имуществената отговорност за неизпълнение на имуществено правно задължение.

Целта на това изложение, при ясното съзнание за неговата дискуссионност, е именно поставяне на въпроса за възможността за съществуване на конститутивен иск в рамките на защита по чл. 71 ТЗ – както за акционерите в случаите на чл. 196 ТЗ, така и по принцип за други актове на управителните органи, приети по делегирана компетентност, за по-обстойно обсъждане в теорията и практиката.