

ИЗБОР НА ЧЛЕНОВЕ НА УПРАВИТЕЛЕН ОРГАН НА ДРУЖЕСТВО
С ПРОМЕНЛИВ КАПИТАЛ

Йордан Баланов

ELECTION OF MEMBERS OF THE MANAGEMENT BODY OF A VARIABLE
CAPITAL COMPANY

Yordan Balanov

Abstract: *The article examines and analyzes issues related to the election of members of the management body of the Variable Capital Company. Emphasis is placed on the election decisions taken by the founders of the company and the general meeting of partners, the entry into force of the decisions, the quorum and majority for voting of decisions at a general meeting, the consent of the newly elected members and the restrictions regarding the membership of the management body of the company.*

Keywords: *variable capital company, election of members of the management body, general meeting of partners*

Дружеството с променлив капитал (ДПК) е новоуредено търговско дружество (ТД) в Търговския закон (ТЗ). За първи път то бе регламентирано в Глава петнадесета „а“, озаглавена „Дружество с променлив капитал“, от чл. 260а до чл. 260я на ТЗ, през 2023г.¹ ДПК има съществени различия в нормативната си уредба в сравнение с персоналните и капиталовите търговски дружества. При съпоставката на законовата регламентация на управителните органи на ДПК от една страна и на дружеството с ограничена отговорност (ООД) и акционерното дружество (АД) от друга страна се откриват както подобни черти, така и отличителни особености между тях.

Изборът на членове на управителния орган на ДПК може да се разгледа в тесен и широк смисъл. В тесния смисъл на понятието то съдържа само решението за избор на членове на управителния орган, прието от учредители-

те или от общото събрание на съдружниците в ДПК, съответно от едноличния собственик на капитала на едноличното ДПК (ЕДПК). В своя широк смисъл понятието обхваща фактическия състав на възникването на членството в управителния орган на ДПК. Би представлявало интерес за теорията и практиката да се разгледа и анализира поставения въпрос в неговия широк смисъл, с оглед спецификите на правната уредба на ДПК.

За разлика от ООД, което има едноличен управителен орган-управител/управители (чл. 135, ал.1, т.2 ТЗ) и АД, което има колективен управителен орган-управителен съвет (УС) при двустепенната система за управление (чл. 241, ал.1 ТЗ), съответно съвет на директорите при едностепенната система на управление (чл. 244, ал.1 ТЗ), ДПК може да има или едноличен управителен орган-управител/управители или колективен управител-

¹ Със Закон за изменение и допълнение на ТЗ, Обн. ДВ, бр. 66/2023 г.

лен орган-УС (вж. 260н, ал. 1, т. 2 и чл. 260ъ, ал.1, изр. първо ТЗ). Дружественият договор на ДПК, съответно учредителният акт на ЕДПК трябва да предвидят изрично, че само един от двата вида управителни органи-едноличен или колективен ще бъде конституиран и ще извършва действия на оперативно управление и представителство на дружеството пред трети лица.

1. Изборът на членове на управителния орган на ДПК може да се разграничи на първоначален и последващ. Първоначалният избор се извършва от учредителите в процеса на учредяване на дружеството. Този избор винаги е пълнен т.е. всички членове на УС или управителя/управителите (ако повече управители са предвидени в дружествения договор, съответно учредителният акт на дружеството) трябва да бъдат избрани преди вписването на дружеството в търговския регистър (ТР). Изборът на членове на управителния орган е елемент от фактическия състав на учредяване на дружеството,² тъй като съгласно чл. 260г, ал.1, т.2 ТЗ, за вписване на дружеството в ТР е необходимо да е избран негов управител или УС.

ТЗ не регламентира минималният и максималният брой членове на УС на дружеството, за разлика от уредбата на УС на АД (броят на членовете на този орган е от три до девет души според чл. 241, ал.1 ТЗ). Това трябва да бъде направено с изрична клауза в дружествения договор, съответно учредителният акт на дружеството, която трябва да посочи точния брой членове на УС (например, двама, трима или петима) или управител/ли (например, двама или трима управители). Поради липсата за законоустановен минимум считам, че УС на ДПК може да се състои и от двама члена.

Ако учредителите на ДПК са физически лица (ФЛ) те гласуват лично за избора на членове на управителния орган на дружеството. Ако учредители са юридически лица (ЮЛ)

изборът се извършва от техните представители (органни или доброволни). Изборът е винаги персонален т.е. членовете на УС или управителя трябва да бъдат индивидуално определени, тъй като техните имена подлежат на вписване в ТР (чл. 260г, ал.2 ТЗ). Учредителите могат да изберат членовете на УС поотделно или всички заедно. Това важи и когато се избират двама или повече дружествени управители. При вписването на дружеството в регистъра трябва да се представи доказателство (протокол или друг документ) за извършения избор на членове на управителния орган (УС или управител/ли). Частичният избор на членове на УС или пълната липса на такъв избор могат да се определят като основания за отказ за регистрация на дружеството в ТР, постановен от длъжностното лице по регистрацията.

ТЗ не урежда начинът и времето на провеждане на избора на членове на управителния орган на ДПК. Ако се проведе Учредително събрание, на него учредителите трябва да вземат решение за този вид избор. Решението може да бъде взето с единодушие или мнозинство (обикновено или квалифицирано) от гласовете на учредителите, съгласно приетите от тях правила за гласуване на Учредителното събрание. То следва да бъде отразено в протокола от провеждане на събранието. Ако такова събрание не бъде проведено, тогава решението за избора може да бъде оформено в отделен документ (в писмена форма) или да бъде включено като клауза от дружествения договор на ДПК.³ Когато дружеството се учредява от едно лице, то еднолично определя (избира) състава на управителния орган. Изборът също може да бъде оформен в отделен акт (в писмена форма) или да бъде включен като реквизит в учредителния акт на дружеството.

Изборът трябва да бъде извършен след сключване на дружествения договор на ДПК,⁴ съответно съставяне (извършване) на учредителния акт на ЕДПК. Тези актове определят

² Калайджиев, А., Недкова, К. Промени в Търговския закон. ДВ, бр. 66 от 2023 г. Дружество с променлив капитал. Несъстоятелност. Несъстоятелност на предприемача. Погасяване на дълг. Стабилизация.: ИК „Труд и право“, С., 2023г., с. 35.

³ Вж. Калайджиев, А., и др. Промени в.., с. 35.

⁴ В теорията се приема, че освен подписване на дружествения договор, е необходимо да се избере управител или управителен съвет-вж. Голева, П. Дружество с променлив капитал. Дали новото търговско дружество е съвършената правно-организационна форма за извършване на търговска дейност? –Търговско и облигационно право, №9, 2023.

вида на управителния орган, броя членове на УС или броя на управителите, ограниченията относно членството в този орган и други условия свързани с него. Изборът има подчинен и зависим характер спрямо върховенството на тези актове, поради което трябва напълно да им съответства. Така например е недопустимо дружественият договор да предвижда като управителен орган – УС, а учредителите да изберат управител/ли или обратно. Избор на членове на несъществуващ (нелигитимен) дружествен управителен орган, тъй като такъв не е уреден в дружествения договор, съответно учредителния акт на дружеството, всъщност се приравнява на липсата на действителен избор и е в противоречие с чл. 260г, ал. 1, т. 2 ТЗ. Такъв избор би бил нищожен, няма да породи последици и е основание за отказ за регистрация на дружеството в ТР.

Членове на управителния орган могат да бъдат само дееспособни ФЛ и/или възникнали (съществуващи) ЮЛ (арг. от чл. 260ц, ал. 2 ТЗ). Това е предпоставка за валидността на направения избор. Изборът на несъществуващи (напр. починали ФЛ) или несъществуващи (невъзникнали или прекратени) ЮЛ за членове на управителния орган на дружеството следва да се квалифицира като нищожен. Основание за нищожността е противоречие на избора с императивна правна норма, каквато е чл. 260ц, ал.2 ТЗ (арг. от чл. 26, ал.1, хипотеза първа от Закон за задълженията и договорите (ЗЗД)). Изборът на членове на управителния орган на дружеството е сделка на учредителите, а не решение на ОС на възникнало ТД. Поради това спрямо нея не се прилагат правилата за отменимост на чл. 74, ал.1 ТЗ, но тя може да се подведе под основанията за нищожност или унищожаемост, уредени в ЗЗД. Разглежданият избор може да бъде напълно или частично нищожен, ако основанията за това са налице спрямо всички или част от новоизбраните членове на управителния орган на дружеството. Нищожен ще бъде избора и на недееспособно ФЛ (малолетно или поставено под пълно запрещение лице) отново поради противоречие с императивна разпоредба на закона. Нищожният избор е основание за отказ на длъжностното лице по регистрацията за извърши вписване на дружеството в ТР.

Дееспособността на ФЛ или ЮЛ-членове на управителния орган е предпоставка за действителността на извършваните от него правни действия. Когато се избират за членове на управителния орган ЮЛ, на практика техните представители – дееспособни ФЛ ще упражняват членските права и изпълняват членските задължения в този орган. ЮЛ може предварително, по време или след избора да посочи свой представител в управителния орган на ДПК. Ако това не е направено, за такъв следва да се счита неговия едноличен органен представител (напр. управител на ООД).

Членовете на управителния орган могат да бъдат или да не бъдат съдружници в дружеството. Разпоредба в подобен смисъл в ТЗ липсва. Ограничението те да бъдат само съдружници може да бъде предвидено изрично в дружествения договор на ДПК. Ако се учредява ЕДПК с колективен управителен орган-УС, учредителния акт може да предвиди само един от неговите членове да бъде съдружник-едноличния собственик на капитала. Останалите членове на УС не са съдружници. Когато ЕДПК има управител, а учредителния акт предвижда ограничението той да бъде съдружник, тогава едноличния собственик на капитала трябва да определи (назначи) само себе си като такъв. По този начин това лице запазва за себе си правото да бъде дружествен управител.

Сам по себе си изборът на членове на управителния орган на дружеството не е достатъчен, за да възникне членството на едно лице в този орган. Тъй като изборът е персонален и поради императивното изискване на чл. 260ц, ал. 4 ТЗ, всеки един избран член трябва да даде своето съгласие в писмена форма с нотариална заверка на подписа си. Това е форма за действителност, установена от закона, на неговото изрично извършено насрещно волеизявление, квалифицирано като съгласие с направения избор.

Съгласие дадено в устна или писмена форма е нищожно, като основанията за това е липсата на форма за действителност. В случая съгласието има за адресат учредителите на ДПК, съответно учредителя на ЕДПК. Следователно изборът и съгласието определят възникването на членството в управителния орган на дружеството като договорно по своя

характер. Ако ЮЛ е избрано за член на управителния орган, тогава неговия представител (органен или доброволен) трябва да даде въпросното съгласие.

ТЗ не посочва изрично времето, когато трябва да бъде дадено това съгласие. Може да се приеме, че то може да бъде извършено преди, по време или след разглеждания избор. Съгласието обаче винаги трябва да предхожда регистрацията на дружеството.⁵ Това е така, защото към момента на тази регистрация нотариално завереното съгласие на избраните членове на управителния орган на дружеството е един от необходимите документи, които трябва да се приложат, за да може тя да се осъществи. Липсата на такова съгласие е основание за отказ на регистрацията на дружеството в ТР.

Членовете на УС, съответно управителя на дружеството са длъжни преди регистрацията на дружеството да представят и декларация за липса на пречките по чл. 260ц, ал.3 ТЗ. Тази декларация не е елемент от фактическия състав на възникването на членството в дружествения управителен орган. Тя е един от необходимите документи, които следва да се приложат към заявлението за регистрацията на дружеството. Липсата на декларацията би била основание за отказ на длъжностното лице по регистрацията да впише дружеството в ТР.

ДПК (ЕДПК) възниква като ЮЛ от момента на първоначалната си регистрацията т.е. тук е налице нейното конститутивно действие (чл. 67 ТЗ). Имената на членовете на УС, съответно на управителя/те на дружеството се вписват в ТР (вж. чл. 260 г., ал.2 ТЗ). От този момент се конституират органите на дружеството и възниква членството в тях. Управителният орган може в пълен обем да извършва действия на управление и представителство

на дружеството пред трети лица. За всеки един от членовете на УС, съответно управителя възниква организационно (органно) правотношение между него и дружеството⁶.

2.Съгласно чл. 260п, т. 4 ТЗ общото събрание (ОС) на съдружниците на ДПК избира членовете на УС, съответно неговия управител. Това правомощие е от изключителната компетентност на ОС и не може да се делегира чрез дружествения договор или решение на ОС на друг дружествен орган. Разпоредба в подобен смисъл липсва в ТЗ. Този извод се отнася и до ЕДПК, при което едноличния собственик на капитала единствен има правомощието да избира членове на управителния орган на дружеството (арг. от чл. 260н, ал.2 ТЗ).

Както вече се посочи, ОС може да избере за членове на управителния орган дееспособни ФЛ и/или възникнали (съществуващи) ЮЛ. Когато се избира за такъв член ЮЛ, то трябва да определи свой представител, който следва да упражнява неговите правомощия в управителния орган. Определянето на представителя може да бъде преди, по време или след вземането на решението от ОС. Представителят трябва да бъде само един. Ако такъв не е посочен, може да се направи извода, че органният представител (например, управителя на ООД) ще представлява ЮЛ в управителния орган на ДПК.

По правило изборът на членове на УС, съответно управител е срочен т.е. те упражняват своите правомощия за определен срок от време (мандат), който трябва да бъде определен в дружествения договор, съответно учредителния акт на дружеството (арг. от чл. 260 ч, ал.1 ТЗ)⁷. Той може да бъде с продължителност от една, две или повече години. ТЗ не предвижда минимален или максимален срок в това отношение. При изтекъл мандат, новият

⁵ Голева, П. Дружество с..., Според автора членовете са длъжни преди вписване в търговския регистър да представят нотариално заверено съгласие и декларация за липса на пречките по чл. 260ц, ал.3 ТЗ.

⁶ Вж. Калайджиев, А., и др. Промени в..., с. 126.

⁷ При ДПК се наблюдава голяма свобода, която законодателят е предоставил на учредителите сами да уреждат детайлите на управлението-колко продължителен да бъде мандатът, дали да се преизбират членовете на управителния орган- вж. Голева, П. Дружество с..., В теорията се акцентира още, че не се поставят ограничения в ТЗ за броя на членовете на УС или за определен мандат на управителния орган- вж. Токушев, В. Дружество с променлив капитал-революция в българското търговско право. –Търговско право, №2, 2023, с. 5–17.

мандат започва да тече от вписване на новите членове на управителния орган на дружеството в ТР (арг. от чл. 260х, ал.3 ТЗ).

Всяко лице от състава на управителния орган може да бъде преизбирано без ограничения. Дружественият договор, съответно учредителният акт обаче могат да ограничат броя на преизбиранията (напр. до два или три пъти). Това би било израз на вътрешнодружествената автономия.

Последващият избор на членове на УС може да бъде пълен или частичен. По правило новият избор на пълния състав на УС се извършва след изтичането на мандата на неговите членове. Такъв би бил изборът и когато има промяна във вида на управителния орган-от едноличен (управител) на колективен (УС). За това обаче е необходимо предхождащо изменение на дружествения договор, съответно учредителния акт в частта им относно клаузите, касаещи дружественото управление.

Частичният избор може да се извърши преди изтичането на мандата на членовете на УС, ако настъпят прекратителни основания за едно или повече от тези лица (например, смърт, напускане на УС по реда на чл. 260 ч, ал.2 ТЗ, поставяне под пълно запрещение и др.). На мястото на лицето, спрямо което е възникнало прекратителното основание, трябва да бъде избран нов член на УС. Частичният избор може да бъде основан и на промяна в броя на членовете на УС, отразена в дружествения договор, съответно учредителния акт на дружеството (например, увеличение на броя на членовете-от трима на петима). В случая трябва да се допълни липсващата квота от членове на този орган и промяната да бъде вписана в ТР. При частичният избор новоизбраните членове на УС довършват мандата на старите членове.

Независимо от обстоятелствата членовете на УС на дружеството трябва да бъдат в пълен състав. Затова новият избор, извършен от ОС на ДПК, съответно от едноличния собственик на капитала на ЕДПК, трябва да съответства на този състав. В противен случай това би застрашило съществуването на дружеството. Съгласно чл. 260я, ал. 3, т. 2 ТЗ ако членовете на УС са под определения в закона

минимум, това е основание за принудително прекратяване на дружеството по решение на окръжния съд по неговото седалище поради предявен от прокурора иск. Важно е да се отбележи, че в ТЗ няма разпоредба за определен минимум на членовете на УС. Тук разпоредбата подлежи на поправително тълкуване в следния смисъл. Прекратително за дружеството основание е налице, когато членовете на управителния съвет са под определения от дружествения договор, съответно учредителния акт минимум.⁸ Поради посочения сгрешен текст на чл. 260я, ал. 3, т. 2, предложение последно на ТЗ може да се направи следното предложение **de lege ferenda**. Тази част от текста на разпоредбата да бъде променен в смисъл „...или членовете на управителния съвет са под определения в дружествения договор, съответно учредителния акт минимум.“

Изборът на нов управител/ли на дружеството също може да бъде извършен преди или след изтичане на мандата на стария управител/ли. Ако дружеството поради някаква причина в продължение на три месеца няма вписан нов управител в ТР, това би довело до принудителното му прекратяване на основание чл. 260я, ал.3, т. 2 ТЗ. Следователно при всички случаи дружеството не трябва да бъде в положение, при което да няма поне един вписан управител и да не е избран нов такъв на мястото на заличения от ТР. Такъв би бил случаят, при който единственият управител на дружеството го е напуснал и е заличен от ТР по реда на чл. 260 ч ТЗ .

Ако дружеството има двама или повече управители по правило техният мандат изтича в един и същ момент. Това означава, че трябва да се избера толкова на брой нови управители, колкото са посочени в дружествения договор, съответно учредителния акт на дружеството. Ако дружеството има двама управители с изтекъл мандат, но само единият е освободен от длъжност и на негово място бъде избран нов управител, тогава другият управител продължава да управлява дружествените работи заедно с новоизбрания управител. Изтичането на мандата не води автоматично до изгубване на качеството управител на дружеството.

⁸ По същия начин се тълкува въпросната разпоредба и у Калайджиев, А., и др. Промени в..., с. 159.

Основанията за предсрочния избор на нов управител на дружеството са подобни на разгледаните при предсрочния и частичен избор на членове на УС. Избор на управител е абсолютно необходим и когато УС като колективен орган се заменя с управител като едноличен орган съгласно настъпило изменение в дружествения договор, съответно учредителния акт на дружеството. Нов управител се избира и когато чрез изменение в дружествения договор, съответно учредителния акт се увеличи броя на управителите на дружеството (напр. от един на двама).

Ако ЮЛ е член на УС, съответно управител на ДПК, но неговият органен представител бъде сменен (например, старият управител на ООД бъде заменен с нов) това не поражда необходимост от нов избор на член на управителния орган на дружеството. ОС на ДПК, съответно едноличния собственик на капитала на ЕДПК, не избират органичния представител на ЮЛ за член на този орган.

За да бъде действителен изборът на членове на управителния орган, трябва да бъдат спазени формалните изисквания за провеждане на заседанието на ОС на дружеството. Определящо изискване е този избор да бъде включен в дневния ред на въпросите за обсъждане от ОС като част от съдържанието на поканата за неговото свикване (чл. 260с, ал. 4 т. 3 ТЗ). ОС не може да приема решения, засягащи въпроси, които не са включени в поканата за свикването му (чл. 260х, ал. 1 ТЗ). В противен случай решението може да се отмени по реда на чл. 74, ал. 1 ТЗ. Тази забрана е относителна, тъй като може да се преодолее, ако всички съдружници с право на глас присъстват или са представени на събранието и никой не се противопостави (не възразява) повдигнатите въпроси да бъдат обсъждани. Следователно ако са налице тези предпоставки, ОС може да избере членове на дружествения управителен орган, въпреки че този въпрос не е включен в поканата за свикването му.

Чл. 260р, ал. 1, изр. второ ТЗ урежда минимално необходимия кворум за провеждане на заседание на ОС за вземане на решение за избор на членове на УС, съответно управител на ДПК. Според тази разпоредба решението

се приема, ако на ОС са представени поне половината от гласовете на съдружниците в ДПК. Чл. 260р, ал.2 ТЗ регламентира и т. нар. спадащ кворум. Това правило дава възможност на ОС да извърши разглеждания избор и когато липсва кворум в горепосочената хипотеза. Тук следва да се насрочи ново заседание на ОС, което е законно по своя характер, независимо от представените дялове, ако часът и датата на провеждане на новото заседание са посочени в поканата за първото заседание.

От 260р, ал. 1, изр. първо ТЗ може да се направи извод обаче, че дружественият договор може да предвиди квалифициран кворум от общия брой на гласовете на съдружниците в ОС (напр. 2/3), когато се избират членове на УС, съответно управител на дружеството. Това вътрешно правило би дерогирало правилото за спадащия кворум, установено в ТЗ.

Решението за избор на членове на УС, съответно управител на ДПК се приема с квалифицирано мнозинство от 2/3 от представените на ОС гласове на съдружниците с право на глас (арг. от чл. 260р, ал. 3, изр. второ ТЗ). Тази законова разпоредба императивно установява размера на минималното квалифицирано мнозинство за валидността на решението за избора на ОС. Съгласно нейните правила дружественият договор на ДПК може да предвиди и по-голямо мнозинство (напр. $\frac{3}{4}$ или единодушие). От тази норма следва извода, че в този акт не може да се предвиди по-малко мнозинство в конкретния случай на гласуване (напр. обикновено мнозинство от 50+1 гласа).

Тук е важно да се отбележат следните особености. Кворумът и мнозинството при вземането на решения от ОС се определят от броя на представените на събранието гласове, като всеки съдружник има толкова гласа, колкото съответстват на номиналната стойност на притежавания от него дял (дялове) в капитала на дружеството, като в дружествения договор може да се предвиди нещо друго (арг. от чл. 260 о, ал.2 ТЗ).⁹ Дружественият договор може да предвиди привилегирани дружествени дялове, които дават повече от един глас на притежаващите ги съдружници (чл. 260 е, ал.3 ТЗ) или привилегирани дружествени дялове без право на глас (чл. 260 е, ал.4, изр.

⁹ По този въпрос вж. повече у Калайджиев, А., и др. Промени в..., с. 68–69; вписване Също и в Голева, П. Дружество с...

първо ТЗ). Договорът може да предвиди обаче гласуване по класове и тогава изискванията за кворум и мнозинство ще се прилагат за всеки клас поотделно при избор на членове на УС, съответно управител на ДПК (арг. от чл. 260р, ал. 4 ТЗ). Всички тези особености трябва да се вземат предвид с оглед действителността на решенията на ОС. Ако бъдат нарушени императивните изисквания на ТЗ или задължителните правила на дружествения договор за кворум или мнозинство при вземането на решения за избор на членове на управителния орган на дружеството, то това е основание за отменимост на тези решения по реда на чл. 74, ал. 1 ТЗ.

Дружественият договор обаче може да предвиди решенията на ОС да се приемат и неприсъствено. Предпоставките за това са всички съдружници да са заявили писмено или чрез електронни средства съгласието си за решението (вж. чл. 260ф, ал.4 ТЗ). От тук може да се направи извода, че в тази хипотеза решението за избора на членове на управителния орган на ДПК се взема със съгласието на всички съдружници¹⁰.

За разлика от нормативната уредба на ДПК, поради специфичния характер на капиталовите търговски дружества-ООД и АД (особена регулация, структура на капитала и системи на управление), правилата в това отношение са различни. Решението за избор на управител на ООД се взема от общото събрание на съдружниците с мнозинство повече от ½ от капитала съгласно чл. 137, ал.3, изр. трето ТЗ. При АД е налице различие в компетентния орган и мнозинството при вземането на решение за избор на членове на управителния му орган. Ако АД се управлява по едностепенната система, тогава общото събрание на акционерите взема решение за избор на членовете на съвета на директорите с (обикновено) мнозинство от представените на заседанието акции (с право на глас) според чл. 230, ал.1 във вр. с чл. 221, т. 4 ТЗ. Когато при АД е налице двустепенна система на управление, тогава надзорният съвет избира членовете на

УС с решението взето с обикновено мнозинство от присъстващите на заседанието негови членове (вж. чл. 238, ал. 1 и ал. 2 във вр. с чл. 241, ал. 2 ТЗ)

Решението на ОС за избора на членове на дружествения управителен орган се удостоверява с протокол (на хартиен или електронен носител) съгласно чл. 260 х, ал. 4 ТЗ. Неговото протоколиране не е форма за действителност, а за доказване. Липсата на протокол би била пречка за вписване на новоизбраните членове на управителния орган в ТР. Освен това решението няма да може да бъде доказано пред длъжностното лице по регистрацията и не може да се обяви като документ в този регистър¹¹. Когато е налице ЕДПК решението на едноличния собственик на капитала също трябва да се протоколира, подобно на решенията на ОС на ДПК¹².

Тъй като управителния орган е само един-колективен (УС) или едноличен (управител/ли), дружественият договор на ДПК или учредителния акт на ЕДПК не могат да предвидят едновременното наличие на УС и управител/ли като дружествени органи. Това би противоречало на чл. 260н, ал. 1, т. 2 ТЗ. Поради тази причина е недопустимо ОС на ДПК, съответно едноличния собственик на капитала на ЕДПК, да изберат едновременно членове на УС и управител/ли на дружеството. Ако според дружествения договор на ДПК е предвиден УС, а ОС избере членове на УС и управител, то тогава само изборът на управител следва да се квалифицира като нищожно решение. В своята тълкувателна съдебна практика Върховният касационен съд (ВКС) квалифицира като нищожно и липсващото (невзето) решение на ОС на търговското дружество, което е отразена като съществуващо в протокола на ОС или в протоколната книга на дружеството, а също така и ако е вписано в ТР.¹³ Считаю, че в тази хипотеза изборът на управител на ДПК следва да се приравни (счете) на невзето от ОС на дружеството решение, поради което е несъществуващо по своя характер и непораждащо правни последици.

¹⁰ Съгласие на съдружниците е необходимо за неприсъствения характер на решението и за неговото приемане- вж. Калайджиев, А., и др. Промени в., с. 106.

¹¹ Вж. Калайджиев, А., и др. Промени в., с. 107.

¹² В същия смисъл и Вж. Калайджиев, А., и др. Промени в., с. 162–163.

¹³ Вж. Тълкувателно решение №1/06.12.2002 г., по тълк. дело №1/2002 г., ОСГК на ВКС.

Това решение не съответства на изискването на чл. 260г, ал. 1, т. 2 ТЗ да е избран алтернативно УС или управител (а не и двата органа едновременно). Решението е прието и в противоречие с императивното правилото на чл. 260 н, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 260п., т. 4 ТЗ при липсата на съществуващ легитимен управителен орган-управител на ДПК. Този извод важи и в случая, когато според дружествения договор функционира управител, а ОС избере едновременно нови членове на УС и управител на ДПК. Същия извод може да се направи и при взети такива решения от едноличния собственик на капитала на ЕДПК.

За сравнение Законът за юридическите лица с нестопанска цел (ЗЮЛНЦ) също допуска сдруженията да имат или колективен управителен орган – УС или едноличен управителен орган-управител (арг. от чл. 23, ал. 2 във вр. с чл. 30, ал. 3 ЗЮЛНЦ). Управителят изпълнява функциите на УС на сдружението (арг. от чл. 30, ал. 3 ЗЮЛНЦ). Чрез изменение на устава на сдружението колективният управителен орган (УС) може да се замени от едноличен управителен орган (управител) или обратно. Недопустимо е едновременното съществуване на колективен и едноличен управителен орган с еднаква компетентност.¹⁴

Както вече се посочи, съгласно императивното изискване на чл. 260ц, ал. 4 ТЗ, всеки новоизбран член на УС, съответно управител трябва да даде своето нотариално заверено съгласие с направения избор. Съгласието е едностранно волеизявление, насрещно, формално, безусловно и с адресат ДПК. Ако ЮЛ е избрано за член на управителния орган, тогава неговия представител (органен или доброволен) трябва да даде въпросното съгласие. ТЗ не посочва изрично времето, когато трябва да бъде дадено това съгласие. Може да се приеме, че то може да бъде извършено преди, по време или след избора от ОС на ДПК, съответно избора на едноличния собственик на капитала на ЕДПК.

Съгласието обаче винаги трябва да предхожда вписването на новите членове на

управителния орган на дружеството в ТР. Това е така, защото към момента на тази регистрация нотариално завереното им съгласие е един от необходимите документи, които трябва да се приложат, за да може тя да се осъществи (чл. чл. 260 х, ал. 4 ТЗ). Липсата на такова съгласие от даден новоизбран член на управителния орган на дружеството би било основание за отказ на длъжностното лице по регистрацията да извърши вписването му в ТР. Това би означавало и неналичие на елемент от фактическия състав на възникване на членството в управителния орган на дружеството т.е. той би бил незавършен по своя характер. От друга страна липсата на съгласие на новоизбрания член на УС, съответно управител няма да опорочи самото решение на ОС, съответно избора на едноличния собственик на капитала на ЕДПК, тъй като съгласието е друг по характер и значение ЮФ. Липсата на съгласие не е основание за оспорване на решението за избора на ОС на ДПК по съдебен ред.

Решението за избор на членове на УС, съответно управител на ДПК (ЕДПК) влиза в сила (има действие) след вписването на тези обстоятелства в ТР (чл. 260х, ал. 3 ТЗ). Следователно по отношение на това решение регистрацията има конститутивно действие. До момента на вписване на новите членове на управителния орган старите членове запазват това свое качество в УС, съответно управител в дружеството. От изложеното дотук следва извода, че фактическия състав на възникване на членството на едно лице в УС, съответно качеството управител в дружеството включва три елемента-решение на ОС на ДПК, съответно решение на едноличния собственик на капитала на ЕДПК, за избор на нов член на УС, съответно нов управител; съгласие на новоизбрания член, съответно новия управител и вписване на новите обстоятелства от съдържанието на решението за избора-имената на новоизбрания член на УС, съответно на управителя на дружеството в ТР.¹⁵

От момента на регистрацията за всяко лице от състава на УС възниква качеството

¹⁴ Вж. Баланов, Й. Заместване на управителния съвет от управителя като орган за управление на сдружение по ЗЮЛНЦ. – Съвременно право, 2006, №5, с. 57–68.

¹⁵ За сравнение в теорията се приема, че едно лице придобива качеството управител на ООД при кумулативната даденост на три елемента-решение на учредителите (общото събрание), съгласие на лицето и вписване в регистъра, което е завършващият факт от фактическия състав на избора – вж.

член на този орган, съответно качеството управител на ДПК (ЕДПК). Между всеки член на УС, съответно управителя и дружеството възниква сложно правоотношение¹⁶, включващо различни права и задължения, определено в теорията като организационно (органно) правоотношение¹⁷. Завършеният действителен избор на членове на управителния орган поддържа пълноценен неговия състав, което е абсолютна предпоставка за осъществяване на дееспособността на дружеството. Обратно, непълният състав на УС или пълната липсата на членове на управителния орган би поставило в невъзможност ДПК да извършва валидни правни действия.

3.Чл. 260ц, ал. 3, т. 1 и т. 3 ТЗ въвежда алтернативно две групи ограничения (забрани) за членовете на УС, съответно управителя на дружеството (вж. чл. 260ъ, ал.1, изр. второ ТЗ). Съгласно тези императивни разпоредби не може да бъде член на УС, съответно управител лице, което е било:

– член на управителен или контролен орган на дружество, прекратено поради несъстоятелност през последните две години, предхождащи датата на решението за обявяване на несъстоятелността, ако са останали неудовлетворени кредитори;

или

– управител, член на управителен или контролен орган на дружество, за което е установено с влязло в сила наказателно поста-

новление неизпълнение на задължения по създаване и съхраняване на определените му нива от запаси по Закона за запасите от нефт и нефтопродукти;

Тези забрани касаят както възникването, така и съществуването на членството в управителния орган на дружеството. Поради тази причина първоначалният или последващ избор на членове на УС, съответно управител на дружеството трябва да бъдат съобразени с горепосочените забрани. Ако решението на ОС за избор на членове на УС, съответно управител на ДПК противоречи на поне една от двете забрани, това решение е отменимо по съдебен ред по смисъла на чл. 74, ал.1 ТЗ.¹⁸ Основание за отмяната е противоречие на решението с повелителна разпоредба на закона, в случая с правилото или на чл. 260ц, ал. 3, т. 1 или на т. 3 от ТЗ. Възможно е изборът да противоречи едновременно и на двете забрани.

Дружественият договор може да ограничи избора на членове на управителния орган само до такива лица, които са съдружници в ДПК. По този начин става недопустим избора на лица за членове на УС, съответно управител на ДПК, които нямат това качество. Ограничението за наличието на качество съдружник може да се отнася само до част от членовете на УС (напр. само един от тях да бъде съдружник). Договорът може да предвиди и други ограничения, засягащи членството в дружествения управителен орган като

Стефанов, Г. Търговско дружествено право. Търговски дружества-общии положения. Отделни видове търговски дружества.: Абагар, В. Търново, 2014, с. 386.

¹⁶ Това правоотношение представлява и една от правно-организационните форми за извършване на трудова дейност, въз основа на които се осъществява обществено осигуряване на физическите лица - членове на УС, съответно управител на ДПК (арг. § 1, т. 3 във вр. чл. 4, ал. 1, т. 7 КСО), доколкото разпоредбата на чл. 48, ал. 1, изр. 1 от Конституцията на РБългария определя широк обхват на субектите-ФЛ, имащи право на труд. Според нея титуляр на конституционното право на труд са „гражданите“, а в тази категория наред с лицата, които работят по трудово правоотношение, попадат и много други слоеве от работещите граждани в обществото, които упражняват трудова дейност в изпълнение на задължения по други правоотношения – държавни служители, съдии, прокурори и следователи, лицата, които упражняват самостоятелно занаят, свободна професия и пр. (така в Решение № 17/2018 г. по к. д. № 9/2018 г. на КС на РБ). Така членовете на УС, съответно управителя придобиват качеството осигурени лица, а ДПК се превръща в техен осигурител със съответните задължения. Повече за тези задължения вж. Кирилова-Андреева, Г. Правен режим на осигурителните вноски в държавното обществено осигуряване. В. Търново, УИ „Св. св. Кирил и Методий“, 2024, с. 157–203.

¹⁷ Вж. повече за него у Калайджиев, А., и др. Промени в.., с. 126–142.

¹⁸ В подобен смисъл в кооперативноправната теория се приема, че решение на общото събрание на кооперация, което е прието в нарушение на чл. 20, ал.2 от Закона за кооперациите, уреждащ забрани за избиране на определени кооператори за членове на УС, е отменимо, а не нищожно. Вж. Стефанов, Г. Кооперативно право.: Абагар, В. Търново, 2014, с. 101–102.

забрана за избор на лица, които са лишени от право да заемат ръководна длъжност или спрямо които е открито производство по несъстоятелност, и други подобни. Ако ограниченията бъдат нарушени с решение на ОС, това би довело до неговата отменимост (арг. от чл. 74, ал.1, изр. първо ТЗ). Основанието за отмяната е противоречието на решението за избора със задължителни (императивни) правила на дружествения договор. Чл. 74, ал. 2 ТЗ предвижда сравнително кратки преклузивни срокове за предявяване на исковите за отмяна на порочните решения на ОС на ТД. След тяхното изтичане порочното решение на ОС на дружеството се валидира, ако в рамките на тези срокове то не бъде контестирано.¹⁹

Решението на ОС може да бъде напълно или частично отменимо. Така например, пълна отмяна би била налице, ако всички избрани членове на УС, съответно управител на ДПК, попадат под разгледаните по-горе законови ограничения. Частична отмяна може да има, когато само един или няколко от новоизбраните членове на УС, са били управители, съответно членове на управителни или контролни органи в дружества, спрямо които са налице обстоятелствата по чл. 260ц, ал. 3, т. 1 или на т. 3 от ТЗ. Ако съдът отмени решението на общото събрание, той може да даде указания по тълкуване на законовите разпоредби на чл. 260ц, ал. 3, т. 1 и на т. 3 от ТЗ. Те са задължителни за общото събрание на ДПК при повторно разглеждане от него на същия въпрос (чл. 75, ал.1 ТЗ). Ако ОС на ДПК приеме ново решение за избор на членове на УС, съответно управител на ДПК със същото съдържание като на отмененото, което е в противоречие с влязлото в сила съдебно решение, това решение вече е нищожно (чл. 75, ал.2, изр. първо ТЗ).

Поради императивния характер на разгледаните ограничения, новоизбраните членове на УС, съответно новия управител на ДПК преди вписването си в ТР представят декларация, че не са налице пречките по чл.

260ц, ал. 3, т. 1 и т. 3 от ТЗ. Възможно е обаче тези лица да подадат такава декларация с невярно съдържание т.е. поне една от двете пречки е налице спрямо тях към момента на подписване на този документ. Дори и да са били налице законовите ограничения за новите членове на УС, съответно новия управител на ДПК, ако те са били вписани в ТР, това би породило членството в управителния орган на дружеството.

Ако длъжностното лице по регистрацията установи в процедурата по регистрацията, че една от двете забрани обхваща едно или повече лица, избрани за членове на управителния орган на ДПК (ЕДПК), следва да постанови отказ за тяхното вписване в ТР.²⁰ При такъв отказ ОС на ДПК, съответно едноличния собственик на капитала на ЕДПК, следва да изберат нов член или членове на УС, съответно управител, на мястото на невписаните лица.

Важно е да се уточни, че ограничението (забраната) по чл. 260ц, ал. 3, т. 1 от ТЗ отпада с изтичане на пет годишен срок от прекратяване на дружеството поради несъстоятелност, в което избрания за член на УС, съответно управител на ДПК, е бил член на негов управителен или контролен орган. Следователно след отпадането на пречките по чл. 260ц, ал. 3, т. 1 от ТЗ същото лице или лица, спрямо които те са действали, могат да бъдат отново, но валидно избрани за членове на управителния орган на дружеството. Отпадането на ограниченията се декларира изрично от всяко едно от тези лице, с посочване на конкретните обстоятелства за това.

4. Изборът на членове на УС на ДПК (ЕДПК) следва да се разграничи от избора на изпълнителни членове в този орган и от избора на негов председател. Съгласно чл. 260щ, ал. 1, изр. първо ТЗ УС възлага управлението и представителството на дружеството на един или няколко изпълнителни членове, избрани измежду неговите членове и определя възнаграждението им. Изпълнителните членове

¹⁹ В същия смисъл, но за валидиране на решенията на общото събрание на кооперация, при пропускане на сроковете за тяхната съдебна контестация -вж. Стефанов, Г. Кооперативно право..., с. 102

²⁰ В съдебната практика се приема, че длъжностното лице по регистрацията, като съобрази забраната на чл. 141, ал.8 ТЗ (която е подобна на тази в чл. 260ц, ал. 3, т. 1 от ТЗ) може да постанови отказ за вписване на новия управител на ООД, спрямо когото действа тази забрана-Решение№881/09.04.2019 г., т. д. №1524, САС, гр. София.

следва да са по-малко от останалите членове на УС. От тази разпоредба следват няколко извода. Възникналото, съществуващо и непрекъснато членството в УС е абсолютна предпоставка за избор на лица от неговия състав за изпълнителни членове. Обратно, ако едно лице не е член на УС, то не може да заеме длъжността изпълнителен член. Изборът на изпълнителни членове не е задължителен за разлика от избора на членове на УС.

УС е единственият компетентен орган, който може да избира изпълнителни членове от своя състав. Това правомощие е неделегируемо на ОС чрез дружествения договор или решение на УС. По същия начин при ЕДПК едноличния собственик на капитала няма право да избира изпълнителните членове на УС.

Спрямо решенията за избор на изпълнителни членове се прилагат правилата за свикване на заседание на УС, неговия кворум, мнозинство за приемане на решенията и влизането им в сила.²¹ Изпълнителните членове на УС с вписват в ТР в това им качество (длъжност). С решението на УС обаче освен управлението се възлага и представителството на дружеството пред трети лица. Затова съгласно чл. 260щ, ал. 2, изр. първо ТЗ имената на лицата-изпълнителни членове, овластени да представляват дружеството се вписват в ТР в качеството им на представители. При вписването си те трябва да представят като документ нотариално заверено съгласие с образец от подписа си (чл. 260щ, ал. 2, изр. второ ТЗ). За разлика от конститутивното действие на вписването на новоизбраните членове на УС в ТР, изборът на дадено лице за изпълнителен член и възлагането (овластяването) на управлението и представителството на дружеството имат действие срещу трети добросъвестни лица след вписването на тези обстоятелства в

ТР (арг. от чл. 260щ, ал. 3 ТЗ). Следователно това вписване има декларативно, а не конститутивно действие.

Между всеки изпълнителен член и дружеството може да се сключи договор за възлагане на управлението (арг. от чл. 260щ, ал. 1, изр. първо ТЗ). Договорът е възмезден, тъй като УС определя размера на възнаграждението, което следва да получи изпълнителния член при изпълнение на възложените му задължения за управление и представителство на дружеството (вж. чл. 260щ, ал. 1, изр. първо ТЗ).²²

Извън горепосочената хипотеза в теорията се приема, че договор за управление може да се сключи между всеки член на УС, съответно управителя и дружеството. Договорът може да се сключи от името на дружеството от упълномощен от ОС на съдружниците негов представител. Като допълнителен аргумент се посочва възможността ОС да определя възнаграждението на членовете на УС, съответно управителя на дружеството съгласно чл. 260 п, т. 4 ТЗ.²³ По подобен начин едноличния собственик на капитала на ЕДПК може да упълномощи особен представител, който от името на ЕДПК ще сключи въпросния договор.

УС избира за свои председател един от своите членове (чл. 260щ, ал. 5 ТЗ). Това правомощие не може да се делегира на ОС на ДПК чрез дружествения договор или решение на дружествен орган. То е от изключителната компетентност на УС. Този извод важи и за управлението на ЕДПК. Подобно на избора на изпълнителни членове на УС, изборът на негов председател има за предпоставка възникнало и действително съществуващо членство в този орган. Относно избора на председател на УС, свикването на заседание на членовете

²¹ Повече по този въпрос у Калайджиев, А., и др. Промени в..., с. 117–118.

²² В случая е налице възмездно полагане на труд. В доктрината се приема, че наличието на възмездна трудова дейност, попадаща в обхвата на чл. 4 – чл. 4а КСО, е основание за провеждането на общественото осигуряване на тези лица – вж. Кирилова – Андреева, Г. Правен режим..., 302–318.; В теорията се поддържа още, че „ДОО, респективно осигурителните вноски, чрез които се осигуряват средства за неговото провеждане, е задължително за лицата по чл. 4 – чл. 4а КСО, като правоотношенията във връзка с него произтичат по силата на самия закон“ – вж. Кирилова-Андреева, Г. Осигурителните вноски в държавното обществено осигуряване – понятие и правна характеристика – Сборник доклади от Кръгла маса на тема: „Актуални проблеми на позитивното право в контекста на членството на Република България в Европейския съюз“ – Велико Търново: Фабер, 2018, с. 137–159.

²³ Вж. Калайджиев, А., и др. Промени в..., с. 127–130.

на този орган, кворумът, мнозинството и вли-
зани в сила на решението за избора се прила-
гат правилата за дейността на УС.

БИБЛИОГРАФИЯ // REFERENCES

Баланов, Й. Заместване на управителния съвет от управителя като орган за управление на сдружение по ЗЮЛНЦ. – Съвременно право, №5, 2006 // **Balanov, Y.** Zamestvane na upravitelniya savet ot upravatelya kato organ za upravlenie na sdruzenie po ZYULNTs. – Savremenno pravo, №5, 2006

Голева, П. Дружество с променлив капитал. Дали новото търговско дружество е съвършената правно-организационна форма за извършване на търговска дейност?-Търговско и облигационно право, №9, 2023 // **Goleva, P.** Druzhestvo s promenliv kapital. Dali novoto targovsko druzhestvo e savarshenata pravno-organizatsionna forma za izvarshvane na targovska deynost?-Targovsko i obligatsionno pravo, №9, 2023

Калайджиев, А., Недкова, К. Промени в Търговския закон. ДВ, бр. 66 от 2023 г. Дружество с променлив капитал. Несъстоятелност. Несъстоятелност на предприемача. Погасяване на дълг. Стабилизация.: ИК „Труд и право“, С., 2023 // **Kalaydzhiev, A., Nedkova, K.** Promeni v Targovskiya zakon. DV, br. 66 ot 2023 g. Druzhestvo s promenliv kapital. Nesastoyatelnost. Nesastoyatelnost na predpriemacha. Pogasyavane na dalg. Stabilizatsiya.: ИК „Trud i pravo“, S., 2023

Кирилова-Андреева, Г. Правен режим на осигурителните вноски в държавното общест-

вено осигуряване.: УИ „Св. Св. Кирил и Методий“, В. Търново, 2024 // **Kirilova – Andreeva, G.** Praven rezhim na osiguritelnite vnoski v darzhavnoto obshtestveno osiguryavane.: UI „Sv. Sv. Kiril i Metodiy“, V. Tarnovo, 2024

Кирилова-Андреева, Г. Осигурителните вноски в държавното обществено осигуряване - понятие и правна характеристика - Сборник доклади от Кръгла маса на тема: „Актуални проблеми на позитивното право в контекста на членството на Република България в Европейския съюз“ - Велико Търново: Фабер, 2018 // **Kirilova-Andreeva, G.** Osiguritelnite vnoski v darzhavnoto obshtestveno osiguryavane – ponyatie i pravna harakteristika – Sbornik dokladi ot Kragla masa na tema: „Aktualni problemi na pozitivnoto pravo v konteksta na chlenstvoto na Republika Balgariya v Evropeyskiya sayuz“ – Veliko Tarnovo: Faber, 2018

Стефанов, Г. Търговско дружествено право. Търговски дружества-общии положения. Отделни видове търговски дружества.: Абагар, В. Търново, 2014 // **Stefanov, G.** Targovsko druzhestveno pravo. Targovski druzhestva-obshti polozheniya. Otdelni vidove targovski druzhestva.: Abagar, V. Tarnovo, 2014

Стефанов, Г. Кооперативно право.: Абагар, В. Търново, 2014 // **Stefanov, G.** Kooperativno pravo.: Abagar, V. Tarnovo, 2014,

Токушев, В. Дружество с променлив капитал-революция в българското търговско право. – Търговско право, №2, 2023 // **Tokushev, V.** Druzhestvo s promenliv kapital-revolyuetsiya v balgarskoto targovsko pravo.-Targovsko pravo, №2, 2023