

ЗА ПОНЯТИЕТО „ЗАПОЧНАЛО ИЗПЪЛНЕНИЕ“ ПРИ ОТМЕТНИНАТА (ЧЛ. 308 ОТ ТЪРГОВСКИЯ ЗАКОН)

Златка Вангелова¹
e-mail: ZVangelova@unwe.bg

Резюме

В правната литература няма еднозначно тълкуване на крайния момент, до който страна по договор може да се отметне от него. Според едното схващане, решаващо е реалното започване на изпълнението, а, според второто, това е настъпването на падежа на изпълнението било на отмятащата се, било на на срещната страна. В статията е възприето за по-правилно второто схващане и е представена аргументация в негова подкрепа.

Ключови думи: отказ от договор, отметнина, неустойка, падеж, неизпълнение

JEL: K220

Увод

Правната уредба на отметнината се съдържа в чл. 308 от Търговския закон (ТЗ). Отметнината е имуществено благо (вещ, пари, вземане, други права), което едната страна дава или обещава на другата, в случай че се откаже от договора. Правото на отмятане от договор може да се упражни „ако не е започнало изпълнението му“. След започване на изпълнението, това право се погасява.

Основният въпрос – предмет на статията, е какво следва да се разбира под „започнало изпълнение“. В правната теория няма еднозначен отговор. Според някои автори, това е моментът на настъпване на падежа (Хорозов, 2001, с. 27; Голева, 2015, с. 139), а според други, това е моментът на реалното изпълнение, разбирано като предприемане на фактически и юридически действия по осъществяване на дължимия резултат (Торманов, 2013, с. 195; Герджиков, 2000, с. 48)². Следователно, според първата теза, задължението за изпълнение не трябва да е възникнало и отмятащата се страна не може да бъде неизправна (защото падежът не е настъпил), а според втората теза, задължението за изпълнение може и да е възникнало, като отмятащата се страна е възможно и да е неизправна (Калайджиев, 2001, с. 426; Владими-

¹ Главен асистент, доктор, катедра „Частноправни науки“, Юридически Факултет, УНСС

² Решение № 98 от 8.06.2011г. по т. д. № 931/2010 на ВКС, II т.о.

рова, 2014, с. 181; Байрактарова, 2013) (в случаите, когато падежът вече е настъпил).

Например, ако длъжник не изпълни, като преди настъпване на падежа нито изрично, нито с конклюдентни действия не се е отметнал от договора, според първата теза длъжникът е в неизпълнение, а правото му на отмятане е погасено с настъпване на падежа, докато според втората теза той се е отметнал (Калайджиев, 2001, с. 426.) (или е възможно да се е отметнал (Торманов, 2013, с. 194)) с конклюдентното действие на неизпълнението.

Възприемам тезата, че правото на отмятане може да се упражни до падежа, тъй като считам, че предназначението на правото е да покрие тази част от „живота“ на договорното правоотношение, която е обхваната между момента, в който договорът поражда действие и момента на възникване на задължението за изпълнение по договора. В тази част от „живота“ на правоотношението приложение не намират нито развалянето на договора, нито неустойката или задатъкът. Другата теза „се разпростира“ върху разнородни периоди от „живота“ на договорното правоотношение – периода преди възникване на задължението за изпълнение и периода след възникване на задължението за изпълнение. Резултатът от това „разпростиране“ е смесването на взаимно изключващи се институти – отметнината, от една страна, и задатъка, неустойката или развалянето на договора, от друга.

За да илюстрирам „смесването“ на институтите и за да изясня предназначението на отметнината, ще разгледам последователно случаи, които са различни от гледна точка на момента на настъпване на падежа, и ще обсъдя възможния краен момент на упражнение на правото на отмятане при тях.

I-ва група случаи: Когато вземането по договора е срочно и срокът е уговорен в полза и на двете страни

Пример № 1: Настъпва падежът и длъжникът, който има право да се отметне, не изпълнява, като вместо това се отмята от договора. В договора е уговорена неустойка, респ. задатък в случай на неизпълнение. Имал ли е право длъжникът да се отметне в този момент? Какво ще дължи той – отметнината или неустойката, респ. задатъка?

Пример № 2: Настъпва падежът, длъжникът изпълнява в срок на кредитора, в чиято полза е правото на отмятане. Кредиторът се отмята и отказва да приеме изпълнението. Имал ли е право кредиторът да се отметне в този момент?

Пример № 3: Настъпва падежът, длъжникът не изпълнява на кредитора, в чиято полза е правото на отмятане. Кредиторът се отмята. Имал ли е право кредиторът да се отметне в този момент?

По първия пример: На падежа възникват задължението на длъжника да изпълни и правото на кредитора да получи изпълнение. Нека приемем за вярна втората теза, а именно, че длъжникът може да се отметне от договора след като падежът вече е настъпил. В такъв случай, правото на длъжника да се отметне и правото на кредитора да получи изпълнение влизат в конфликт, защото те имат за цел да удовлетворят противоположни интереси. Тъй като според втората теза длъжникът има право да се отметне, тя дава предимство на интереса на длъжника пред интереса на кредитора. В резултат на това, длъжникът постига защита на своя интерес, като не изпълнява задължението си и нарушава правото на кредитора да получи изпълнение. От гледна точка на справедливостта, не интересът на длъжника, а интересът на кредитора има нужда от защита в този случай, тъй като длъжникът е можел да се отметне и преди настъпване на падежа, но не го е направил; кредиторът разбира, че длъжникът има намерение да се отметне, едва в момента, в който вече трябва да получи изпълнение, на което разчита, но не получава такава.

Нещо повече, упражнявайки правото на отмятане след настъпване на падежа, неизправният длъжник „блокира“ правната възможност на кредитора да поиска вземането за неустойка, което е възникнало в резултат от неизпълнението на договора. Подобно би било и положението, ако има уговорен задатък наред с отметнината. Макар че задатъкът дава право на изправната страна да прекрати договора и да задържи или получи задатъка в двоен размер, тя няма да може да упражни това право, тъй като отмятащата се страна може да реши да се отметне и да плати по-ниската по стойност отметнина, въпреки че е неизправна.

Много възможно е, освен това, вредите, причинени на изправния кредитор, да са значително по-големи в сравнение с това, което отметнината покрива. Както при задатъка, така и при неустойката, законът дава възможност на изправната страна да търси обезщетение за по-големите вреди по чл. 93, ал. 3 ЗЗД, респ. по чл. 92, ал. 1, изр. последно ЗЗД. Отметнината обаче не дава възможност на кредитора да прецени, дали да търси обезщетение по общия ред или от уговорената облага. Вместо кредитора, преценката какво да получи той се прави от този, който е причинил вредите – отмятащия се неизправен длъжник. Визията, заложена в институтите на неустойката и задатъка, е да не се позволи ощетяване на изправната страна за сметка на неизправната. Институтът на отметнината обаче ощетява изправната страна, като оставя преценката в неизправната страна, която несъмнено е заинтересувана да плати по-малко.

Неустойката, респ. задатъкът, от една страна, и отметнината, от друга, имат различни функции. Отметнината осигурява на една от страните право да прекрати договора преди да е започнало изпълнението, а неустойката

(както и задатъкът) обезщетява вредите по договор, чието изпълнение е започнало. Предложеното по-горе тълкуване, според което правото на отмятане може да се упражни и след настъпване на падежа, смесва правните институти на неустойката, респ. задатъка, от една страна, и отнетнината³, от друга, и достига до следните абсурдни резултати: отмятащата се страна черпи права от противоправното си поведение, може едностранно да отмени уговорката за неустойка, респ. за задатък и има право да прецени вместо изправния кредитор размера на дължимото му обезщетение.

За да не се стига до случаи на дерогация на правото на неустойка, респ. на правото на задатък от правото на отмятане, тези две групи права следва да се упражняват в различни етапи от „живота“ на договорното правоотношение: правото на отмятане – преди възникване на задължението за изпълнение, а правото на неустойка или на задатък – след възникване на задължението за изпълнение. Обстоятелството, че институтът на отнетнината е изцяло в ущърб на изправния кредитор, разкрива, че той не е пригоден, не е конструиран да се прилага във втората част от „живота“ на договорното правоотношение. Ето защо, когато падежът е предварително определен, правото на отмятане може да се упражни до настъпване на падежа, но не и след падежа.

Поради горното заключение считам, че не може да се приеме, че неизпълнението е конклюдентно действие за отмятане. Мълчанието и бездействието преди падежа също не са конклюдентни действия, от които може да се прави извод, че длъжникът се е отметнал. Затова мнението, че, ако длъжникът не се яви пред нотариус да подпише окончателен договор за продажба на недвижим имот, значи, че се е отметнал от предварителния договор, може да е вярно, само ако в договора има уговорка в този смисъл. Тогава, на основание тази уговорка за мълчалив отказ от договора, може да се смята, че длъжникът се е отметнал преди настъпване на падежа и затова на падежа задължението не е изпълнено (Марков, 2012, с. 36).

По втория пример: Когато кредиторът отказва да приеме изпълнение, това изпълнение е вече започнало, дори и фактически. А отказ от договора, според чл. 308 ТЗ, може да се направи до започване на изпълнението. Ето защо, отказът му да приеме изпълнение не може да се тълкува като конклюдентно действие за отказ от договора.

По третия пример: И в този случай смятам, че, с настъпване на падежа, правото на кредитора на отмятане се погасява. Ако той прекрати договора

³ Затова не приемам твърдението в мотивите на Решение № 39 от 15.05.2014 г. по т.д. № 1061 по описа за 2013 г., ТК, I о., че без значение дали страната е изправна или неизправна по отношение на поетите с договора задължения, тя може да се отметне до започване на изпълнението.

след неизпълнението, това няма да е отмятане по чл. 308 ТЗ, а ще е разваляне по чл. 87 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Дали кредиторът ще поиска обезщетение за причинените от неизпълнението вреди, ще реши само той. Но да се приеме, че се е отметнал след неизпълнението, ще означава, че той дължи на неизправната страна отнетнината вместо неизправната страна да дължи обезщетение на него.

Задатъкът е по-опростеният вариант на разваляне на договора и търсене на обезщетение. При отнетнината не става дума за разваляне, тъй като при развалянето изправната страна прекратява договора с неизправната, а при отнетнината никоя от страните не е неизправна. Отнетнината е правна възможност за прекратяване на договора тогава, когато все още неизпълнение (неизправност) няма.

II-ра група случаи: Когато вземането по договора е срочно и срокът е уговорен в полза на кредитора

Пример № 1: Уговорен е падеж на 25 март. Кредиторът, в чиято полза е уговорено правото на отмятане, поканва на 18 март длъжника да изпълни на 20 март. Докога може да се отметне кредиторът?

Пример № 2: Уговорен е падеж на 25 март. На 18 март кредиторът поканва длъжника да изпълни на 20 март. Докога може да се отметне длъжникът, в чиято полза е уговорено правото на отмятане?

В първия пример кредиторът може да се отметне до преди поканата на 18 март, тъй като чрез поканата, с конклюдентни действия, той манифестира намерението си страните по договора да пристъпят към неговото изпълнение.

Във втория пример длъжникът може да се отметне до 20 март, тъй като тогава настъпва падежът и възниква задължението на длъжника да изпълни (виж казаното по първия пример от I-вата група случаи).

III-та група случаи: Когато вземането е безсрочно и изискуемо - кредиторът е този, който има право да определи падежа.

Пример № 1: Кредиторът кани на 18 март длъжника, който има право да се отметне, да изпълни на 20 март. Докога длъжникът може да се отметне?

Пример № 2: Кредиторът е този, който има право да се отметне, и кани длъжника на 18 март да изпълни на 20 март. Докога кредиторът може да се отметне?

В първия пример длъжникът ще може да се отметне до 20 март, а във втория пример кредиторът ще може да се отметне до 18 март. Аргументите са същите като при II-рата група случаи.

IV-та група случаи: Когато вземането е безсрочно и изпълняемо – в този случай длъжникът сам определя падежа

Пример № 1: Длъжникът, който има право да се отметне, предлага изпълнение. Докога има право да се отметне?

Пример № 2: Длъжникът предлага изпълнение на кредитора, който има право да се отметне. Докога кредиторът има право да се отметне?

В първия пример длъжникът има право да се отметне до момента, в който е предложил изпълнение. В момента на предлагане на изпълнение, той с конклюдентни действия манифестира намерението си да изпълни и правото му на отказ от договора се погасява. Тук падежът не е предварително определен. Определянето на падежа с предлагането на изпълнение означава, че той е избрал възможността за изпълнение, а не правото на отмятане.

Във втория пример кредиторът има право да се отметне включително в момента и веднага, когато му е предложено изпълнение. Това е изключение от правилото, че отказът трябва да се извърши преди падежа, а не на самия падеж. Но в случая кредиторът не знае в кой момент ще настъпи падежът. Той научава за датата на падежа в момента, в който падежът настъпва. Длъжникът го изпреварва, предлагайки изпълнение „за да осигури сделката за себе си“ (Джидров, 1994, с. 1192). Особеното тук е, че длъжникът не е бил длъжен да изпълни, *а е имал право да изпълни*. При това положение правото на отмятащата се страна е в конкуренция с правото на изпълняващата страна. Конкуренцията би следвало да се реши в полза на отмятащата се страна, тъй като изпълняващата страна се е съгласила насрещната страна да може да се отметне и следва да даде на отмятащата се страна такава възможност. Ето защо, кредиторът има право да се отметне включително в момента, в който му е предложено изпълнение. Това отмятане може да бъде изрично или с конклюдентни действия, изразяващи се в отказ да се приеме предложеното изпълнение.

Ако обаче изпълняващата страна е уведомила предварително отмятащата се страна за планираната дата на изпълнение, тогава падежът е предварително определен и отмятащата се страна би могла да се отметне до преди настъпване на падежа.

V-та група случаи: Когато вземането по договора е срочно и срокът е уговорен в полза на длъжника

Пример № 1: Уговорен е падеж на 25 март. Длъжникът, в чиято полза е уговорено правото на отмятане, изпълнява на 20 март. Докога може да се отметне длъжникът?

Пример № 2: Уговорен е падеж на 25 март. Длъжникът предлага изпълнение на 20 март. Докога може да се отметне кредиторът?

В първия пример длъжникът може да се отметне до преди 20 март, тъй като, изпълнявайки на 20 март, той определя новия падеж и с действията си посочва, че желае да изпълни договора.

По втория пример кредиторът може да се отметне най-късно на 20 март, когато му е предложено изпълнението. Аргументите са същите като тези по втория пример от IV-та група случаи.

Заклучение

Когато има фиксиран падеж, тогава правото на отмятане може да се упражни до настъпване на падежа. Когато падежът се определя от страната, която има право на отмятане, правото на отказ от договора може да се упражни до момента, в който тя определи падежа. Когато падежът се определя от насрещната страна, отмятащата се страна може да се откаже от договора най-късно на падежа, но само ако не е знаела предварително кога ще настъпи той.

Използвана литература

- Байрактарова, Ц. (2013). За някои проблеми, свързани с неустойката, задатъка и отметнината, Предизвикай правото! [online], (Bairaktarova, Ts., 2013, Za niakoi problemi, svurzani s neustoikata, zadatuka i otmetninata, Predizvikay pravoto!), available at: <https://www.challengingthelaw.com/obligacionno-pravo/neustoika-zadatak-otmetnina/>
- Владимиорова, К. (2014). По някои въпроси, свързани със задатъка и отметнината, Сборник с доклади от Годишна конференция 2014 на УНСС, Юридически факултет, „Проблеми на законодателството и правоприлагането, свързани с развитието на бизнеса в Република България и Европа“, том 1. (Vladimirova, K., 2014, Po niakoi vuprosi, svurzani sus zadatuka i otmetninata, Sbornik s dokladi ot Godishna konferentsia 2014 na UNSS, Uiridicheski fakultet, “Problemi na zakonodatelstvoto i pravoprilaganeto, svurzani s razvitieto na biznesa v Republika Bulgaria i Evropa“ tom 1).
- Герджиков, О. (2000). Търговски сделки. София: ИК „Труд и право“. (Gerdjikov, O., 2000, Turgovski sdelki, Sofia: IK “Trud I pravo”, 2000).
- Голева, П. (2015). Търговско право, Втора част. Търговски сделки, София: Издателство Апис. (Goleva, P., 2015, Turgovsko parvo, Vtora chast. Turgovski sdelki, Sofia: Izdatelstvo Apis).
- Джидров, П. (1994). Коментар на Търговския закон, том 4, София: Издателска къща „Христо Ботев“. (Djidrov, P., 1994, Komentar na Turgovskia zakon, tom 4, Sofia: Izdatelsk kushata “Hristo Botev”).

- Закон за задълженията и договорите // ДВ, бр. 2 от 5 декември 1950 г., посл. изм. ДВ, бр. 35 от 27 април 2021 г. (Zakon za zadalzheniyata i dogovorite. // DV, br. 2 ot 5 dekemvri 1950 g., posl. izm. DV, br. 35 ot 27 april 2021 g.).
- Калайджиев, А. (2001). Облигационно право, Обща част, София: Сиби. (Kalaidjiev, A., 2001, Obligatsionno pravo, Obshta chast, Sofia: Sibi).
- Марков, М. (2012). Отметнината – способ за прекратяване на договорните отношения, Търговско и конкурентно право, № 1. (Markov, M., 2012, Otmelninata – sposob za prekratiavane na dogovornite otnoshenia, Turgovsko i konkurentno pravo, № 1).
- Торманов, З. (2013). Прекратяване на договора, София: Сиби. (Tormanov, Z., 2013, Prekratiavane na dogovora, Sofia: Sibi).
- Търговски закон // ДВ, бр. 48 от 18 юни 1991 г., посл. изм. ДВ, бр. 104 от 8 Декември 2020 г. (Targovski zakon // DV, br. 48 ot 18 yuni 1991, posl. izm. DV, br. 104 ot 8 dekemvri 2020 g.).
- Хорозов, Г. (2001). За отметнината (чл. 308 ТЗ), Пазар и право, № 4. (Horozov, G., 2001, Za otmelninata (chl. 308 TZ), Pazar i pravo, № 4).

**ABOUT THE TERM “COMMENCED PERFORMANCE”
(USED IN ART. 308 OF THE COMMERCE ACT) REGULATING
THE EARNEST MONEY INSTITUTE**

Chief Assist. Prof. Zlatka Vangelova, PhD
Private Law Studies Department
Faculty of Law
University of National and World Economy
e-mail: ZVangelova@unwe.bg

Abstract

The legal literature does not interpret uniformly the final moment when a party of a contract may back out of it. Under one of the expressed opinions this is the moment of commencement of the factual performance, while, under the second opinion, this is the maturity date of the obligation for performance of any of the parties in the contract. The second opinion is supported in this report and arguments are presented in its favour.

Key words: back out of a contract, earnest money, liquidated damages, maturity date, default

JEL: K220