

2.1. Действие на договорните ограничения на представителната власт в отношенията между принципала и третите лица

Договорните ограничения притежават правен ефект спрямо третите лица, с които търговският пълномощник договаря от името на принципала, и могат да им бъдат противопоставени, ако са били известни на съответното трето лице или ако, при полагане на грижата на добрия търговец, то е трябвало да бъде запознато с тях (чл. 22, ал. 2, изр. второ ТЗ). В този случай извършените правни действия попадат в хипотезата на мнимото представителство и обвързват търговеца, ако той не се противопостави незабавно след узнаването за тяхното извършване (чл. 301 ТЗ)²⁹.

При липсата на предпоставките, установени в чл. 22, ал. 2, изр. второ ТЗ, договорните ограничения на представителната власт на търговския пълномощник се класифицират като относително недействителни спрямо третите лица и не могат да им бъдат противопоставени. Следователно, ако търговският пълномощник сключи сделка или извърши правно действие в нарушение на тези ограничения, принципалът ще бъде валидно обвързан спрямо третото лице от правните последици³⁰.

2.2. Действие на договорните ограничения на представителната власт в отношенията между обикновения търговски пълномощник и третите лица

Както посочих по-горе, договорните ограничения на представителната власт на търговския пълномощник имат действие спрямо третите лица, ако те са знаели за тези ограничения или е трябвало да знаят за тях (чл. 22, ал. 2, изр. второ ТЗ). В противен случай търговският пълномощник разполага спрямо третите лица с валидна представителна власт за пряко юридическо обвързване на търговеца, независимо че извършването на съответното правно действие влиза в противоречие с установените договорни ограничения.

2.3. Действие на договорните ограничения на представителната власт в отношенията между принципала и обикновения търговски пълномощник

Вътрешните отношения между принципала и търговския пълномощник са уредени от сключения между тях договор (чл. 27 ТЗ). Договорните ограничения на представителната власт на търговския пълномощник пораждат облигационно действие на плоскостта на правоотношението между принципала и обикновения търговски пълномощник, породено от договора

²⁹ Вж. Стефанов, Г. Цит. съч., с. 121 – 122.

³⁰ Срв. Венгенд, J. Fr. Op. cit., S. 372 – 373; Lehmann, K. und Ring, V. Op. cit., S. 142, 143; Сосак, К. Op. cit., S. 95, 97 – 98; Диков, Л. Цит. съч., с. 77 – 78; Герджиков, О. Цит. съч., с. 112 – 113; Голева, П. Цит. съч., с. 79; Владимиров, И. Цит. съч., с. 60; Златарев, Е. и Христофоров, В. Цит. съч., с. 74; Касабова, К. Цит. съч., с. 92 – 93.

по чл. 27 ТЗ, който урежда техните вътрешни отношения. Неспазването на договорните ограничения на представителната власт от страна на търговския пълномощник се квалифицира като неизпълнение на негово облигационно задължение. В случай че са налице останалите елементи от фактическия състав на договорната отговорност, принципалът разполага с правото да претендира обезщетение от обикновения търговски пълномощник за претърпените вреди в резултат от нарушаването на договорните ограничения на представителната власт.

Иван Мангачев*

ВЪПРОСИ НА ДОГОВОРА ЗА ЗАЛОГ С ПРАВО НА ПОЛЗВАНЕ

Договорът за залог с право на ползване е нова обезпечителна сделка, която бе уредена с приемането на Закона за договорите за финансово обезпечение (ЗДФО)¹. С този договор обезпечителят (зложният длъжник) учредява залог в полза на обезпеченото лице (заложен кредитор). При учредяване на залога обезпечителят запазва правото си на собственост върху финансовото обезпечение (чл. 2, ал. 4 ЗДФО). Запазването на собствеността е един от отличителните белези на тази сделка спрямо другата уредена в ЗДФО — прехвърлителният договор (чл. 2, ал. 3 ЗДФО). Този договор е едностранна сделка по принцип, защото поражда задължение за едната страна (напр. чл. 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО).

Договорът за залог с право на ползване е едностранен договор. Както и при облигационния договор за залог, и тук се поражда задължение за едната страна — зложният кредитор, да върне даденото в залог след погасяване на основното задължение. Към това задължение при договора за залог с право на ползване може да се добави и специфичното задължение за прехвърляне на равностойно финансово обезпечение. Задължението се поражда само при упражняване на правото на ползване. Равностойното финансово обезпечение трябва да замени първоначалното финансово обезпечение най-късно на датата, на която става изискуемо финансовото задължение, гарантирано чрез договор за залог — чл. 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО. С предоставянето на равностойно финансово обезпечение за обезпеченото лице се открива възможността за прихващане от неговата стойност срещу финансовото задължение или използването му за погасяване на датата, на

* Асистент по търговско право в Нов български университет.
¹ ДВ, бр. 68 от 22 август 2006 г.

която става изискуемо финансовото задължение, ако и доколкото договорът за залог предвижда това — чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО. Договорът за залог дава възможност на кредитора (обезпеченото лице) и за прихващане и придобиване на правото на собственост върху обезпечението (чл. 11, ал. 1 ЗДФО). Подобен договор е бил познат още на римското право — *lex comissoria*. С това споразумение между зложния кредитор и длъжника първият е можел да стане собственик на вщта, ако длъжникът не си плати дълга².

1. ПРАВО НА ПОЛЗВАНЕ

Правото на ползване по реда на ЗДФО е правото на обезпеченото лице да ползва и да се разпорежда като собственик с финансовото обезпечение. То е получено по силата на договор за залог, ако това е предвидено в договора, и съобразно неговите условия³. Последното е възприето в чл. 8, ал. 1 ЗДФО от разпоредбата на чл. 5 на Директива 2002/47 ЕС⁴.

Правото възниква от момента на предоставяне на финансовото обезпечение на обезпеченото лице и съществува през целия период, в който финансовото обезпечение е на разположение на или се държи от обезпеченото лице или негов угълномощен представител — чл. 8, ал. 2 ЗДФО. Правото на ползване се прекратява след погасяване на финансовото задължение или когато финансовото обезпечение се реализира — чл. 8, ал. 7 ЗДФО. С цел да бъде защитен обезпечителят, законодателят е предвидил разпоредбата на чл. 8, ал. 5 ЗДФО: „Упражняването на правото на ползване в съответствие с този член не засяга действителността или изпълнението на правата на обезпеченото лице по договора за залог по отношение на финансовото обезпечение, осигурено от обезпеченото лице в изпълнение на задължение по ал. 3, т. 1.“⁵. Независимо от това дали обезпеченото лице ползва обезпечението за цели, различни от отчуждаване, дължи се връщане на равностойно финансово обезпечение⁶. Споделям мнението, че нормата на чл. 8, ал. 6 ЗДФО е излишна предвид абсолютния характер на зложното право⁷.

Правото на ползване следва да се отграничава от правото на собственост по т. 3, § 1 от Допълнителните разпоредби на ЗДФО, което е право на собственост върху налични ценни книжа, както и съвкупността от права върху безналични ценни книжа и вземания. На пръв поглед тези понятия се покриват. Анализирайки ги обаче, откриваме някои съществени разлики: при правото на ползване обезпечителят остава собственик на обезпечени-

² Дюнан Ж. и Пишопа П. Римско право. Речник на основните термини. С., Сиела, 2007. с. 133.

³ Така и Åsgeirsson, H. Financial Collateral arrangements. — *Monetary bulletin*, 2003, no. 4 — http://www.sedlabanki.is/uploads/files/MB034_6.pdf, p. 89.

⁴ OJ L 168 от 27 юни 2002 г.

⁵ Така и Клайджиев, А. Облигационно право. Обща част, 4. изд. С., Сиби, 2007. с. 696.

⁶ Valáz, P. The right of collateral taker to use collateral. — *BIATEC*, Volume XIV, 2006, no. 2 — http://www.nbs.sk/BIATEC/BIA02_06/12_17.PDF, p.15.

⁷ Клайджиев, А. Пак там.

ето до момента, в който обезпеченото лице се разпорежи с обезпечението⁸ (чл. 2, ал. 4 ЗДФО), а при правото на собственост то бива прехвърлено с неговото предоставяне — аргумент чл. 2, ал. 3 ЗДФО. Друга съществена разлика е, че с упражняването на правото на ползване за обезпеченото лице се поражда следните права и задължения:

(1) задължението да прехвърли равностойно финансово обезпечение, за да замени първоначалното финансово обезпечение най-късно на датата, на която става изискуемо финансовото задължение, гарантирано чрез договор за залог,

или

(2) правото да прихваща стойността на равностойното обезпечение срещу финансовото задължение или да го използва за неговото погасяване на датата, на която става изискуемо финансовото задължение, ако и доколкото договорът за залог предвижда това.

Договорът за залог с право на ползване трябва да се отграничава и от неправилния залог. Неправилният залог няма изрична уредба в българското право. Според някои автори неправилен залог е налице, когато а) обект на залога са парични средства, и б) страните се съгласяват имуществото, което следва да бъде възстановено, да бъде родово определено (*genus*)⁹. Член 1851 от Италианския граждански кодекс нарича този залог „*anticipazione bancaria*“. Според тази разпоредба, ако бъде предоставено обезпечение под формата на пари (без да са индивидуализирани) за ползването на банков кредит, и ако банката уговори правото да ползва тази сума, то този залог се определя като неправилен. Банката е задължена да върне само сума до размера на първоначално предоставената¹⁰.

При неправилния залог се дължи връщане на еквивалентно имущество, за разлика от правилния, при който залогоприемателят трябва да върне първоначално даденото имущество (*in specie*). При неправилния залог залогоприемателят става абсолютен собственик на заложените активи. Прехвърлянето на собствеността се осъществява в момента на сключването на договора¹¹. Залогодателят има правото да иска връщането на еквивалентно имущество, но не се ползва с никаква привилегия за това свое вземане¹².

Въпреки привидната прилика на неправилния залог с договора за залог с право на ползване се налага изводът, че те се отличават по два съществени елемента:

(1) правото на собственост при неправилния залог се прехвърля със сключването на договора, докато собствеността при договора за залог с

⁸ Keijser, T. Ed. Right of Use under Danish Law. — In: *Report on a "Right of Use" for Collateral Takers and Custodians*. Rome. July 2003, p. 18 — 19. Достъпен на <http://129.3.20.41/eps/le/papers/0308/0308001.pdf>

⁹ Ibid., p. 43.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibid., p. 19.

¹² Ibidem.

право на ползване се прехвърля в момента на упражняването правото на ползване — чл. 2, ал. 4 във връзка с чл. 8, ал. 3 ЗДФО;

(2) трансформацията на привилегията върху еквивалентното (равностойно) финансово обезпечение — равностойното финансово обезпечение е подчинено на условията по първоначалния договор за залог. Счита се, че равностойното финансово обезпечение е било осигурено по същото време, когато е било предоставено първоначалното финансово обезпечение (чл. 8, ал. 4 ЗДФО). Това означава и запазване на привилегията по реда на чл. 11, ал. 5 ЗДФО.

Правото на ползване по реда на ЗДФО трябва да се отграничи и от други два сходни института — правото на ползване на залогодържателя, уредено в чл. 157 ЗЗД, и правото на ползване по реда на чл. 56 и следващите ЗС. Разпоредбата на чл. 157, ал. 2 допуска уговарянето на възможността залогоприемателят да си служи с вещта. В теорията се отбелязват следните разлики между правото на ползване по чл. 157, ал. 2 ЗЗД и по чл. 8 ЗДФО:

(1) ЗДФО има положително отношение към правомощието на ползване — той допуска страните да уговорят подобно право, а не го забранява с диспозитивна норма;

(2) съдържанието на правомощието по ЗДФО е по-широко от това в ЗЗД¹³.

Правото на ползване по ЗДФО позволява и разпореждане с финансовото обезпечение, докато правото на ползване по реда на чл. 157, ал. 2 ЗЗД се ограничава само до съхраняването на вещта с оглед запазване на нейната имуществена стойност¹⁴.

Правомощието на ползвателя също трябва да се отличи от възприетото в ЗДФО. Правната теория дава следните отграничителни белези на вещното право на ползване, уредено в чл. 56 и сл. от ЗС: а) непосредствено господство върху обременената вещ от ползвателя; б) задължение на всички лица за въздържане от въздействие върху вещта, т. е. действие *erga omnes*; в) чисто личният характер на правото, т. е. невъзможността на носителя му да го прехвърля на други лица; г) кредиторите на носителя на правото не могат да искат принудително изпълнение върху вещта, и д) задължението ползвателят да ползва вещта съгласно нейното предназначение¹⁵. До каква степен тези характеристики са приложими към правото на ползване, уредено в ЗДФО? За да се отговори на този въпрос, трябва да се направи сравнение между двете правни явления.

Безспорни прилики се откриват във вещноправния характер на двата института, уредени в ЗС и в ЗДФО. Обезпеченото лице по реда на ЗДФО разполага с някои от горепосочените права на ползвателя по ЗС, като например правото на непосредствено господство, действие на правото *erga*

¹³ К а л а й д ж и е в, А. Цит. съч., с. 695.

¹⁴ Така и С т а в р у, Ст. Въпроси на българското вещно право. С., Феня, 2008, с. 503.

¹⁵ Така и В а с и л е в, Л. Българско вещно право. С., Нова звезда, 2001, с. 356 — 357.

omnes (това се постига по реда на чл. 5 ЗДФО чрез предоставяне и се доказва по чл. 6 ЗДФО). Друга прилика, която може да бъде открита, е възможността за придобиване на плодовете на вещта¹⁶ и доходът от използваното обезпечение — чл. 4, ал. 6 ЗДФО.

Трябва да се отбележи, че правото по чл. 56 и сл. ЗС е с предмет само телесни вещи, докато правото на ползване по чл. 8 ЗДФО засяга предоставеното обезпечение, което може да включва и нетелесни права (вземанията по банкова сметка, безналични ценни книжа и др.). Друга съществена разлика е, че обезпеченото лице може да ползва и да се разпорежда като собственик с финансовото обезпечение, получено по силата на договор за залог § 1, т. 4 ЗДФО, което право е забранено по силата на чл. 56 ЗС.

В заключение може да се отбележи, че въпреки възможността за уговаряне на право на ползване на заложеното имущество, с приемането на ЗДФО то получи своята изрична уредба. Правото на ползване трябва да се отграничава от редица сходни нему институти, каквито са например правото на собственост по реда на ЗДФО, неправилният залог, правото на ползване, уредено в чл. 157, ал. 2 ЗЗД и чл. 56 и сл. ЗС. То е новост за правната ни действителност.

2. ЗАДЪЛЖЕНИЕ ЗА ПРЕХВЪРЛЯНЕ НА РАВНОСТОЙНО ФИНАНСОВО ОБЕЗПЕЧЕНИЕ

Задължението за прехвърляне на равностойно финансово обезпечение се поражда за обезпеченото лице в момента, в който то упражни правото си на ползване по реда на чл. 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО.

То представлява новост за правната ни теория и практика. С него се създава непознатото досега задължение на кредитора за реципрочно прехвърляне на обезпечение. Член 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО изисква кредиторът да „прехвърли“ равностойно финансово обезпечение. Това означава, че той ще е обвързан да използва прехвърлителния договор като начин на обезпечаване.

Правната дефиниция на равностойното финансово обезпечение се съдържа в чл. 9, ал. 3 ЗДФО. За равностойно финансово обезпечение се смятат:

(1) при парични вземания — заверяването на сметка със същата сума в същата валута;

(2) при финансови инструменти:

а) финансовите инструменти на същия емитент или длъжник, които принадлежат към същата емисия или клас, и са със същата номинална стойност, валута и описание;

б) други активи, ако договорът за финансово обезпечение предвижда прехвърлянето им вследствие на настъпването на събитие, свързано със или засягащо финансовите инструменти, предоставени като финансово обезпечение.

¹⁶ В а с и л е в, Л. Цит. съч., с. 363 — 364.

Внимание заслужава буква „б“ на чл. 9, ал. 3, т. 2 ЗДФО, която говори за предоставяне на равностойно финансово обезпечение чрез „други активи“. Законът не съдържа дефиниция за „други активи“, което може да доведе до нарушаване на императивната разпоредба на чл. 4 ЗДФО относно ограничения предмет на финансовото обезпечение и нежелателното му разширяване. Трябва *de lege ferenda* буква „б“ на чл. 9, ал. 3, т. 2 ЗДФО да бъде допълнена с препращане към чл. 4 ЗДФО.

Обезпечителят ще се ползва с правата и задълженията по чл. 8, ал. 4 ЗДФО *ex lege*. Счита се, че равностойното финансово обезпечение е било осигурено по същото време, когато е било предоставено първоначалното финансово обезпечение. Това означава, че обезпечителят ще ползва привилегия на вземането си. От една страна се изисква обезпечение чрез прехвърляне (чл. 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО), а от друга — подчинеността на равностойното обезпечение на първоначалния договор за залог. Затруднението, което възниква, е дали привилегията на вземането ще бъде по реда на ал. 5 или по реда на ал. 7 от чл. 11 ЗДФО.

При хипотезата на чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО обезпеченото лице може и да прихваща от стойността на равностойното обезпечение срещу финансовото задължение или да го използва за неговото погасяване на датата, на която става изискуемо финансовото задължение, ако и доколкото договорът за залог предвижда това. Следователно обезпеченото лице трябва да е учредило равностойно финансово обезпечение. За разлика от другите обезпечителни сделки, в тази хипотеза обезпеченото лице може да използва равностойното финансово обезпечение за погасяване на финансовото си задължение, въпреки че в това правоотношение има качеството на обезпечител (длъжник). Препоръчително е *de lege ferenda* ЗДФО да уреди изрично приложимостта на чл. 191 и 192 ЗЗД.

Когато договорът за залог с право на ползване има за предмет вземания, обезпечителят трябва да прехвърли свои парични вземания по банкови сметки в полза на обезпеченото лице. Задължението за връщане на равностойно финансово обезпечение е договорно. Ако обезпеченото лице не изпълни това си задължение, обезпечителят няма право на ревандикационен иск по чл. 108 ЗС. Остава му възможността за прихващане¹⁷.

3. ПРИДОБИВАНЕ

Придобиването на собствеността върху обезпечението от страна на обезпеченото лице е правна възможност за удовлетворяване по чл. 11, ал. 1, т. 1 ЗДФО при договора за залог. Този придобивен способ е обвързан от наличието на неизпълнение. Друг отличителен белег е, че това е погасителен способ за окончателно уреждане на отношенията между страните.

Друг способ за придобиване на собствеността върху обезпечението е упражняването на правото на ползване по реда на чл. 8, ал. 3 ЗДФО. В този случай обезпеченото лице се счита за собственик на предоставеното обез-

¹⁷ K e i j s e r, T. Op. cit., p. 38.

печение. Той се отличава от горепосочения придобивен способ по това, че не се изисква наличие на неизпълнение. Възникването на това придобивно основание е поставено в зависимост само от две кумулативно дадени предпоставки:

- (1) това право да е уговорено в договора за залог — чл. 8, ал. 1 ЗДФО;
- (2) обезпеченото лице да е упражнило правото — чл. 8, ал. 3 ЗДФО.

Функцията на това придобивно основание е производна на обезпечителната функция. Обезпеченото лице има право да ползва и да се разпорежда като собственик с финансовото обезпечение, получено по силата на договор за залог — т. 4 на § 1 от ДР на ЗДФО. Тази възможност за разпореждане е изключение от общия принцип за недопустимост на разминаване между лицето, което е собственик на ценната книга като движима вещ, и лицето, което е титуляр на материализираното в нея вземане¹⁸.

Разгледаните характерни за договора за залог по реда на ЗДФО придобивни способности трябва да се разграничават от придобиването на собственост при прехвърлителния договор. Те се отличават по времето на тяхното възникване. При прехвърлителния договор обезпеченото лице придобива правото на собственост върху обезпечението — чл. 2, ал. 3 ЗДФО по силата на предоставянето. При договора за залог с право на ползване това е възможност, с която обезпеченото лице може да придобие собствеността вследствие на разпореждане с предмета на обезпечението. До този момент залогодателят е собственик на заложеното имущество — чл. 2, ал. 4 ЗДФО.

Придобивните способности при договор за залог с право на ползване трябва да се отграничат и от придобиването на собственост при обратно прехвърляне на финансовото обезпечение по прехвърлителния договор. В случай на изпълнение обезпеченото лице следва да прехвърли обратно същото като първоначално даденото финансово обезпечение поради неговата фидуциарна същност на прехвърлителния договор. При договора за залог с упражнено право на ползване обезпеченото лице следва да прехвърли собствеността не върху същото, а върху равностойно финансово обезпечение.

4. ПРИХВАЩАНЕ

Прихващането е уредено в чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО и в чл. 11, ал. 1 ЗДФО, които представляват две различни хипотези.

В първата хипотеза (по чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО) обезпеченото лице може да прихваща от „прехвърленото“ от него равностойно финансово обезпечение. Терминът „прехвърляне“, употребен в разпоредбата на чл. 8, ал. 3, т. 1, и в чл. 4 ЗДФО, не е коректен и би предизвикал сериозни практически проблеми при прилагането на чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО. Прехвърлянето на собствеността върху финансовото обезпечение би могло да затрудни до голяма степен възможността за прихващане от страна на обезпеченото

¹⁸ Относно общия принцип за недопустимост вж. С т а в р у, Ст. Цит. съч., с. 117.

лице по този текст. В случай че обезпеченото лице прехвърли равностойното финансово обезпечение, с това прехвърляне то би изпълнило всичките си задължения и не би могло да извърши прихващане. Предоставянето на равностойно финансово обезпечение с прехвърлителен договор би променило реда на първоначалната привилегия. Съгласно чл. 8, ал. 4 ЗДФО прехвърленото равностойно финансово обезпечение е подчинено на условията по първоначалния договор за залог. Освен това законът счита, че равностойното финансово обезпечение е било осигурено по същото време, когато е било предоставено и първоначалното финансово обезпечение. Това означава, че първоначалният договор за залог се ползва с привилегията по чл. 11, ал. 5 ЗДФО, а прехвърленото по чл. 2, ал. 2 ЗДФО равностойно финансово обезпечение — с привилегията на чл. 11, ал. 7 ЗДФО, т. е. редът се измества пред този на договора за залог. Това положение би довело до противоречие с чл. 8, ал. 4 ЗДФО, който счита условията по двата договора за едни и същи. *De lege ferenda* терминът „прехвърляне“ би трябвало да бъде заменен с „предоставяне“ (напр. чл. 9, ал. 2 ЗДФО) или „обезпечаване“. Това би позволило избягването на евентуален спор за реда на привилегията по равностойното финансово обезпечение.

В заключение може да се каже, че прихващането по чл. 8, ал. 3, т. 2 ЗДФО не е задължително свързано с неизпълнение. Възможно е страните да договорят първоначално, че удовлетворяването ще се извършва именно от стойността на равностойното финансово обезпечение.

При втората хипотеза на чл. 11, ал. 1 ЗДФО прихващането е неразривно свързано с неизпълнението. Съгласно текста, при неизпълнение и при спазване условията на договора за залог, обезпеченото лице има право без съдебна намеса да реализира финансовото обезпечение, осигурено по силата на договор за залог. Предвидени са две възможности в зависимост от предмета на обезпечението:

(1) прихващане от стойността на финансови инструменти, получена от продажбата им;

(2) прихващане на използваните като обезпечение парични вземания срещу финансовите задължения.

Предпоставките на прихващане по ЗЗД са относими и към двете хипотези, уредени в ЗДФО. Безспорно е, че изискването за наличие на две *действителни задължения*¹⁹ е изцяло валидно и за прихващането по чл. 8, ал. 3, т. 2, и чл. 11, ал. 1 ЗДФО. Задълженията на страните са *насрецини* (кредиторът по едното е длъжник по другото и обратното²⁰), т. е. обезпеченото лице е кредитор по отношение на финансовото задължение, но е длъжник по отношение на равностойното финансово обезпечение (чл. 8, ал. 3, т. 1 ЗДФО) или на задължението за изпълнение на финансовото задължение и задължението за връщане на заложеното имущество (аргумент чл. 7 и чл. 11, ал. 1 ЗДФО). По този начин се погасяват насрецините

¹⁹ К а л а й д ж и е в, А. Цит. съч., с. 512.

²⁰ Така и К а л а й д ж и е в, А. Цит. съч., с. 513.

задължения до размера на по-малкото от тях²¹. Няма съмнение и относно *еднородността* и *заместимостта* на престациите (в тази хипотеза законът изисква две лица да си дължат взаимно пари или еднородни и заместими вещи) — паричните вземания или финансовите инструменти по чл. 4 ЗДФО. *Изискуемостта* може да произтича или от упражняване правото на ползване по реда на чл. 8, ал. 3 ЗДФО, или при неизпълнение по чл. 11, ал. 1 ЗДФО. *Ликвидността* изисква задълженията да бъдат безспорни или веднага доказуеми²², или безспорно установени по основание и размер²³. Те могат да бъдат изразени в една цифра, без да има нужда от проверка и оценка²⁴. Финансовото задължение следва да е винаги определено по размер. Съгласно чл. 4, ал. 5 ЗДФО стойността на финансовите инструменти, търгувани на капиталови пазари, се определя според пазарната им цена на съответния капиталов пазар, освен ако е уговорено друго. Страните по договора могат да се договорят относно процедурата за оценка на финансовите инструменти и приложимия обменен курс към паричните вземания.

Възможно е прихващането да бъде извършено чрез т.нар. прихващане по текуща сметка (*current account set-off*). Това е договорно право, което се дава на банка да извършва действия по различни сметки на един титуляр, да ги комбинира и третира като една. Прихваща се дебитен баланс по една сметка с кредитен по друга²⁵. В този случай титулярят на сметките следва да даде инструкция на банката кои сметки ще се кредитират и кои ще се дебитират²⁶. При сметки с различни титуляри не е възможно прихващане по реда на чл. 103 и следващите ЗЗД, освен ако не е уговорено такова. Сметките могат да бъдат водени от различни клонове на банката — това не се отразява на възможността за прихващане. Има ли еднородност и заместимост на престациите, когато предмет на договора за залог са вземания по банкови сметки в различна валута? Правната теория допуска прихващане на две насрецини вземания в конвертируема валута, но не и когато са в различна валута — заради неконвертируемостта на българския лев²⁷. Смятам че това не е пречка и е възможно превалутиране в съответната валута²⁸. Съгласно теорията възможността за комбиниране на различни сметки не би трябвало да е приложима във всички случаи. Приема се, че ако обезпечителят има разплащателна сметка в банката „Х“, но притежава и сметка, по

²¹ В този смисъл и К о ж у х а р о в, Ал. Облигационно право. Книга втора. С., Софи-Р, 1994, с. 4.

²² А п о с т о л о в, Ив. Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. С., БАН, 1990, с. 355.

²³ К о ж у х а р о в, Ал. Цит. съч., с. 12.

²⁴ М е в о р а х, Н., Л и д ж и, Д. И. и Ф а р х и, Л. Коментар на Закона за задълженията и договорите. Чл. 1 — 333. 2. изд. С., 1926, с. 393.

²⁵ G o o d e, R. Legal problems of credit and security. 3. ed. London, Sweet and Maxwell, 2003, p. 240 — 241.

²⁶ G o o d e, R. Ibid., p. 255.

²⁷ П о п о в а, В. Прихващане. Материалноправни проблеми. С., Феня. 2002, с. 30 — 31.

²⁸ В този смисъл и G o o d e, R. Ibid., p. 256 — 257.

която ползва кредит от същата банка, тези две сметки трябва да бъдат отделни и да не се допуска възможност за прихващане по такива вземания²⁹. Тази ситуация може да бъде илюстрирана със следния пример:

Банката „Х“ отпуска кредит на „А“. Уговорено е, че главницата ще се изплаща на равни месечни вноски плюс договорените по реда на чл. 430, ал. 2 ТЗ лихви. В договора за кредит е предвидено по реда на чл. 432, ал. 1 ТЗ, че неплащането на която и да е вноска води до предсрочна изискуемост на цялото вземане. Същевременно „А“ е обезпечител — трето задължено лице (чл. 7, ал. 1, т. 2 ЗДФО) по финансово задължение на „В“ към банката „У“. Предмет на договора за залог са неговите парични вземания по банковите му сметки — чл. 4, ал. 2 ЗДФО. „В“ е в неизпълнение и банката „У“ упражнява правото си по реда на чл. 11, ал. 1, т. 2 ЗДФО и прихваща използваните като обезпечение парични вземания срещу финансовите задължения. Упражняването на това право води до невъзможността на „А“ да погаси месечната си вноска към банка „Х“, която на свой ред обявява кредита си за предсрочно изискуем.

Възможно ли е извършването на прихващане при цедиране на финансовото задължение? Този въпрос съдържа в себе си две различни хипотези:

- (1) обезпечителят е длъжник и по финансовото задължение;
- (2) обезпечителят е длъжник само по финансовото обезпечение, т. е. той е трето задължено лице.

Според правната литература, когато обезпечителят е длъжник и по финансовото задължение, прихващането е възможно, но само до момента, в който той е уведомен за станалата цесия по реда на чл. 99, ал. 3 и 4 ЗЗД³⁰. Когато обезпечителят е длъжник само по финансовото обезпечение, съгласно чл. 99 ЗЗД неговото уведомяване няма да е нужно. Обезпеченията ще преминат *ex lege* ведно с вземането.

Прихващането по ЗДФО трябва да се отличава от аналогичния институт по чл. 645 ТЗ. Тази разпоредба от ТЗ урежда производството по несъстоятелност, а обезпеченията по реда на ЗДФО не се засягат от него — чл. 14 ЗДФО. Друга разлика е, че изявленията за прихващане се отправят от страните по договора за финансово обезпечение, а не от различно от тях лице (каквото е синдикът)³¹.

Прихващането трябва да се отграничава и от нетирането. Нетирането е частен на прихващането случай, който е мислим само в сетълмент системи и само относно парични средства и финансови инструменти.

²⁹ В този смисъл и Good, R. *Ibid.*, p. 257.

³⁰ Попова, В. Цит. съч., с. 141; Sott, S. *Op. cit.*, p. 114 — 115.

³¹ Маданска, Н. Производство по несъстоятелност: Проблеми и тенденции. 2. доп. изд. С., Сибир, 2005. с. 80 — 81.