

Прегледът на уредбата показва, че тя поставя само най-обща рамка, която законодателят се самоограничава да спазва при създаването на специално законодателство. По-важното ограничение е за органите на изпълнителната власт и на местното самоуправление, на които с правилото на чл. 4 ЗОАРАКСД е отнета възможността да установяват каквито и да било изисквания за сключване на сделки. Важна гаранция срещу бездействието на администрацията пък е въведеното правило за мълчаливо съгласие.

Доц. д-р Методи МАРКОВ

m

Изменение на ипотеката и вписване на допълнителни обстоятелства

Законът е ограничил подлежащите на вписване промени в ипотеката, като ги е изброил в чл. 171 ЗЗД и чл. 17 от Правилника за вписванията – прехвърляне¹, залагане, встъпване и

¹ Цесията прехвърля и ипотеката, но за да има действие цесията за ипотеката, тя трябва да бъде отбелязана в нотариалните книги.

² Калайджиев, А. Облигационно право – Обща част. С., Сиби, 2001, с. 618.

³ Обратното мнение е споделено от Симеонов, К. Вписванията и привилегиите. С., 1928,

запор на вземането, така също и подновяването и заместването в задължение. Изискването за валидност е писмена форма, с нотариална заверка на подписите.

Съгласно теорията други обстоятелства не могат да бъдат отбелязвани². Това обстоятелство поражда редица въпроси в практиката и затова е необходимо едно по-подробно разглеждане в проблематиката, която поставя нормативната уредба.

При прехвърляне на вземане, обезпечено с ипотека, следва да се спази изискването, поставено от чл. 99, ал. 4 ЗЗД, за да може да бъде направено отбелязването към ипотеката³. Това би било добре да се направи от гледна точка стабилността и яснотата при отбелязването в регистъра. С прехвърляне на вземането едновременно се прехвърлят и привилегиите и обезпеченията и другите му принадлежности – чл. 99, ал. 2 ЗЗД. Гласността е от особено значение за случаите, когато първоначалният ипотекарен кредитор е прехвърлил вземането си, след като и по-рано го е отстъпил на друго лице, а също и когато някой дава кредит на ипотекарния кредитор, защото смята, че още е собственик на ипотечното вземане. Възможна е и частична цесия и нейното отбелязване по реда на чл. 171 ЗЗД.

с. 113-114. „В закона не се определя коя от формалностите трябва да се извърши по-рано, поради което следва да се приеме, че отбелязването на прехвърлянето може да бъде направено и преди съобщаването на длъжника за прехвърлянето на вземането“, също и Венедиков, П., Ипотеки, залог, привилегии. С., Сиби, 1994, с. 150.

Встъпването и суброгацията⁴ (например по чл. 74 ЗЗД и чл. 26 ЗДД) също следва да бъдат отбелязани. Считам, че при тези случаи не следва да се дава съгласието на ипотекарните длъжници. Суброгацията настъпва по силата на закона, като под правен интерес (по чл. 74 ЗЗД) следва да се разбира опасността от настъпване на неблагоприятни имуществени последици по отношение на изпълняващия чуждото задължение, и то само във връзка с отношенията му с кредитора по първоначалното вземане – виж Решение № 984/2002 г., V г.о. При встъпването по чл. 101 ЗЗД се казва, че „първоначалният длъжник и встъпилото лице отговарят към кредитора като солидарни длъжници“. Можем да дискутираме над това, кой точно първоначален длъжник се има предвид – дали по вземането или даващият обезпечението? От смисъла на встъпването ще следва да приемем, че солидарно ще отговарят както длъжникът по вземането, третото задължено лице и встъпилото лице. Считам, че е достатъч-

⁴ Интересно определение на суброгацията е дадено в определение на общото събрание на ВКС № 12-1935 г.: „...суброгацията също така е една фикция, по силата на която платеното вземане продължава да съществува в полза на лицето, което го е платило, и то с всичките си особености и акцесори, особена правна природа, подсъдност, а така също и в онова процесуално състояние, в което е било заварено при плащането.“

⁵ „Съгласие на собствениците, чиято вещ е ипотекирана, трябва да бъде дадено пред кредитора и облечено в нотариална форма, тъй като фактически касае до нов договор за ипотека, сключен между собственика на вещта и кредитора (чл. 167, ал. 2 ЗЗД). За да възникне

но отбелязване по реда на чл. 171 ЗЗД, с нотариална заверка на подписите на договора за встъпване. Съгласието на трети задължени лица не би следвало да е необходимо, тъй като в този случай за тях по-скоро настъпват благоприятни последици, т.е. кредиторът се снабдява с още един длъжник и по този начин увеличава избора си при евентуалното принудително изпълнение.

При наличието на заместване нещата обаче биха изглеждали доста по-различно. Някои автори считат, че следва да се сключи договор за допълнителна ипотека, за да се запазят дадените от трети лице обезпечения⁵. В този смисъл е и Решение № 122/2001 г. на ВКС, според което ипотеката, дадена от трето лице, не се запазва при промяна на длъжника и подлежи на заличаване. В мотивите се посочва, че съгласието на собственика имотът му да служи за обезпечение на дълга и на новия длъжник следва да бъде дадено прямо кредитора и в предвидената от закона нотариална форма⁶. Приетото

в полза на банката кредитор ипотекарното право, тя следва да сключи договор за допълнителна ипотека (р. № 122 от 05.02.2001 г. на ВКС по гражд. д. № 1418/2000 г.). Тенева, Л. Правни проблеми, произтичащи от вписването на ипотеките. – В: Собственост и други вещи права, кн. 2/2003 г.

⁶ Обратното становище по този въпрос намираме у Апостолов, Ив. Правни сделки с действие върху чужд правен кръг. С., 1937, с. 244: „Съгласието на собственика, за което става дума тук, не е подчинено на нотариална форма, нито се нуждае от вписване (става въпрос за стария ЗЗД – бел. авт.). То е едностранна неформална сделка.“

от съда, мисля, не следва да бъде споделено поради следните обстоятелства – на първо място е категоричната разпоредба на чл. 171 ЗЗД, от която следва безспорно, че заместването по чл. 102 ЗЗД, подлежи на отбелязване. В този случай не би било необходимо „съгласието на собствениците, чиято вещ е ипотекирана, да бъде дадено пред кредитора и облечено в нотариална форма, тъй като, според споменатото решение, фактически се касае до нов договор за ипотека, сключен между собственика на вещта и кредитора (чл. 167, ал. 2 ЗЗД). Оттук се извежда и изводът, че „за да възникне в полза на банката-кредитор ипотекарното право, тя следва да сключи договор за допълнителна ипотека“. Залогът и ипотека, дадени от първоначалния длъжник, остават в сила – чл. 102, ал. 2 ЗЗД, т.е. тук не е необходимо даването на допълнително съгласие.

Безспорно е, че третите задължени лица следва да дадат своето съгласие, защото те дават обезпечение с оглед на личността на длъжника и за тях не е все тая, кой ще бъде той (такава е и логиката на чл. 21, ал. 1 и

⁷ В този смисъл и Апостолов, Ив.: „Съгласието на кредитора не може да произведе действие във вреда на поръчителите и на солидарните съдължници и да ги натовари с отговорност за новия длъжник, какъвто те не са поели. Това съгласие не може да обвърже собствениците на заложен или ипотекирани вещи, които са учредили вещни тежести върху имотите си с оглед платежеспособността и личните качества на стария длъжник.“ – Облигационно право, Част първа, Общо учение за облигацията. С., изд. на БАН, 1990, с. 421.

ТЪРГОВСКИ СДЕЛКИ

чл. 102, ал. 2 ЗЗД). Не можем да се съгласим обаче, че за целта е необходимо да се сключва „договор за допълнителна ипотека“, защото тя би заела реда от деня на вписването си (логиката на чл. 166 ЗЗД), а не би запазила стария си ред, какъвто е и смисълът на предвидената възможност в чл. 171 ЗЗД. Считам за далеч по-удачно да се направи нотариална заверка на подписите на договора за заместване, където е дадено и съгласието на ипотекарния длъжник – такъв е и смисълът на чл. 171 ЗЗД⁷. Какво следва за ипотеката, когато бъде прехвърлено търговското предприятие? Съгласно чл. 15 ТЗ – предприятието е съвкупност от права, задължения и фактически отношения, може да бъде прехвърлено чрез сделка, извършена писмено с нотариална заверка на подписите. Това означава, че и кредитът ще премине у правоприемника като пасив или задължение. Като защита за кредиторите е предвидената отговорност в ал. 3 на чл. 15 ТЗ – отчуждителят отговаря за задълженията солидарно с правоприемника до размера на получените права. Кредиторите на търсимите задължения са длъжни да се обърнат първо към отчуждителя на предприятието. Това правоприемство е прехвърлително (транслативна сукcesия) – прехвърлителят прехвърля своето съществуващо право в пълен обем на правоприемника. Имаме промяна на длъжника, което значи, че ще е възможно необходимо отбелязване на основание чл. 171 във връзка с чл. 102, ал. 2 ЗЗД поради

промяна в личността на длъжника. Възможно е и оформяне на договор за заместване по договора за кредит между новия длъжник и кредитора. При продажбата на предприятието на длъжника и дадено обезпечение ипотека от трети лица, ще се постави въпросът – какво следва да се направи с оглед интересите на страните? Поради очевидно настъпилата промяна в длъжника по договора за кредит ще е необходимо отбелязване на основание чл. 171 във връзка с чл. 102, ал. 2 ЗЗД. Правната фигура на заместването, считам, ще бъде приложима с пълна сила в този случай. При преобразуване на търговските дружества, според някои автори, кредиторите, които са обезпечени със залог, ипотека или право на задържане върху имущество на участващо в преобразуването дружество, не се засягат от преобразуването, защото обезпеченията се запазват, независимо от правоприемството⁸. Това, разбира се, е така, но ако се стига до промяна на длъжника по вземането, мисля, че всичко гореказано ще важи и в този случай.

Относно залагането на вземането, което е обезпечено с ипотека, виж Залог на вземанията обезпечени с ипотека.

За да е налице подновяване или новация, по чл. 107 ЗЗД, трябва да са налице следните предпоставки. Първата е наличността на предшестващо задължение, защото ако липсва, новационният договор ще е недействителен поради липса на кауза, тъй като целта на новацията е по-

ТЪРГОВСКИ СДЕЛКИ

гасяване на един стар дълг. В конкретния случай старият дълг ще бъде първоначално подписаният между страните договор за кредит. Втората е пораждането на действително ново задължение – необходимо е спазване на всички условия за действителност на новото задължение, специално що се отнася до предмета и съгласието, което впрочем е изискване и за всички сделки. Това е възможно да се постигне чрез промяна предмета на задължението, например промяна на валутата или превалутиране на договора за кредит. Това обаче не би следвало да важи за промяната на лихвата по кредита⁹. И трето е волята за подновяване – защото старото задължение не се погасява по право, а само ако страните са имали волята новото задължение да замести старото. Във връзка с тази предпоставка на новацията (волята на страните за подновяване) следва да се има предвид, че същата трябва да е изразена по ясен начин, и не трябва да се предполага или да се извежда по пътя на тълкуване. На вписване ще подлежи

⁸ Калайджиев, А., Голева, П., Марков, М., Маданска, Н. Коментар на промените в търговския закон. С., 2003, с. 120.

⁹ Меворах, Н., Лиджи, Д. И., Фархи, Л. Коментар на закона задълженията и договорите, Второ издание, С., 1926, с. 365 – даден е пример с лихва по текуща сметка, но считам, че това би важало и при другите лихвоносни задължения (бел. авт.), също и „Ако един запис на заповед се заменя на падежа с нов, новация няма, макар и върху новия запис да бъдат прибавени лихви“.

договорът за новация, със законо-изискуема нотариална заверка на подписите.

В случая с новацията се прави едно отклонение от общото правило, че ипотеката се погасява с вземането, т.е. вземането се погасява, но ипотеката запазва своето действие и ред¹⁰.

Когато се прави новация, следва да се има предвид, че реструктурирането (предоговаряне) на дълга по съществуващ банков кредит¹¹ не води до новиране на задължението, без изрично страните да са заявили воля за подновяване. Както беше отбелязано и по-горе, новацията не се предполага, затова волята на договарящите се за извършването ѝ трябва да е изразена по недвусмислен начин (така и р. № 789 – 2002 г., V г.о.).

Според арбитражната практика, удължаването на срока по договора не е подновяване (новация) на задължението, тъй като предметът на същото не се променя (в този смисъл §

110 ОУД СИВ 1968/1975 г.; р. № 78/2002 г. по ВАД). Очевидно се налага становището, че е необходимо да има изменение на цялото задължение, а не на неговите характеристики (каквото бихме имали, да речем, по анекси към главен договор).

Възможен е и друг, различен подход по този въпрос. Някои автори определят новацията като договор, при който длъжникът и кредиторът остават същите, но новото правоотношение (задължение) се отличава от старото с оглед на някой от съществениите си елементи¹². Според чл. 430, ал. 1 ТЗ срокът се явява важен елемент от договора за кредит¹³. Бързо развиващите се търговски отношения налагат на банковата практика една гъвкавост по отношение на падежа (падежите). Въпрос на избор от страните както по договора за кредит, а така и по договорите, обезпечавачи го, дали ще искат и изявят воля (animus novandi) чрез срока да подновят задълженията и запазват

¹⁰ В този смисъл и Апостолов, Ив. Правни сделки с действие върху чужд правен кръг, С., 1937, с. 244 „Запазената ипотeka запазва реда на първоначалното си вписване и обезпечаване на новото вземане само до размера на последното. Ако новото вземане е по-голямо по размер, страните могат да обезпечат разликата с нова ипотeka, която ще вземе ред от момента на вписването си.“

¹¹ Има се предвид реструктуриране по реда на глава V „Реструктуриране на рисковите експозиции, задбалансово отчитане на рисковите експозиции, класифицирани като необслужвани, и отнасяне (реинтегриране) към печалбата на провизии за загуби от обезценка“,

чл. 17-20 на Наредба № 9 от 19.12.2002 г. за оценка и класификация на рисковите експозиции на банките и за формиране на провизии за загуби от обезценка.

¹² Калайджиев, А. Облигационно право, С., Сиби, 2001, с. 469.

¹³ Таджер, В. Гражданско право на НРБ, Обща част, Дял I-II, С., Наука и изкуство, 1973, с. 229, определя срока като спадач към несъществените части (accidentalialia negotii) на сделката, освен ако законът не го въздигне в съществен елемент на сделката. Случаят с чл. 430, ал. 1 ТЗ, мисля, отговаря на последното изискване и в случая причислява срока към съществените елементи (essentialia negotii).

ки обезпеченията. Съдбата на обезпеченията е изяснена в предложението второ на чл. 107 ЗЗД – те ще се запазят, ако лицата, които са ги дали, се съгласят за това. Каква ще бъде поредността на вписванията в случай на подновяване? Ще запази ли първоначалното вписване по обезпеченията реда си? Считам, че следва да се запази поредността на вписването, въпреки че старото задължение ще бъде погасено и заместено с ново.

Тук би възникнал и въпросът, каква ще бъде съдбата на обезпеченията, ако един договор за новация се новира чрез нов договор между страните.

За съжаление законодателят не е предвидил възможността за допълнително вписване, при анексиране на главния договор, засягащо параметрите по вземането. Такива случаи в практиката са често явление, като основанията за това могат да се търсят както при редовното обслужване по главния договор за кредит, по промяна в лихвите и сроковете по желание на страните, така и при реструктуриране¹⁴ (разсрочване на плащането чрез удължаване на срокове, промяна на погасителен план и лихви и т.н.) затруднения на длъжника. Разрешението на този проблем следва да се търси както в интерес на страните по основния и допълнителния договор, така и в интерес на третите лица.

Анексът не представлява ипоте-

чен договор. Това е последващо споразумение между кредитора и длъжника, което представлява неразделна част от главния договор. В повечето случаи той засяга или размера на вземането, или срока на погасяване. Ипотечният договор, от който произтича ипотекарното право за кредитора, се сключва между кредитора по вземането и собственика на вещта. Ипотечният договор може да бъде съединен с договора, от който се поражда вземането, но трябва да съдържа изричната воля на собственика на вещта за ипотекането ѝ, като обезпечение на вземането на кредитора. Това волеизявление под страх от недействителност трябва да бъде направено в нотариална форма (чл. 167, ал. 1 и 3 ЗЗД – така и р. № 8 – 1998 г., V г.о.) От така цитираното съдебно решение може да бъде направен изводът, че е възможно, допустимо и логично вписването на нов нотариален акт на основание на чл. 20а ЗЗД. Той ще трябва да отрази нововъзникналите обстоятелства, засягащи изискуваните по закон реквизити. Такава възможност може да се изведе и от тълкуването на чл. 482, ал. 1 ГПК,

¹⁴ Чл. 17, ал. 1 от Наредба № 9 от 19.12.2002 г. за оценка и класификация на рисковите експозиции на банките и за формиране на провизии за загуби от обезценка дефинира реструктурирането като промяна на „първоначалните условия на споразумението са изменени чрез даване на отстъпки от страна на банката към длъжника, предизвикани от влошаване на финансовото му състояние, водещо до невъзможност да се изплати дългът, който не би дала при други обстоятелства“.

където се предвижда и „изменяне“ на вещно право (ако, разбира се, приемем, че ипотеката е вещно право) върху недвижим имот, при извършването на нотариален акт.

В подкрепа на казаното може да споменем и чл. 63, ал. 1, т. 7 ЗКИР, където се предвижда вписване по партидата на промените на вземането. Вземането не винаги е статично и неподлежащо на промяна за периода на действие на задължението.

Правната теория е предложила следното разрешение – ако кредиторът е имал право да направи вписването за по-голяма сума, може да избегне вредата, която произлиза от вече направеното вписване, като впише допълнителна ипотека, обаче тя взема ред от деня на вписването ѝ. В този случай не съществува една ипотека, но има две такива, които са последователни вписани върху същите имоти по силата на същия акт.¹⁵ Друго мнение, изказано в българската правна теория, което подкрепя допустимостта на допълнителното вписване, е, че ипотекарният кредитор може да се обезпечи допълнително за

¹⁵ Виж Симеонов, д-р К. Ипотеките, Теоретико-практическо ръководство по тълкуване на ЗПИ. С., Франклин, 1926, с. 104.

¹⁶ Венедиков, П. Ипотеки, залог, привилегии. С., Сиби, 1994, с. 54.

¹⁷ Чл. 26, ал. 2, т. 5 303 допуска вписването на „други промени на вписаните обстоятелства“, като това може да стане с приложено към писменото искане съгласие на лицето, срещу което могат да се черпят права от вписването (вж. чл. 27, ал. 3 303).

тях (изтекли, но невписани лихви извън законоустановения срок, сега уреден в чл. 174 33Д), като след изтичането им впише отделна ипотека и за тях. Това вписване учредява нова ипотека, която има действие и следователно и ред от деня, в който е направено то, а не от деня, в който е вписана ипотеката за главницата¹⁶. Тази възможност би трябвало да прояви отношение само ако собственикът е същият, ако имотът е преминал в трето лице, то допълнителна ипотека не би следвало да се допуска. Всъщност такава е и логиката на чл. 102, ал. 2 33Д.

Страните са длъжни да направят достояние чрез регистъра на трети добросъвестни лица на тези промени¹⁷ (подобна идея съдържа и чл. 6 от Еднообразните правила за договорните обезпечения).

Друг вариант е промените на вземането да се развиват в рамките на самия договор – например договор за кредитна линия, т.е. те да не се основават на последващи анекси, а да бъдат договорени първоначално между страните. Допустимо е обезпечаването с ипотека срещу кредит – текуща сметка, но следва да се изясни въпросът, за каква сума трябва да се издаде изпълнителният лист. Щом кредиторът открил на разположение на длъжника една сума, изтеглената сума съставлява за кредитора едно вземане. Ако по сметката е внесено по-малко, отколкото е изчерпано, то тази разлика съставлява дългът. В мотивите

вите си съдът е приел, че ипотеката служи за обезпечение на едно искане или на един дълг, поради което изпълнителният лист ще се издава за максималната сума, а ако от текущата сметка излезе, че искането на кредитора или дългът на длъжника е по-малко от максимума, кредиторът ще отбележи в изпълнителния лист още при започване на изпълнението издължената от длъжника сума¹⁸ (в този смисъл р. № 80 от 1901 г., I г.о.). Установяването на действителната дължима сума от даден момент се определя от извлечение от сметката на ипотекарния кредитор, което е било задължително за длъжниците. По силата на самия ипотечен акт съдът урежда правата на кредитора съгласно това извлечение, като се издава изпълнителен лист за сумата, посочена в последното (виж определение от 20.05.1925 г. по гр. ч. пр. № 919-924 г.). Тази възможност е уредена в чл. 42 3Б и чл. 237, б. „в“ ГПК.

Дали хипотезата на чл. 174 33Д ще бъде приложима при т.нар. кредитна линия? Там лихвите ще възникват върху използваната част от максималната сума, и то само за периода, за който те се ползват, като дългът ще е ясен окончателно или към момента на погасяване на задължението, или към момента на неизпълнението. Ипотеката следва да обезпечават именно този краен резултат на дълга, в него може да са капитализирани лихви за времето на действие на кредитната линия, който може да е повече от посочения в чл. 174 33Д¹⁹.

В заключение можем да кажем че de lege ferenda са възможни два варианта за разрешаването на този практически проблем. Първият е да бъде променен чл. 174 33Д чрез неговото прецизиране или допуска не по някакъв начин на последващо вписване на измененията на главния, респективно на обезпечителния договор. При това положение би възникнал въпросът какво би се случило, ако между вписването на ипотеката и анексирането ѝ има друго вписване? Логично би било да се приеме, че вписването за настъпилата промяна ще търпи своя „трети“ ред на вписване. Вторият вариант е да бъде изменен чл. 171 33Д чрез допълването му и допускането на отбелязване на базата на нотариално заверен анекс към основния договор.

Друго концептуално разрешение би могло да се търси в един съвсем нов подход и преформулиране на подлежащите на регистърно вписване обстоятелства и момента на тяхното действие.

Иван МАНГАЧЕВ, юрист

¹⁸ Тази ситуация е много сходна с т. нар. кредитни линии (бел. авт.).

¹⁹ „Същото ще бъде и ако е учредена ипотека, за да се обезпечи салдото по една текуща сметка. Тази ипотека обезпечават и лихвите, които са включени в салдото, макар и те да биха били в размер, по-голям от посочения в чл. 62, ал. 2 ЗПИ (бел. авт. – сега чл. 174 33Д) – Венедиков, П. Ипотеки, залог, привилегии. С., Сиби, 1994, с. 54.