

НЯКОИ ОСОБЕНОСТИ В ESSENTIALIA NEGOTII ПРИ ДОГОВОРА ЗА ФАКТОРИНГ

гл. ас. д-р Красимир Стоянов Коев
Бургаски свободен университет

SOME SPECIFIC FEATURES OF ESSENTIALIA NEGOTII IN THE FACTORING CONTRACT

Assist. Prof. Krasimir Stoyanov Koev, PhD
Burgas Free University

Abstract: *The article describes some specific features of essentialia negotii, regarding the content of the factoring contracts.*

Key words: *factorings, factoring contract, essentialia negotii of factoring contract*

Проблемът. Определянето на ДФ като *самостоятелен, ненаименуван договор* поставя пред правната теория един важен въпрос – какво е същественото съдържание на този договор?

1.1. На първо място, при този договор *трудно може да се говори за едно обобщено понятие* за същественото му съдържание предвид обстоятелството, че при някои от видовете му, именно разликата в това съдържание служи като квалификационен критерий. Типични примери в това отношение са Agency Factoring, Confidential Factoring и Maturity Factoring. При първите два вида доставчикът не се нуждае от административно обслужване и събиране на вземанията, затова тези елементи са изведени от същественото съдържание на договора, а основната функция на договора се свежда до чисто финансиране. При третия вид доставчикът не се нуждае от финансиране, а от кредитна застраховка, затова акцентът е върху административното обслужване и събирането на вземанията от страна на фактора, докато заплащането на прехвърлените вземания се извършва в един по-късен момент, а не в момента на прехвърлянето им.

При други видове, с оглед нуждите на практиката, като последица от задения квалификационен критерий, пак се стига до *изваждане на елементи от това съдържание*. Типичен пример в това отношение е Undisclosed Factoring, при който поради уговорката между страните да не се уведомяват длъжниците по прехвърлените вземания, договорът няма действие за тях и по необходимост събирането на вземанията се осъществява от доставчика, който в отношенията си с фактора действа като негов представител. Тази форма е много близка до фактурното дисконтиране (Invoice Discount)¹.

В някои случаи се стига до толкова съществено отнемане от съдържанието, че с основание може да се постави въпросът дали тези видове в действителност имат характеристики на ДФ или по-скоро практиката е наложила това име с оглед на об-

¹ Така и Мусева, Б. Цесията в международното частно право. С.: Сиби, 2014, 13-14.



стоятелството, че се сключват от лице, което има качеството на фактор и действа като такъв. Тези видове по-скоро се доближават по същността си до дисконтните сделки, където обаче доставчикът-цедент действа като пълномощник на фактора във връзка със събирането на прехвърлените вземания. Така или иначе, след като квалификационният критерий е именно с оглед на същественото им съдържание, то е безспорно, че налице са съществени различия в обема му, което е пречка да се даде едно обобщено понятие.

В този смисъл определянето на *essentialia negotii* на ДФ на база различните му видове е практически невъзможно. Затова при определяне на същественото му съдържание следва да се изходи от неговата *основна форма, а именно ДФ с пълни услуги*, наричан още същински или истински ДФ. Освен това, ДФ с пълни услуги не само, че е исторически първият вид договор, но е и най-често прилагания в практиката.

1.2. На второ място, при определяне *essentialia negotii* на ДФ, друг съществен проблем е обстоятелството, че това съдържание по принцип се определя въз основа на правните норми, т.е въз основа на закона. Това важи в пълна степен за именованияте договори, но тъй като ДФ е ненаименован договор, т.е не е уреден от закона, този подход е трудно приложим в случая. Не случайно някои автори² с основание посочват, че не би било правилно, ако само уредените в легално определение правни задължения бъдат характеризирани като образуващи същественото съдържание на ДФ като се изхожда от чл.2, ал.2, т.12 ЗКИ, докато този договор съдържа и редица други субективни права и задължения, които не са уредени от закона, тъй като не са включени в това определение.

Наред с това новата редакция на чл.2, ал.2, т.12 ЗКИ допълнително усложнява въпроса за определяне на същественото съдържание на ДФ, защото на практика бе премахнато легалното определение, което макар и неточно и непълно, все пак съществуваше в предишната редакция, и в настоящия момент този договор се определя само с общото понятие „форма на финансиране“, приравнявайки го по този белег с договора за форфетинг, с договорите за придобиване на вземания по кредити и други подобни. Т.е според закона става дума за различни видове договори за финансиране като родово понятие, което следва от езиковото и граматическо тълкуване, тъй като договора за форфетинг макар и близък и произхождащ от ДФ не е подвид на ДФ, а е отделен и самостоятелен вид договор. Договорите за придобиване на вземания по кредити (посочени като общо понятие) също са различни от ДФ, защото парични вземания по кредити не могат да бъдат предмет на същия. В този смисъл при липсата на законова регламентация под наименованието „факторинг“, законодателят има предвид всички допустими форми на ДФ, обхванати под това понятие, доколкото съществуват в търговската практика и са допустими според правните принципи и норми на българското гражданско и търговско право. Всички тези подвидове съществуват редом с другите самостоятелни видове договори за финансиране (например за придобиване на вземания по кредити и форфетинг), обхванати под използвания израз „форма на финансиране“.

Затова при липсата на законова уредба на ДФ, определянето на същественото му съдържание се оказва задача на правната теория, която отчитайки обстоятелството, че става дума за договор – продукт на една чужда правна система (англо-саксонската) и използвайки *analogia legis*, така както е уредена в чл.46, ал.2 ЗНА, и въз основа на търговската практика следва да изведе основните субективни права и задъл-

² Виж *Димитрова, Е. Факторинг. С.: Сиела, 2008, с. 84.*

жения³, изграждащи *essentialia negotii* на договора като за основа се вземе именно същинския ДФ (с пълни услуги), тъй като другите подвидове от гледище на съдържанието представляват изключения, а не правилото.

1.3. На трето място, като *сложен* договор, ДФ включва в същественото си съдържание не едно, а няколко правоотношения със субективните права и задължения, изграждащи това съдържание. При ДФ с пълно обслужване те възникват едновременно със сключването на договора и са във взаимна връзка по между си, което определя и синалагматичния характер на този договор. Единствено при уговорка между страните да се прехвърлят и бъдещи вземания на доставчика, субективните права и задължения по отношение на тези бъдещи вземания възникват не в момента на сключването на договора, а в един по-късен момент когато (ако) възникнат валидно в правния мир.

2. Особенности при прехвърлянето на паричните вземания като част от същественото съдържание на договора

В правната теория⁴ се сочи, че съществен белег на ДФ, който го отличава от другите съвременни договорни форми на финансиране на база парични вземания (известни като *accounts-receivable financing*), е изискването **факторът задължително да придобие в собственост прехвърлените вземания**. Т.е, при ДФ титулт върху вземанията трябва да е пълн, включващ всички правомощия върху едно вземане, *така както съществуват у неговия прехвърлител към момента на прехвърлянето в качеството му на собственик на това вземане*. Ако използваме правната терминология при вещните права, правомощията на прехвърленото вземане трябва да включват и правото на собственост върху него, и правото на разпореждане с него, и правото за събиране на същото.

2.1. Форми на цесия като прехвърлителен способ на вземания.

В тази връзка един от най-разпространените общи способности за прехвърляне на титула върху едно парично вземане е *цесията* като институт на облигационно право. Въпреки някои различия в условията и изискванията, във всички законодателства на страните от англосаксонската и континенталната правна система, институтът на цесията като общ способ за прехвърляне на субективни облигационни права (включително и на парични вземания) е известен и приложим⁵. Т.е цесията като прехвърлите-

³ Относно въпроса какво следва да се включва в понятието „съществено съдържание“ на един договор съществува спор в българската правна теория. Някои автори счита, че има общи и специални съществени елементи на сделката като именно специалните са тези, които отличават една сделка от друга по вид от гледище на правните последици като така определят и нейната същност като сделка от даден вид (виж *Василев*, цит.съч., с.398 и с.405). Други автори определят единствено предметът на сделката и нейното основание при каузалните сделки като общи съществени елементи (виж *Павлова*, М. Гражданско право. Обща част, С.: Софи-Р, 2002, с.486). Трета група автори приемат, че под съдържание на сделката следва да се разбира волеизявлението и другите елементи, ако има такива като обаче главен елемент е съдържанието на волеизявлението (виж *Таджер*, В. Цит.съч., с.221).

⁴ Виж *Rose*, Mary H. American Factoring Law. - American bankruptcy Intitune Journal, 2011 on www.abiworld.org и *David B. Tatge, David Flaxman and Jeremy B. Tatge, American Factory Law. Bloomberg BNA Books, Supplement 2013, Chapter I.V.E, p. 120-122.*

⁵ В българското облигационно право уредбата на цесията като общ институт е в чл.99-100 ЗЗД.



лен способ успешно може и се използва в ДФ с оглед да се постигне горепосоченото изискване – прехвърляне на пълния титул върху вземанията в полза на фактора.

Същевременно, когато говорим за цесията като общ прехвърлителен способ в страните от англо-саксонската правна фамилия и тези от континенталната правна фамилия следва да се отчитат някои особености на това понятие, които имат пряко отношение към ДФ. На първо място, при ДФ можем да говорим само за т.нар *доброволно прехвърляне на вземания*. С оглед проблемите при тълкуване на това понятие и уредбата му при различните правни системи, опитът за унифициране на международното частно право в тази област е довел до извеждане на легално определение за прехвърляне на вземания. Според чл.14, §3 от Регламент Рим I⁶ прехвърлянето на вземане включва прякото прехвърляне на вземания, прехвърлянето на вземания като обезпечение и прехвърляне на вземания в залог или други обезпечителни права върху тях. В основата на това определение е възприето разбирането, отразено в чл.2, б. „а“ от Конвенцията на UNCITRAL, което е възприето и от PECL в чл.11:101 относно цесията.

Относно необходимостта вземането да се прехвърля доброволно, т.е чрез договор, чл.14 от Регламент Рим I не допуска изключения. *Договорът може да бъде от всякакъв вид като това не изключва и специалните видове договори като ДФ или договора за секюризация*⁷.

Чл.14 от Регламент Рим I обаче предвижда, че се прилага и към договорната суброгация, така че прехвърлянето на вземане може да се осъществява не само чрез договор, включващ цесията като прехвърлителен способ, но и *чрез договор, включващ договорната суброгация като прехвърлителен способ*.

Наред с това, с оглед изискването при ДФ да се прехвърли вземането с пълен обем от права (пълен титул), трябва да различаваме различните форми на цесията според Регламент Рим I, където разграничителен критерий не е прекия или косвен характер на прехвърлителния способ, а обемът на прехвърлените права върху вземането и обусловеността на това прехвърляне от друго правоотношение⁸.

Цесията е общ прехвърлителен способ на вземания, но се различават подвидове на договорната цесия: а/. цесия с пълно прехвърляне, известна у нас като класическа цесия (outright transfer of claims; vollkommene Übertragung von Forderungen; les transferts de créances purs et simples); б/. прехвърляне на вземането като обезпечение или известна у нас като фидуциарна цесия (transfer of claims by way of security; Übertragung von Forderungen zu Sicherungszwecken; les transferts de titre de garantie); в/. прехвърляне на вземането в залог или друг вид обезпечение (transfer of claims by way of pledges or other security rights; Übertragung von Pfandrechten oder anderen Sicherungsrechten an Forderungen; les nantissements ou autres suretes).

Същественото е, че при **цесията с пълно прехвърляне** се изисква кумулативно вземането а/. да преминава в пълен обем, б/. да преминава окончателно и в/. прехвърлянето да не е обусловено от друго правоотношение. При този вид цесия цесионерът придобива правото на собственост върху вземането без то да е ограничено от каквито и да е конкуриращи права или тежести като употребата на израза „право на собственост“ е условно и е базирано за разбирането за хибридният характер на вземането и на

⁶ Става дума за Регламент (ЕО) № 593/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 17 юни 2008 година относно приложимото право към договорни задължения (Рим I), който за краткост в настоящото изложение ще се нарича само Регламент Рим I.

⁷ Така и Мусева, Б. Цит.съч. с.34.

⁸ Така и Мусева, Б. Пак там. с.37.

самата цесия⁹. При пълната цесия върху цедента преминават всички права върху вземането за разлика от прехвърлянето на вземането в залог, където върху зложния кредитор преминават само правата, свързани със зложното вземане. Тази цесия е окончателна за разлика от фидуциарната цесия, където е уговорено последващо обратното прехвърляне. И на последно място се изисква цесията да не служи като обезпечение, а да съществува самостоятелно и независимо. *Този вид цесия е познат и допустим във всички европейски законодателства.*

Вторият вид – **цесията като обезпечение** се възприема от Регламент Рим I като „гаранционна” или „фидуциарна” цесия. Подобно на класическата цесия и тук върху цесионера преминава пълният обем от права върху вземането, които цедентът е имал към момента на сделката, но преминаването не е окончателно, а само временно. Характерна особеност е, че при фидуциарната цесия цесионерът поема задължение по силата на договора да върне вземането на предишния кредитор, ако бъде изпълнено едно задължение към него при условията, определени в договора за прехвърляне. Т.е. тук прехвърленото вземане служи като обезпечение на изпълнението на едно задължение към цесионера. По принцип това задължение е възникнало от правоотношение, което най-често предхожда фидуциарната цесия. Другата особеност е отношението на страните към титула с оглед на страните по правоотношението. В отношенията между цесионера и всички трети лица той се явява безспорен титуляр на вземането като негов собственик. В отношенията обаче между цедента и цесионера той е само временен титуляр и неговите права по отношение на вземането са ограничени. Най-често това ограничение е в две отношения: а/. в задължението му да върне обратно вземането при изпълнение на задължение към него при определените условия; б/. в задължението му да не прехвърля вземането на трети лица в рамките на уговорен срок, в който следва да се изпълни задължението към него. *За разлика от първия вид цесия, фидуциарната цесия не е позволена във всички законодателства или нейната употреба е ограничена – само при наличие на специални законови предпоставки.* Така например в Холандия фидуциарната цесия е забранена по силата на чл.3:84, ал.3 BW, докато в Белгия тя проявява действие само *inter partes*. В Италия и Испания тя е спорна и поражда редица спорове относно допустимостта си.

Третият вид цесия – **цесия за прехвърляне на вземане и учредяване на залог или друг вид обезпечение върху него** е въведена, за да разшири понятието за прехвърляне на вземане като се включи в него не само прехвърлянето му (както е при класическата и фидуциарната цесия), но и самото учредяване на зложно или друго обезпечително право върху вземането. Прехвърлянето и учредяването се извършват едновременно чрез една и съща сделка. Както посочват някои автори, голямата близост на цесията и залога на вземане дават основание в българската правна доктрина да се приеме за обосновано прилагането по аналогия на правилата на цесията при залога на вземане¹⁰. Освен залог върху вземане, обаче може да се учредяват и други обезпечителни права като правото на ползване върху вземането (*usus fructus*)¹¹, както

⁹ По-подробно по въпроса виж Мусева, Б. Цит.съч., 36-37.

¹⁰ Виж Мусева, Б. Цит.съч., с.45.

¹¹ Т.е. като своеобразен аналог на антихрезата относно недвижими вещи, при която ипотекарният кредитор изрично договаря право да ползва ипотеканата вещь с уговорката, че всичко което получава като доходи и/или плодове от това ползване ще отива за погасяване на дълга, с оглед на който е учредена ипотеката. За съжаление това безкрийно удобно и практично обезпечение не е изрично уредено в сега действащия ЗЗД и неговата допустимост следва да се извежда от принципа на чл.9 ЗЗД във връзка с чл.152 ЗЗД.



и някои права с действие *in rem* върху вземането, познати на чуждите правни системи като *floating charges* и други¹². По своята същност тя се явява разновидност на гаранционната цесия, а имат една и съща обезпечителна цел. Но, все пак съществената разлика от гаранционната цесия е, че при нея не се прехвърля целият обем от права върху вземането и не се стига до промяна на титуляра в качеството му на собственик на вземането. Старият кредитор учредява залог или друго обезпечение върху вземането си в полза на своя кредитор, но си запазва „собствеността“ върху него, така че заложният кредитор се оказва носител на едно вземане, обременено с „тежест“.

В практиката съществува и още една разновидност на цесията – т.нар *цесия за събиране*, която по своята правна същност е твърде близка до джирото за събиране. Този вид цесия от гледище на обема на прехвърленото право се различава и от класическата цесия, и от фидуциарната цесия. При цесията за събиране не се прехвърля изобщо пълния титул върху вземането, собственик и притежател на вземането си остава цедента, а по аналогия на цесията в римското право се прехвърля *само едно самостоятелно право на упражняване на чуждо вземане*, по силата на което цесионерът може да иска от длъжника изпълнение на това чуждото вземане. Т.е при цесията за събиране се отстъпва на цесионера само правото от свое име¹³ да събере вземането. Ако цесионерът действа от името на цедента не е налице цесия за събиране, а обикновено упълномощаване.

С оглед на краткия анализ на основните видове цесия, основният въпрос, който се поставя във връзка с ДФ е кой от тези видове е приложим към него? Безспорно е, че прехвърлянето в залог не е приложима, защото тя не прехвърля пълния обем от права върху фактора, а това е основно изискване при факторинга. Факторът не би станал собственик на прехвърлените вземания, а това би лишило договора от характера му на факторингова сделка. При ДФ вземанията се продават чрез *true sales*, а не се залагат.

2.2. ДФ и фидуциарната цесия

Някои автори се опитват да обяснят структурата на ДФ чрез фидуциарната цесия¹⁴. Според това виждане само фидуциарната цесия може да обясни като правна конструкция според българското право поемането на кредитния риск от страна на фактора. То се обосновава с концепцията, че при фидуциарната цесия възстановяването на паричната равностойност на вземането представлява обратно прехвърляне на същото, което обяснява и допустимостта на функцията финансиране.

Това виждане не може да се сподели. Съображенията за това са следните:

а/. както бе посочено фидуциалната цесия има преди всичко гаранционен, обезпечителен характер. Вземането се прехвърля с пълен обем от права, но само временно докато бъде изпълнено едно задължение към новия кредитор, след което той се задължава да прехвърли вземането обратно на цедента. Следователно, за да приложим фидуциарната цесия към структурата на ДФ трябва да обосновем кое е това задължение към фактора, чието изпълнение обуславя неговото задължение за прехвърли обратно цедираните му вземания. Това задължение трябва да е или на доставчика към фактора или на трето лице към фактора, като доставчикът в този случай ще обезпечава чужд дълг.

¹² По-подробно по въпроса виж Мусева, Б. Пак там. 45-46.

¹³ Така и Диков, Л. Курс по българско гражданско право. Том III. Облигационно право. Обща част. Трето издание, С.: Университетска печатница на СУ, 1943, с.546.

¹⁴ Виж Димитрова, Е. Цит. съч., 98-99.

В структурата на факторинга в широк смисъл обаче изобщо не „участват“ задължения на трети лица към фактора. Единствените задължения на трети лица, които „участват“ в тази широка структура са задълженията на контрагентите на доставчика (купувачите по договорите за доставка на стоки и/или услуги) по прехвърлените вземания. Обаче, фидуциарната цесия изисква наличие на задължение, различно от задължението, което кореспондира на прехвърленото като обезпечение вземане.

На следващо място, при ДФ по повод на прехвърлянето чрез цесия на вземанията изобщо не възниква задължение на доставчика, което да се обезпечава чрез тази цесия. По принцип с прехвърляне на вземането той изпълнява основното си задължение, свързано с цесията и възниква задължение не за него, а за фактора – да му плати цената на вземането при уговорените условия. Задължението на доставчика да заплаща възнаграждение има за правопораждащ ЮФ ДФ, но определено не това задължение се обезпечава чрез цесията на вземанията. Всъщност в повечето случаи, не се налага специално обезпечаване на това задължение за заплащане на възнаграждението, защото се уговоря, че то се ще приспадне чрез прихващане от фактора от сумите събрани от него във връзка със събиране на вземанията.

Ако погледнем цесията като прехвърлителен способ в рамките на ДФ, всъщност ще констатираме, че възникват основно задължения за фактора – да плати цената на вземанията, да извършва административни услуги, да събере цедираните вземания. Както бе посочено, единственото задължение на доставчика е задължението му да заплаща договореното възнаграждение, което обаче не е предмет на обезпечението.

При несъщинския ДФ, където факторът не поема кредитния риск от събирането на вземанията, при несъстоятелност на длъжниците или при необоснован отказ да платят не възниква задължение за фактора да цедира обратно вземанията, а възниква в негова полза едно *субективно право* да прехвърли обратно вземанията, за да може като последица да търси обратно платеното от него като финансиране, ведно с направените разходи и разноски. Именно в резултат на упражняване на субективното му право да прехвърли обратно вземанията, за доставчика възниква впоследствие субективното задължение да заплати обратно (т.е да върне) това, което до момента е получил като цена за тях от фактора. Следователно и тук не е налице условието за фидуциарна цесия.

При същинския ДФ дори и да е налице несъстоятелност на длъжниците или необоснован отказ да платят, тъй като факторът е поел кредитния риск срещу по-голямо възнаграждение, той не получава такова субективно право и не може да иска обратното прехвърляне на вземанията. Освен това, при същинския ДФ вземанията му се прехвърлят като пълен титул, т.е в пълен обем, но не като обезпечения, защото той има договорно задължение да ги събере ефективно от длъжниците и след това да уреди окончателно отношенията си по повод на продажната цена с доставчика. Платеното от него като финансиране е само частично плащане на цената на прехвърлените вземания, а едва след събирането или дори и да не може да ги събере по горепосочените причини, за него възниква задължението не да прехвърля обратно самите вземания или някаква тяхна равностойност, а задължението да доплати остатъка от цената с приспадане чрез прихващане на възнаграждението си, възнаградителните лихви и направените разноски по събирането. Задължението му да заплати остатъка от цената се базира не на фидуциарна уговорка за връщане обратно на вземането чрез трансформирането му с парична сума, а на договорно поето от него задължение, следващо от отговорността „дел кредере“. Приемайки да отговаря за събиране на вземанията



„дел кредере“ факторът се задължава пред доставчика за целия размер на вземанията при условията на солидарност с длъжниците по тях¹⁵.

Следователно, и при същинския ДФ имам не фидуциарно прехвърляне, а една истинска продажба на вземанията („*true sales*“ според англосаксонската правна терминология¹⁶), но при условията на *разсрочено плащане* от страна на приобретателя-фактор. Разсрочването е свързано не просто с договорна уговорка за това, а с оглед на изпълнението на поетите от него задължения за финансиране, за администриране на вземанията и тяхното ефективно събиране от длъжниците.

б/. съществува и едно формално основание срещу възприемането на ДФ като вид фидуциарна цесия. Както бе посочено по-горе редица законодателства я забраняват или я допускат само при определени условия¹⁷. В българското право е използван диференциран подход – т.е. следва да се дължи сметка дали става дума за облигационни отношения между граждани или за търговски сделки. В отношенията между граждани фидуциарната цесия е забранена по аргумент от чл.209 ЗЗД, който във връзка с чл.152 ЗЗД обявява за нищожна продажбата с уговорка за обратно изкупуване¹⁸. Чл. 333 ТЗ позволява да се сключи търговска продажба с уговорка за обратно изкупуване, но при две кумулативно дадени условия: а/. самата уговорка да е писмена форма¹⁹ и б/. да е определен срок, в който правото на изкупуване може да бъде упражнено.

Изискванията на чл.333 ТЗ не са случайни, тъй като в българската правна доктрина се споделя виждането, че фидуциарните сделки по принцип са сделки, при които страните желаят правния резултат от тях, но този правен резултат надвишава стопанските им изисквания²⁰ и в този смисъл е неадекватен. Господстващото мнение е, че тези сделки не са разрешени в българското законодателство, тъй като в известен смисъл нарушават правната сигурност и често служат за заобикаляне на закона, въпреки че това не е тяхна иманентна черта. Редакцията на чл.333 ТЗ, като че ли

¹⁵ Разбира се, тази солидарност има някои особености, а именно тъй като титулт на вземането е окончателно прехвърлен на фактора, доставчикът може да търси цената на вземането само от него, но не и от длъжниците по вземането. Солидарността в случая следва да се разбира в смисъл, че ако длъжниците не платят, то това не освобождава фактора от отговорност да заплати на доставчика пълният размер на прехвърленото вземане като цена на същото. Т.е, налице е хипотеза обратна на хипотезата на чл.100, ал.2 ЗЗД.

¹⁶ В този смисъл виж и Герджиков, О. Търговски сделки. С.: ИК Труд и право, 2015, 413, който определя ДФ като продажба на парично вземане с елемент на кредитиране.

¹⁷ Виж по-подробно Мусева, Б. Цит. съч., 42-43.

¹⁸ В този смисъл виж и Кожухаров, А. Облигационно право. Отделни видове облигационни отношения. С.: Наука и изкуство, 1956, 69-70, който обяснява забраната за продажба с уговорка за обратно изкупуване с целта на законодателя да пресече опитите за заобикалянето на чл.152 ЗЗД във връзка с предварително уговаряне, че ако задължението не бъде изпълнено, кредиторът ще стане собственик на вещта (в случая на вземането).

¹⁹ Въз основа на това, някои автори правят извода, че това е изискване за писмена форма на самия договор (виж Мусева, Б. Цит. съч., с.43), което не може да се сподели. Няма изискване самата уговорка да е част от съдържанието на договора като акт и като документ, затова законът говори за форма на уговорката, а не за форма на самия договор. Условието на чл.333 ТЗ за форма ще е спазено и ако договорът е неформален, а само уговорката във връзка с него е в писмена форма в отделен документ. Само при инкорпориране на уговорката в самия договор, схванат като правен акт и документ, това по необходимост ще доведе до писмена форма на целия договор, който по принцип може да е неформален с оглед изискванията на чл.293 ТЗ.

²⁰ Виж Диков, Л. Цит. съч., с.258.

потвърждава този извод – по изключение изрично е уредена възможност за фидуциарна търговска продажба, но при задължителни изисквания към сделката.

Видно от редакцията на чл.333 ТЗ правото на изкупуване възниква като субективно право *в полза на продавача по първоначалния договор за продажба*. Но, в структурата на ДФ такова право по никакъв начин не може да се изведе в полза на доставчика, който съответства на продавача на вземането. Както бе посочено по-горе при ДФ с регрес, т.е при несъщинския ДФ, право да иска обратно изкупуване възниква не за доставчика, а за фактора, който се явява купувач по първоначалната сделка, а при същинския ДФ такова право не възниква нито за една от двете страни по договора.

Сериозен практически проблем, представлява и втората предпоставка – да е посочен точно определен срок, в който правото за изкупуване може да се упражни. В хипотезата на чл.333 ТЗ посочването на точно определен срок не е проблем, защото става дума за задължение на продавача или на трето лице-търговец, когато той обезпечавя чуждо задължение, към кредитора-купувач като падежът и изобщо условията, при които това задължение трябва да се изпълни са уговорени между кредитора-купувач и длъжника (доставчика или третото лице). Когато се обезпечавя изпълнението на задължение на продавача, изпълнението зависи от поведението на страна по фидуциарната цесия – тази на самия продавач. Обикновено с такава продажба с клауза за обратно изкупуване се обезпечавя изпълнението на едно или по изключение на няколко задължения на продавача към купувача.

Дори и да приемем, че при ДФ става дума за фидуциарна цесия като прехвърлянето от страна на фактора на събраното от него от длъжниците е преобразувано „обратно прехвърляне на цедираното вземане”, то тя е практически неприложима, защото следва да се подчини на императивното изискване на закона за фиксиране на точно определен срок, в който следва да се извърши. При ДФ принципно се прехвърлят множество вземания, а най-често всички вземания на доставчика за времето на действие на договора – и съществуващи и бъдещи такива. Под бъдещите вземания се има предвид не просто вземания, които са с ненастъпил падеж към момента на сключване на договора, а вземания, които изобщо не са възникнали в правния мир в този момент, но които могат да (ако) възникнат в един бъдещ момент. С оглед на това става дума за събиране на задължения, които още не са възникнали към момента на сключването на договора и чийто падеж изобщо не може да се определи към този момент, стига все пак да е в рамките на срока на неговото действие. И ако при срочния ДФ все пак има някаква крайна определяемост на този падеж с оглед времето на действие на самия ДФ, то ако ДФ е безсрочен това още повече усложнява нещата, защото падежът на тези задължения е абсолютно неопределен към момента на сключването му.

Това поставя един съществен практически въпрос – *могат ли страните и как ще уговорят този точно определен срок за всяко вземане, предмет на договора, в който факторът ще е длъжен да прехвърли обратно равностойността на събраните вземания?* В това отношение чл.333 ТЗ е категоричен – ако в този договорен срок не бъде упражнено правото на обратно изкупуване, то се погасява като става дума не за давностен, а за преклузивен срок.

За да отговорим на този въпрос трябва да отчитаме и още две обстоятелства:

a/. при ДФ самите страни могат да уговорят различни опции кога факторът ще заплати частично или изцяло цената на вземането като форма на финансиране – било на падежа на вземанията, било при ефективното им събиране, било при прехвърлянето им. Извън хипотезата, когато уговорката е да се заплати на падежа цялото вземане,



в останалите случаи срокът е определяем, но не е определен. При уговорка, че ще плати при прехвърляне на вземането, се заплаща като форма на финансиране не цялата цена на вземането, а само част от нея (между 70 до 90% от номинала), а остатъкът, без значение дали е същински или несъщински ДФ, зависи от това, дали длъжникът ще изпълни и кога ще изпълни. При уговорката, че ще се плати при ефективното събиране на прехвърлените вземания, пак е налице едно бъдещо несигурно събитие като страните не могат да знаят кога ще се осъществи. Следователно, самите страни при сключването на договора не могат да уговорят точно определен срок за всяко вземане, а това изначално предполага неприложимост на правото за обратно изкупуване по смисъла на чл.333 ТЗ.

б/. извън случаите за плащане на падежа на задълженията, кога вземането ще бъде събрано зависи не само от поведението на една от страните по ДФ - фактора²¹, а преди всичко от поведението на едно трето лице – длъжникът по това вземане. Т.е налице е едно бъдещо несигурно събитие, което не винаги зависи дори и от добросъвестността на това лице (например, при изпадане в несъстоятелност на длъжник по вземането).

Следователно, дори и да приемем, че ДФ е фидуциарна сделка, то с изключение на хипотезата, когато е уговорено, че цялата цена на вземането ще се заплати от фактора на падежа на всяко вземане²², то във всички останали случаи е налице *обективна невъзможност при сключването на договора страните да изпълнят едно от императивните изисквания на чл.333 ТЗ – да определят точно срока, в който правото на обратно изкупуване следва да се упражни*. В тези случаи, поради посочената обективна невъзможност за определяне на срока, субективното право за обратно изкупуване, което за яснота ще наречем „фидуциарно право“, ще се погаси и отново възниква въпросът как ще обясним прехвърлянето след този срок на събраното от фактора като това фидуциарно право вече е погасено *ex lege*? Изводът е, че фидуциарната цесия е неприложима към ДФ като механизъм за обясняване на неговата структура, както и на правата и задълженията, които възникват за страните във връзка с прехвърлянето на вземанията като елемент от същественото съдържание на този договор.

И на последно място, с оглед на посоченото в Регламент Рим I относно прехвърлителните способности на вземания, е видно че прехвърлянето им може да стане не само чрез цесия, но и чрез договорна суброгация. В тази хипотеза обяснението на структурата на ДФ чрез фидуциарната цесия е изцяло неприложимо, защото договорната суброгация макар и да има някои общи черти с цесията, по своята правна същност не е вид цесия²³, а отделен прехвърлителен способ на вземания.

²¹ Извън случаите на ДФ с пълни услуги, когато задължението за събиране на вземанията остава за доставчика, от неговото поведение като страна по договора и от поведението на длъжниците по задълженията ще зависи кога и дали ще се събере вземането.

²² В случая става дума само за възникнали към момента на прехвърлянето вземания с определен падеж, защото за бъдещите вземания при сключване на ДФ, схванат като фидуциарна сделка, е невъзможно той да бъде определен.

²³ Така и Калайджиев, А. Цит.съч., 314-315; Диков, Л. Цит.съч., с.550; Меворах Н., Лиджи Д. и Фархи Л., Коментар на Закона за задълженията и договорите. Том първи (чл.1- 333) С.:КП Фотиновъ, 1924, с.330-331; Апостолов, И. Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. Фототипно издание. С.: Издателство на БАН, 1990, 211-213. Според други автори суброгация е вид смесена операция, но не само с прилики, но и разлики между нея и цесията – виж Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение., С.: Наука и изкуство, 1958, с.262.

Следователно, изводът който можем да направим е, че с оглед изискването за прехвърляне на пълен титул върху вземането, в ДФ като прехвърлителен способ може да се използва само т.нар класическа цесия или още наречена – цесия с пълно прехвърляне.

2.3. Суброгацията като прехвърлителен способ на вземания при ДФ

Механичното приравняване на понятията „прехвърляне на вземане” и „цесия на вземане”, както и широката употреба на цесията като прехвърлителен способ на субективни права, е дало основание на някои автори²⁴ да направят заключението, че цесията с производни от нея субективни права и задължения е част от същественото съдържание на ДФ. Но, този правилен сам по себе си извод, е довел до едно неправилно общо заключение, че цесията винаги е задължителна част от същественото съдържание на ДФ и затова той по своята правна същност се явява възмездна цесия. Това виждане се поддържа от някои автори²⁵.

С оглед на същественото си съдържание ДФ може да съдържа субективни права и задължения, следващи от цесията като общ прехвърлителен способ, ако страните по договора са избрали този способ на прехвърляне на вземанията, но не това е същественото, защото изискването е не вземанията да се прехвърлят чрез цесия, а да се прехвърлят чрез който и да е от законоустановените и допустими правни способи, така че като краен резултат факторът да получи пълен титул върху вземанията, за да може да осъществи и другите си права и задължения по договора, част от същественото му съдържание. Това че, цесията е един от най-лесните и разпространени способи²⁶ обаче не означава, че тя трябва да се използва винаги и по необходимост. А след като съществуват и други правни способи за прехвърляне на вземания с посочения краен резултат, които са еднакво приложими, то да се слага знак за равенство между ДФ и договора за цесия е неправилно.

Именно търговската практика познава едно голямо изключение от приложението на цесията като прехвърлителен способ в рамките на ДФ. Това изключение касае **Франция**, която е четвъртата в света страна с най-голям дял във финансирането чрез ДФ и доскоро – **Белгия**. За правото е базразлично кой законоустановен способ ще се използва при ДФ за прехвърляне на вземанията, стига той да води до горепосочения краен резултат, особено като се има предвид, че ДФ е „създаден” в американската правна система, при която има най-голяма свобода приложението на принципа за свободата на договаряне и автономия на волята при договорите, а и самият договор е неуреден в българското обективно право. Следователно, кой способ ще бъде използван при ДФ зависи от практическите нужди на страните с оглед изискванията и условията на местното законодателство, уреждащо тези прехвърлителни способи.

Именно такава е ситуация във Франция според изискванията на ФГК относно института на цесията. Чл.1689-1701 ФГК уреждат цесията като общ институт за прехвърляне на субективни права (cession de creance). По-конкретно тези текстове уреждат цесията като продажба на права, макар днес да е възприето, че цесията по ФГК

²⁴ Виж Димитрова, Е. Цит. съч., с.138

²⁵ Виж Димитрова, Е. Цит. съч., с.85 и с.138, Калайджиев, А. Цит.съч., 505-506.

²⁶ В този смисъл виж и Калайджиев, А. Цит. съч., с.316, който с основание прави извода, че днес в оборота цесията е изместила суброгацията като прехвърлителен способ. Обаче, това не означава, че договорната суброгация е недопустима като прехвърлителен способ на субективни права. Регламент Рим I, който е задължителен и за РБ, безспорно приравнява договорната суброгация и договорната цесия като правни способи за прехвърляне на вземания.



може да има и други каузи (основания) като дарение или замяна. Подобно на уредбата на цесията в чл.99-100 ЗЗД, ФГК различава действието на договора, съдържащ цесия, с оглед на страните: а/. за цедента и цесионера той има прехвърлително действие от момента на сключването, а б/. за третите лица (най-важните, от които са: длъжникът по цедираното вземане, третите лица дали обезпечения по цедираното вземане преди прехвърлянето му, кредиторите на цедента и цесионера) той поражда действие едва след като цесията бъде съобщена на длъжника²⁷.

Но, докато чл.99, ал.3 ЗЗД изисква само уведомяване на длъжника от страна на цедента без да се поставя някакво условие за форма за действителност на това уведомяване, то чл.1690 ФГК изрично предвижда, че уведомяването ще породи действие само ако е направено в една от двете официални форми: а/. уведомяване чрез съдебен изпълнител (huissier), действащ от името на цесионера или б/. чрез приемане на цесията, направено от длъжника²⁸ в съдебен или нотариален документ (т.е във формален акт пред нотариус – acte authentique). Тъй като чл.1690 е общ текст, той намира приложение и за гражданските и за търговските сделки, следователно се прилага и при ДФ, ако страните са избрали този прехвърлителен способ в договора си.

С оглед на целите на ДФ, ако при ДФ с пълни услуги, независимо дали става дума с или без право на регрес, ако не бъде спазено това формално уведомяване на длъжниците по прехвърлените чрез цесия вземания, то факторът не може да упражни правата си като цесионер по отношение на тях и да изпълни задължението си за събиране на тези вземания, което по силата на прехвърлителния способ се явява и като негово субективно право. Т.е той не може ефективно да упражни пълния си титул, въпреки че формално го притежава. Наред с това, липсата на действие на цесията спрямо длъжниците по цедираните вземания крие голям риск за фактора, защото той вече е платил авансово значителна част от стойността на вземания като финансиране на доставчика, но длъжниците ще изпълняват само на доставчика и факторът трябва да разчита на неговата добросъвестност, за да получи от него това, което те са платили.

Уведомяването по посочения задължителен начин не само, че е много тромаво и бавно, но то е и скъпо, защото предполага заплащане на такси на нотариус или на съдебен изпълнител. И като се има предвид, че при ДФ се прехвърлят някои вземания само по изключение, а като принцип се прехвърлят всички вземания на доставчика - и настоящи и бъдещи, следващи от основната му търговска дейност, това се оказва сериозен и практически, и финансов проблем за фактора²⁹.

С оглед на този проблем, през 1981 година във Франция е приет специален закон **Le Code monétaire et financier**, по-известен като Dailly Law по името на сенатора, внесъл законопроекта. Чл. L. 313-23 - L.313-34 специално урежда облекчена процедурата по уведомяване на длъжника при цесия на вземания чрез специален формуляр (Bordereau), но той е специален закон с приложение само при прехвърляне на

²⁷ Виж чл.1690 ФГК. Същото действие предвижда според българското обективно право чл.99, ал.3 ЗЗД във връзка с общия принцип за относителното действие на договорите и изключенията от него по силата на закона – чл.21, ал.1 ЗЗД.

²⁸ Чл.1295 ФГК, който урежда прихващане, направено от длъжника, изключва правото му да прави прихващане, след като е приел цесията пред нотариус по реда на чл.1690 ФГК. Т.е налице е подобно разрешение, което е уредено в чл.103, ал.3 ЗЗД, с тази разлика, че в посочения текст българският законодател не поставя изискване за форма за приемане на цесията.

²⁹ Поради тези причини, така посочения чл.1690 е променен в Белгия през 1994 година, като е възприето, че уведомяването на длъжника при цесия може да се прави по всякакъв начин и то е рег се ефективно спрямо всяко трето лице.

вземания на кредитни институции с оглед обезпечаване плащанията по специфични кредитни активи. Следователно, този закон не решава общия проблем във връзка с уведомяването на длъжниците при цедирането на вземания по ДФ.

Като резултат от посоченото правно положение, френските фактори прибавят до един остарял, но все пак напълно правновалиден способ за прехвърляне на вземанията в рамките на ДФ когато се прехвърля цялата дебиторска задължениелост на доставчика – **договорната суброгация**³⁰. По-конкретно те използват като прехвърлителен способ т.нар персонална суброгация чрез *subrogation conventionnelle* по чл.1250, 1 ФГК, която при ДФ на практика се оказва успешна конкуренция на цесията. Предимствата на персоналната суброгация при ДФ според френското законодателство се изразяват в това, че по принцип не се иска уведомяване на длъжниците по прехвърлените вземания, макар че на практика то се прави неформално, за да може факторът да се предпази от риска длъжникът да плати задължението си на доставчика, което ще усложни отношенията между страните по ДФ.

Като правно-техническа форма тази суброгация се извършва като договорна суброгация в рамките на ДФ като изискванията за валидността ѝ според ФГК са минимални – намерението за суброгиране (встъпване в правата на удовлетворения кредитор - доставчика) трябва да е изрично изразено в договора и ефектът на встъпването да настъпи в момента на плащане от страна на фактора.

На пръв поглед, като че ли тази търговска практика противоречи на правното разбиране, че ДФ и суброгацията не са идентични. *Всъщност, целият проблем се корени във виждането, че според немската правна школа няма самостоятелни, неуредени от закона договори, а те винаги представляват смесени договори, към които по необходимост пряко следва да се прилагат разпоредбите на отделните, уредени от закона договори, които влизат в тяхното съдържание*³¹. Една такова виждане, обаче противоречи на свободата на договаряне по смисъла на чл.9 ЗЗД (със задължителното действие по смисъла на чл.20а ЗЗД), според които страните по един договор могат да сключат какъвто договор пожелаят, а не само механична смес от именовани или само отделни именовани договори. Отделно, едно такова виждане е трудно приложимо към договор, продукт на друга правна система (англосаксонската), без риск при прилагането му значително да се промени и/или измени правната му същност. Т.е правната теория по континенталната правна система не следва да изменя същността на този договор, а преди всичко с оглед на съществуващите правни принципи да отговори на въпроса дали с такава „чужда“ правна същност този договор е допустим (според българското обективно право на плоскостта на ограниченията на свободата на договаряне по чл.9 ЗЗД) и ако е, да обясни чрез аналогия на правото, а не чрез пряко прилагане на местните норми, правната му същност.

На тази плоскост, виждането на някои автори³², че между ДФ и суброгацията има съществени различия е правилно само по себе си и следва да се сподели, както и изводът, че ДФ не е договор за суброгация (договорна). По същата логика обаче, се

³⁰ Виж чл.1249 и следващите от ФГК.

³¹ В този смисъл виж и *Иванов, А.* По въпроса за правната същност на договора за факторинг - Съвременен право, 2008, №3, с. 13 и с.15, според който такава постановка е израз на едно позитивно континентално мислене, при което свободата на договаряне се разпростира до възможността в един договор да се комбинират само характерни за наименованите договори задължения. Тази затворена континентална система обаче е допълнена с обща възможност за стипулиране – виж §780 ГГЗ.

³² Виж по-подробно *Димитрова, Е.* Цит. съч., 45-46.



изтъкват доводи, че между ДФ и цесията има съществени различия, обаче все пак се прави вътрешно противоречивия извод, че ДФ е възмездна цесия. *Всъщност, ДФ нито е възмездна цесия, нито е договорна суброгация, а е специфичен договор, който може да съдържа в себе си всеки допустим правен способ за **пълно прехвърляне на вземания**.* Кой точно способ ще се използва зависи от особеностите на местното законодателство. В този смисъл като общо понятие за прехвърляне на вземания говори и Регламент Рим I. Но, с оглед на главната цел да се прехвърли в собственост титулт върху множество или всички вземания на доставчика, в същественото съдържание на ДФ могат успешно да се използват и двата способа за прехвърляне на вземания – класическата цесия и договорната суброгация, обаче без това да квалифицира този самостоятелен вид договор като вид цесия или като вид суброгация. Търговската практика потвърждава това разбиране. То се потвърждава и от настоящата редакция на чл.2, ал.2, т.12 ЗКИ, според който общото при всички видове договори за финансиране по този текст е „придобиване на вземания”, без обаче законодателят да уточнява способът, както бе в старата редакция. Безспорно е, че цесията е един от способите за придобиване на вземания, но не е единствения.