

СПЕЦИФИЧНИ ПРОМЕНИ В ОРГАНОТО ПРЕДСТАВИТЕЛСТВО НА ФОНДАЦИЯ

гл. ас. Йордан Баланов¹

Фондацията като правен субект принадлежи към родовата правна категория на юридическите лица (ЮЛ). Нейната правна уредба в Закона за юридическите лица с нестопанска цел (ЗЮЛНЦ, обн., ДВ, бр. 81 от 6.10.2000 г.) съдържа специфични особености в материята за организационното ѝ устройство, в сравнение с останалите ЮЛ – търговски дружества, кооперации, сдружения с нестопанска цел. Тази специфика се дължи на две причини. Първо, това е лаконичната и недостатъчна по обем уредба на състава и правомощията на органите на фондацията. Второ, препращането от страна на правните норми на ЗЮЛНЦ по неуредените въпроси към законовите разпоредби на сдружението и правилата на едностранния учредителен акт (ЕУА) на фондацията.

Необходимо е да се посочи, че за разлика от сдружението, фондацията е некорпоративно ЮЛ и няма общо събрание на членовете. Освен това понякога волята на учредителя на фондацията, изразена в ЕУА, е недостатъчно пълна и ясна в частта, касаеща управлението и представителството на това ЮЛ. Поради това възникват няколко въпроса, свързани с промените в органното представителство на фондацията. Кой може да бъде източникът на такъв вид промяна? Какъв е предметният и персонален обхват на промените в органното представителство? Как влияе запазеното право на учредителя или определено от него трето лице върху този вид представителство? Могат ли членовете от състава на органния представител на фондацията да имат правото да бъдат несменяеми?

Органното представителство на фондация се състои от няколко съществени елемента – представителен орган, персонален състав на този орган, представителна власт и начин на представляване. Могат да настъпят различни юридически факти

(ЮФ), които да въздействат върху тях. Въздействието е в състояние да засегне един или повече от посочените елементи, в зависимост от вида на правопроменящите ЮФ. Затова е необходимо тяхното разглеждане в следната последователност – като система от ЮФ, характерни черти и последици за органното представителство.

1. Кой е органът на фондацията, който може да внася промени в органното ѝ представителство? В правната доктрина се поддържа становището, че управителният орган не може да изменя учредителния акт на фондацията². Аргументите са, че не бива да се смесва правният режим на сдруженията и фондациите. Не трябва да се разширяват функциите на управителния орган до такава степен, че да наподобяват правомощията на общото събрание на сдружението.

Според друго становище, ако не е посочена компетентността в учредителния или устройствен акт, органите на фондацията имат компетентността на органите на сдружението³.

В съдебната практика се приема, че управителният съвет (УС) може да бъде определен от устава на фондацията за върховен орган. Като такъв той е овластен да променя този акт, посочващ реда и начина на вземане на валидни решения – (Решение от 2004 на ВтАС по в. гр. д. №379/2003г., гражданско отделение)⁴. В случая трябва да се уточни, че по закон фондацията няма устав, а едностранен учредителен акт – арг. чл. 33, ал. 1 ЗЮЛНЦ.

В подкрепа на разбирането, че управителният орган има право да изменя учредителния акт, е аргументът, че ЗЮЛНЦ дава предимство

¹ Главен асистент, катедра „Частноправни науки“, ВТУ „Св. св. Кирил и Методий“.

² Златарева, М. Юридически лица с нестопанска цел. С., Сиела, 2002, с. 220.

³ Рачев, Ф. Гражданско право. С., Стопанство, 2001 с. 299.

⁴ Цитираните в текста съдебни решения са публикувани в модул „АПИС 6 ПРАВО“, част от компютърната информационна система АПИС 6.

на ЕУА да уреди правомощията на органите на фондацията и не регламентира изрично органа, който може да изменя този акт. Считам, че за това е способен управителният орган, ако учредителят изрично е предвидил подобна възможност в ЕУА и няма запазено право с подобно съдържание за него или друго определено от него лице. Това следва от изискването на правните норми този вътрешен акт да посочва правилата относно правомощията на органите, давайки известна свобода на волята на учредителя – арг. чл. 34, ал. 1, т. 8 ЗЮЛНЦ. Щом той изрично е предоставил възможността на управителния орган да изменя и допълва ЕУА, тя може да се реализира след вписването на фондацията в съдебния регистър. Това е уникално правно решение, което е неприложимо за сдруженията.

Освен него друг орган също може да променя учредителния акт. Такъв например е върховният орган на фондацията. Аргумент за това е чл. 35, ал. 2 ЗЮЛНЦ, който предвижда, че при повече от един орган, правилата за общото събрание и управителния съвет на сдружение се прилагат съответно и за другите органи. Определящият термин тук е „съответно”. Затова считам, че липсата на изрично овластяване от страна на учредителя за промяна на ЕУА или наличието на такова запазено право за учредителя или трето лице, изключва възможността за подобно действие, от който и да е от органите на юридическото лице с нестопанска цел (ЮЛНЦ). Това положение може да се промени, ако влезе в сила нова законова разпоредба. Тя може императивно да разпорежи компетентния за фондацията орган да промени ЕУА, независимо от волята на учредителя – арг. пар. 1, ал. 4 ЗЮЛНЦ.

Промените в органното представителство, подобно на сдружението, са случаите на замяна на вида на представителния орган на фондацията, изменение на начина на представляване и избор или освобождаване на членове от състава на органиния представител.

Замяната на вида на органиния представител на фондацията, за разлика от нормативната уредба на сдружението, не е уредена изрично в ЗЮЛНЦ. Въпреки мълчанието на закона, следва да се приеме нейната допустимост, но при определен предпоставки. В подкрепа на тази теза имат значение следните аргументи.

Чл. 35, ал. 1 ЗЮЛНЦ предвижда, че фондацията може да има едноличен или колективен управителен орган. Следователно законодателят въвежда като принцип за този вид ЮЛНЦ алтер-

нативата за избора на управителен и представителен орган, но с оглед неговия състав. Чл. 35, ал. 1 ЗЮЛНЦ е една овластваща по своя характер разпоредба, която се прилага както при учредяването на фондацията, така и при нейното функциониране.

Освен това според чл. 35, ал. 2 ЗЮЛНЦ, когато учредителният акт на фондацията допуска тя да има повече от един орган, правилата за общото събрание и УС на сдружение се прилагат съответно и за другите органи. Такъв е случаят, при който фондацията притежава върховен орган (общо събрание или съвет на учредителите) и управителен орган (управителен съвет или изпълнителен съвет). Ако бъде приложен чл. 30, ал. 3 ЗЮЛНЦ за правомощията на върховния орган на фондацията, това означава наличие на възможност за промяна на колективния органен представител с едноличен, но при определени условия.

Първото от тях е учредителният акт да регламентира изрично като правило за поведение, че определен орган на фондацията е компетентен да променя този акт. За разлика от разпоредбите за правомощията на общото събрание на сдружението – чл. 25, ал. 1, т. 1 ЗЮЛНЦ, нормативната уредба на фондацията посочва, че правилата за правомощията на органите на това ЮЛНЦ се установяват от учредителния акт. Следователно, ако липсва подобно овластяване, орган на фондацията не може да изменя този акт, като променя вида на представителния орган. Ако обаче има такова овластяване в ЕУА, то е основание за извършване на замяната, която се осъществява по няколко начина, в зависимост от системата на управление на фондацията.

Тя може да има едностепенна система на управление, включваща единствено управителен орган, който според ЕУА е компетентен да внесе изменения и допълнения в него. Считам, че този орган трябва да приеме конкретно решение, с което да посочи новия вид на органиния представител. Това решение има значението на ЮФ, който поражда желаната промяна. Тя може да изрази в замяна на едноличен с колективен представителен орган или обратно.

Това решение като правна сделка има минимално установено съдържание. В него задължително се индивидуализира всеки член на новия орган с неговите имена. Това е необходимо условие, защото след влизане в сила на решението, правомощията на стария управителен орган се считат за прекратени. Ако липсва индивидуално определен членски състав на новия управителен орган,

това ще доведе до невъзможност той да формира и изразява волята на фондацията. Затова е желателно с решението за замяната едновременно да се избере и новият членски състав на този орган. Влизането в сила на промяната на учредителния акт прекратява съществуването на заменения орган, неговите управителни и представителни правомощия, както и членственото правоотношение в него.

Промяната има значението на пораждащ ЮФ за представителната власт (ПВ) на новия представителен орган. За да възникне членственото правоотношение в него, е необходимо освен избор, да има и съгласие на всеки член, което може да бъде дадено изрично или мълчаливо (чрез встъпване в длъжност например).

Решението за замяна трябва да посочи и новия начин на представляване, който да бъде съобразен с вида на определения представителен орган. Ако той е колективен, начинът на представляване може да бъде заедно или поотделно. Ако обаче представителният орган е едноличен (управител или председател на фондация), новият начин на представляване е винаги едноличен. Замяната не може да се комбинира с изключване на този орган от упражняване на ПВ.

Влизането в сила на решението (веднага след неговото приемане или след определен срок) поражда като последици замяната на органичния представител и новият начин на представляване.

Считам, че новият представителен орган е легитимиран да поиска вписване на промяната в регистъра за ЮЛНЦ, въпреки липсата на изрична законова разпоредба по този въпрос. В съдебната практика се приема разбирането, че искането за вписване на промените в регистъра за ЮЛНЦ трябва да се направи от посочения във вече приетия ЕУА на фондацията нейн орган (Решение от 2004 на ВТАС по в. гр. д. № 379/2003 г., г. о.). Следователно съдът счита, че е налице вече конституиран представителен орган.

За разлика от чл. 231, ал. 4 Търговски закон (ТЗ, обн., ДВ, бр. 48 от 18.06.1991 г.), според който изборът на членове на съветите има действие от вписването му в търговския регистър, подобна разпоредба в ЗЮЛНЦ липсва. Решението за промяна на ЕУА, изборът на членове на представителния орган и тяхното съгласие, са ЮФ от един фактически състав (ФС), които са породили правото за нейния представителен орган да

представява фондацията, включително и в регистърното производство. Затова този орган е овластен да поиска вписване на възникналите обстоятелства в регистъра за ЮЛНЦ. Освен това регистърната ПВ е във връзка и с предвидената възможност орган на фондацията да поиска първоначално нейното вписване в регистъра за ЮЛНЦ, за да възникне тя като правен субект – чл. 34, ал. 3, предл. трето ЗЮЛНЦ.

Аналогично е и положението, което е уредено изрично в чл. 15, ал. 2 Закона за търговския регистър (ЗТР), който определя, че при промяна в органите или в представителството заявлението се извършва от новоизбрания орган или представител на търговското дружество (ТД). Към заявлението за вписване трябва да се приложи образец от подписа на всяко лице, което ще представлява ЮЛНЦ.

Вписването на промяната в регистъра за ЮЛНЦ не е елемент от фактическия състав, пораждащ новото органично представителство на фондацията. То има декларативно действие спрямо него.

В теорията е аргументирано разбирането, че при действието на двустепенната система на управление на фондацията членовете на съвета на директорите се избират от надзорния орган, който предоставя функцията на президент на един от тези членове. Само президентът осъществява общото представителство на фондацията пред трети страни, а останалите членове на съвета на директорите не са законни представители⁵.

Напълно и аналогично това разрешение не може да се приложи към фондациите, регулирани от ЗЮЛНЦ, поради следните причини. Първо, то не съответства на чл. 35, ал. 3, изр. първо ЗЮЛНЦ, според който органите на фондацията сами вземат решения за попълване на състава си. Избор на членове на колективния управителен и представителен орган на фондацията се извършва от друг орган, само ако това е предвидено изрично в учредителния акт на ЮЛНЦ – арг. чл. 35, ал. 2 във вр. с чл. 34, ал. 1, т. 8 ЗЮЛНЦ. Второ, по принцип управителният орган, а не неговият председател или президент, представлява фондацията. Трето, председателят на УС се избира по правило от членовете на този орган. Въпреки това положение обаче, може да се приложи и различен модел на избор на представляващо фондацията лице. Предпоставките са, първо, учре-

⁵ Hopt, K., Hippel, T. Comparative corporate governance of non-profit organizations. Cambridge., Cambridge University Press, 2010, p. 304.

дителният акт на фондацията да предвиди, че върховният орган е компетентен да избира членове на УС. Второ, върховният орган, според учредителния акт, има право да избира председателя или президента на УС, аналогично на чл. 30, ал. 2, изр. 2 ЗЮЛНЦ, относим към сдружението. Трето, учредителният акт възлага на председателя или президента на УС на фондацията еднолично да представлява ЮЛНЦ пред трети лица.

Съобразно изложеното се мотивира разбирането, че фондацията притежава органна структура близка по съдържание до тази на сдружението – върховен орган, с компетентност на общото събрание и управителен орган, с компетентност на УС по чл. 31 ЗЮЛНЦ, но само ако такава е волята на учредителя. Фактическият състав на замяната на органния представител на фондацията от върховния ѝ орган е близък до този на сдружението. При фондацията обаче замяната е допустима, само ако учредителният акт предвижда това да стане чрез неговото изменение, а правото е част от компетентността на върховния орган. В противен случай е недопустимо осъществяването на този вид промяна в органното представителство.

При многостепенната система на управление фондацията притежава три или повече органа – върховен орган, управителен съвет, председател на фондацията и контролен съвет. В тази хипотеза управлението е разделено между УС и председателя на фондацията от нейния учредител. Само председателят е определен като представителен орган в учредителния акт и неговите имена и длъжност са вписани в регистъра за ЮЛНЦ. Върховният орган може да замени председателя като представителен орган, като промени учредителния акт. Промяната прекратява съществуването на председателя и неговата ПВ. Тя поражда следните последици.

Първо, УС придибива качеството представителен орган и всички негови членове, част от тях или само един член се определя като представляващ ЮЛНЦ.

Второ, промяна в наименованието и членството в представителния орган. В тази хипотеза вместо председател се определя президент като представителен орган в учредителния акт на фондацията. Трябва да се направи следното уточнение. Ако върховният орган избира президента на фондацията, е необходимо да се вземе конкретно решение за този избор. Ако обаче УС е компетентен да стори това, той трябва да избере президент след влизане в сила на промяната. Новият

представителен орган е овластен да подаде заявлението за вписване на промените в регистъра за ЮЛНЦ.

Считам, че подобно на разгледаните при едностепенната и двустепенната системи на управление на фондацията, замяната на органния представител влиза в сила от момента на промяната на учредителния акт. Този ЮФ прекратява съществуването на стария представителен орган и поражда новото органно представителство, променя начина на представляване и е предпоставка за избор на лицата от членския състав на органния представител. Вписването на промяната в регистъра за ЮЛНЦ не е елемент от фактическия състав на промяната. То има декларативно действие за регистрираните обстоятелства.

2. При фондацията също може да е налице промяна в начина на представляването ѝ спрямо трети лица. Предпоставките за това са:

А. Учредителният акт да предвижда възможност за неговото изменение.

Б. В този акт е необходимо да бъде определен органът, който може да извърши това действие. Съществува възможност това да бъде управителният орган, когато той е единствен за ЮЛНЦ или върховният орган, ако такъв е посочен да функционира.

Подобно на сдружението, съдържанието на промяната се състои в замяна на начина на представляване „заедно” вместо „поотделно”, като ПВ ще се упражнява от всички или от част от членовете на колективния представителен орган. Обратният вариант също е допустим за осъществяване. Промяна в начина на представляване задължително настъпва и когато се променя видът на представителния орган.

Решението за промяна на начина на представляване има задължително съдържание, което включва указанието, че се изменя ЕУА и конкретните правила за представляване на фондацията от нейния органен представител. Влизането в сила на решението едновременно прекратява стария начин на представляване и поражда нов такъв. От този момент измененият ЕУА задължава органния представител да упражнява ПВ така, както той нарежда. Когато фондацията е учредена приживе, формата на учредителния акт е писмена с нотариално заверен подпис или подписи. Считам, че за да има действие промяната, изменението на този учредителен акт трябва да има същата форма. Спазването на формата е условие да влезе в сила новият начин на представляване. Когато фондацията е учредена по случай

на смърт, не е нужно промяната на учредителния акт да има подобна форма. Достатъчно е решението на органа на фондацията да е влязло в сила.

Вписването на промяната в регистъра за ЮЛНЦ има само декларативно действие. С него се обявява, че един ЮФ вече е настъпил. То не е елемент от фактическия състав на възникването на начина на представляване на ЮЛНЦ.

3. Какво е характерно за промените в състава на органния представител на фондацията? Подобно на сдружението, те могат да се изразят в замяна на всички членове, на част от тях или само на един член с друго лице. Възможно е да се осъществи само промяна в длъжността, която дава право да се представлява фондацията (избор на нов председател на УС, например). В този случай се прекратява възможността за едно лице да представлява фондацията (но със запазване на членството в управителния орган) и се предоставя на друг член на УС.

Допустимо ли е членовете на представителния орган на фондацията да се избират от друг орган на това ЮЛНЦ? В германската доктрина се поддържа тезата, че ръководството на фондацията се избира от друг орган (съвет, например), ако уставът предвижда това действие⁶. ЗЮЛНЦ регламентира, че учредителният акт на фондацията може да определи органна структура, включваща повече от един орган. Правилата за общото събрание и управителния съвет на сдружението се прилагат съответно и за другите органи на фондацията – арг. чл. 35, ал. 2 ЗЮЛНЦ. Следователно при това ЮЛНЦ предпоставките за избор на членове на представителния му орган от друг орган са:

– изрична разпоредба в ЕУА, овластяваща конкретен орган, който да извърши това действие – арг. чл. 34, ал. 1, т. 6 ЗЮЛНЦ

– наличие на определена процедура за осъществяване на избора в този акт – арг. чл. 34, ал. 1, т. 8 ЗЮЛНЦ.

Може да се приеме разбирането, че такъв избиращ орган е върховният орган на фондацията, с аналогични функции на общото събрание на сдружението – арг. чл. 25, ал. 1, т. 3 ЗЮЛНЦ. Следователно е допустимо волята на учредителя в

учредителния акт да дерогира приложението на принципа на самоизбирането на членовете на управителния орган с ПВ – арг. чл. 35, ал. 2 във вр. с чл. 35, ал. 3, изр. 1 ЗЮЛНЦ. Това е една от спецификите, характерни за фондацията в сравнение със сдружението, за което се прилагат пряко законовите правила на чл. 25, ал. 1 ЗЮЛНЦ. За вземането на решението от върховния орган на фондацията и неговите последици за състава на управителния орган се прилагат съответно правилата за сдружението – арг. чл. 35, ал. 2 ЗЮЛНЦ.

За разлика от сдружението, промяната в членския състав на органния представител на фондацията, може да се извърши от управителния орган на фондацията.

Чл. 35, ал. 3, изр. първо ЗЮЛНЦ предвижда, че органите на фондацията сами могат да вземат решения за попълване на състава си. Това законодателно правило изразява един важен и отличителен принцип, относим само за управителния и представителен орган на този вид ЮЛНЦ – принципа на самоизбирането, който не намира приложение при сдружението.

В англо-американската правна теория се аргументира тезата за самоутвърждаващия се съвет на директорите на нестопанските организации, приложима при липса в техния членски състав⁷. В българската правна доктрина се поддържа становището, че органите на фондацията имат право да вземат решения за попълване на състава си, когато някой от техните членове е напуснал или починал⁸.

Относимо към представителния орган на фондацията това правило има следните специфични черти. Принципът за самоизбирането се прилага основно, когато този орган е колективен (УС, например). Освен при напускане или смърт е необходимо да се избере нов член на този орган, когато определено лице от неговия състав е поставено под пълно запрещение, намира се в трайна невъзможност за изпълнение на функциите си или е прекратен и заличен, при условие, че е ЮЛ. На следващо място считам, че представителният орган може да попълва своя състав, дори когато няма липсващ негов член. Такова положение е налице, когато според учредителния акт на фон-

⁶ Werner, O., Saegner, I. Die Stiftung. Recht. Steuern. Wirtschaft. Berlin.: BWV. BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG, 2008, p. 232.

⁷ Hopkins, B., Blazek, J. Private foundations: Tax law and compliance. Third edition, New Jersey, John Wiley&Sons, 2009, p. 64. Аргументира се още разбирането, че след избора органът продължава да функционира заедно със старите и новоизбраните членове.

⁸ Рачев, Ф. Гражданско право..., с. 299.

дацията има определен мандат на действие на членовете на УС и той е изтекъл. Това е предпоставка за самоизбирането на нови или на старите членове на този орган. Допустимо е и наличието на комбиниран вариант. По този начин се внася промяна в органното представителство на фондацията, тъй като новоизбраните членове от състава на представителния орган придобиват властта да упражняват органната ПВ.

Приложението на принципа на самоизбирането може да бъде изключено, ако учредителният акт предвижда други правила за попълване на членския състав като решение на друг орган или упражняване на запазено право например. Считам, че този акт трябва да предвижда възможността всеки член на представителния орган да участва в органната ПВ. По този начин новоприетият член попълва състава на този орган.

Фактическият състав на промяната включва – решение на управителния орган и съгласие на новоизбрания член. Решението трябва да бъде съобразено с разпоредбите на учредителния акт, особено с тези от тях, които определят броя на членовете на органа и наименованието на длъжностите им. Не може да се увеличава или намалява този брой и да се възлагат нови длъжности на приетите членове. В противен случай решението би противоречало на учредителния акт.

Този акт съдържа определен минимум, който посочва определено лице или лица, които са избират за членове на представителния орган. Необходимо е всяко лице да се индивидуализира с неговите имена и да се конкретизира факта, че то придобива качеството член. Когато се налага от учредителния акт, решението трябва да посочва и заеманата длъжност – председател, изпълнителен директор и други. Това е задължително действие, когато правилата за органното представителство предвиждат, че фондацията се представлява от председателя на УС заедно или поотделно с изпълнителния директор, например.

Считам, че чл. 35, ал. 1, изр. първо ЗЮЛНЦ може да се приложи, не само когато трябва да се приемат нови членове, които да попълнят състава на управителния и представителен орган. Този орган има право да избере напълно нов членски състав, като прекрати с решение правомощията на старите членове. Посочената разпоредба не

трябва да се тълкува разширително и да се прилага за други случаи като замяна на органичен представител, което е друго действие, а за него е нужно изрично овластяване в учредителния акт на фондацията.

От момента на влизането на решението в сила – веднага или след определен срок, се прекратява членството на замененото лице и възниква такава за новоизбраното лице. Решението прекратява възможността да се упражнява органната ПВ за стария член и поражда такава за новия член. Трябва да се посочи, че в сравнение със сдружението, при което само общото събрание може да попълва членския състав на УС или да избира управителя, при фондацията тази възможност е предоставена по закон на всеки нейн орган.

В правната теория се поддържа разбирането, че при избор на лице в състав на управителен орган е необходимо неговото съгласие в писмена форма⁹. Макар и да не е посочено изрично в ЗЮЛНЦ, считам че такава съгласие е необходимо от страна на новоизбрания член на управителния и представителен орган на фондацията. Членството в този орган включва не само права, но и задължения да се упражняват управителните и представителни правомощия. Затова е необходимо това съгласие, което може да бъде изрично или мълчаливо дадено (при присъствие на избора и непротивопоставяне на взетото решение). То може да се направи предварително, по време на избора или след неговото провеждане.

Следователно влязлото в сила решение и съгласието на лицето образуват фактическият състав, пораждащ членството в управителния и представителен орган. Този ФС поражда правото и задължението за новия член на този орган да упражнява ПВ. Освен това възниква възможността лицето да участва в действието по вписването на промяната в регистъра за ЮЛНЦ. Като част от представителния орган, новият член заедно с останалите лица от неговия състав подписва и подава заявлението до окръжния съд по седалището на фондацията. С това заявление се иска вписването на промяната – заличаване на старите членове на представителния орган и регистрация на новите членове като имена и длъжности в качеството им на представляващи ЮЛНЦ.

⁹ Голева, П., Каменова, Цв., Стойчев, Кр. Юридически лица с нестопанска цел. Правен режим. С., Симолини–94, 2003., с. 174.

Вписването в регистъра за ЮЛНЦ на новия член има декларативно действие и не е елемент от фактическия състав на промяната. ЗЮЛНЦ не предвижда изрично, че решението поражда конститутивно действие след вписването му в определен за целта регистър.

Не всяко попълване на състава на управителния орган с ПВ има за последица промяна в органното представителство на фондацията. Такъв е случаят, при който учредителният акт предвижда, че председателят на УС единствен представлява фондацията, а се избира нов член на управителния орган, който не заема посочената длъжност.

Окръжният съд по седалището на фондацията също има право да определя състава на органите ѝ¹⁰. Този ред, по който се извършват промени в членския състав на органния представител, има субсидиарен и условен характер. Според чл. 35, ал. 3, изр. второ ЗЮЛНЦ окръжният съд по седалището на фондацията може да попълни състава на органите ѝ в съответствие с волята, изразена в учредителния акт. Предпоставките за намесата на съда в органното представителство са:

– наличие на непълнота в членския състав на управителния и представителен орган на фондацията, поради напускане, смърт, освобождаване на член и други причини;

– този орган не е в състояние да вземе решение за попълване на състава си;

– липса на друг ред за попълване на членския състав на представителния орган. Считаю, че учредителят в учредителния акт може да е създал правило върховният орган или лице със запазено право да избира членовете на този орган. В случая вътрешното правило изключва приложението на чл. 35, ал. 3, пр. 2 ЗЮЛНЦ.

– лице от състава на представителния орган или лице, което би се ползвало от дейността на фондацията, трябва да направи искане до окръжния съд по седалището на фондацията. Това лице може да притежава или да не притежава качеството представляващ според учредителния акт. Дори то да е изключено от упражняването на органната ПВ, това не прекратява неговото право да направи искането до окръжния съд. Това право следва от ЗЮЛНЦ. Освен членът и всеки бенефициер, който според учредителния акт и посочената в него дейност на фондацията трябва

да получава имуществени облаги от ЮЛНЦ, може да иска попълване на състава на управителния орган.

Макар ЗЮЛНЦ да не посочва акта, чрез който окръжният съд попълва състава на органния представител считам, че това става чрез постановяване на съдебно решение. Съдът определя неговото съдържание в съответствие с волята, изразена в учредителния акт. Това е задължително изискване на ЗЮЛНЦ и означава, че при посочване на броя на членовете на представителния орган и техните длъжности в ЕУА, окръжният съд трябва да се съобрази с правилата за тях. Извън обхвата на разпоредбата на чл. 35, ал. 3, изр. второ ЗЮЛНЦ този орган не може да променя ЕУА – да намалява или увеличава членския състав или да изменя начина на представляване, както и вида на представителния орган. Подобно действие би противоречало на волята на учредителя.

Съдържанието на решението включва индивидуализиране на избрания член или членове чрез техните имена и длъжността, която всеки един от тях заема. Може да се аргументира тезата, че искането за попълване на състава на представителния орган посочва едно или повече лица, както и техните длъжности, които се предлагат на съда като вариант за избор, когато в ЕУА са определени наследници или изпълнители на завещанието, с цел да заемат постове в органите на фондацията. Окръжният съд има право обаче да се съобрази или не с направеното предложение.

Съдебното решение поражда промени в органното представителство, само ако учредителният акт предвижда, че членовете на представителния орган заедно или поотделно упражняват ПВ.

Считаю, че съдът трябва да поиска съгласието на всяко лице, което е избрал със своето решение. Макар и да липсва изрична законова разпоредба, то трябва да се даде в писмена форма, като се представи пред окръжния съд. Необходим е още и образец от подписа на това лице – арг. чл. 601, ал. 2 ГПК. Съдебното решение може да промени частично или напълно състава на органния представител, като това е в зависимост от състоянието на органа и съдържанието на направеното искане.

След като окръжният съд постанови решението, всеки избран член на представителния

¹⁰ Златарева, М. Юридически лица..., с. 221; Голева, П. и колектив. Юридически лица..., с. 174; Рачев, Ф. Гражданско право., с. 299.

орган трябва да се впише в качеството си на представляващ фондацията заедно със своята длъжност в регистъра за ЮЛНЦ – арг. чл.18, ал. 1, т. 3 ЗЮЛНЦ.

В този случай вписването на обстоятелството става служебно. То има конститутивно действие за промяната в състава на представителния орган.

Възможно е окръжният съд и да не окаже влияние върху органното представителство, ако учредителят притежава запазено право да упражнява ПВ и той е вписан като член на УС и представляващ фондацията в регистъра за ЮЛНЦ.

Когато според учредителния акт избраният с решението на окръжният съд член на представителния орган няма право да представлява фондацията, той не се вписва в регистъра за ЮЛНЦ – арг. чл. 18, ал. 1, т. 3 ЗЮЛНЦ. Това лице не може да извършва представителни действия, а съдебното решение не променя органното представителство на ЮЛНЦ. Затова въздействието на този акт върху упражняването на ПВ е винаги условно и зависи от правилата, предвидени в ЕУА.

Съдебното решение замества волята на органа на юридическото лице, която по правило се изисква при избора на представляващите фондацията лица. Това е израз на доверието, което се оказва от законодателя на съда, а този ред е предвиден в интерес на некорпоративното ЮЛ.

4. В правната теория се посочва, че запазеното право трябва да се предвиди в учредителния акт¹¹ или в устройствения акт на фондацията¹². Поддържа се още становището, че е необходимо да се посочи изрично, в чия полза е правото – на учредителя или в полза на третото лице¹³. С оглед критерия съдържание се казва, че това са правомощия във връзка с управлението и контрола върху дейността на фондацията¹⁴ или, че запазените права са имуществени и/или неимуществени (например, правото на вето по отношение на органите за управление)¹⁵.

Може ли чрез упражняване на запазено право лицето, което го притежава, да измени ЕУА и оттам да повлияе върху органното представителство на фондацията? В съдебната практика се приема становището, че е недопустимо едно-

лично решение на учредителя за изменение на устава на фондацията – (Решение от 2004 на ВтАС по в. гр. д. №379/2003г., г. о.). Трябва да се уточни в случая, че се има предвид действие, което се отнася до възникнала фондация по ЗЛС (отм.), която променя своя устав, но съобразно действащия понастоящем ЗЮЛНЦ.

Тезата, която може да се аргументира е, че съществува възможност за въздействие върху органното представителство на фондацията чрез връзката учредител – запазено право – ЕУА. Запазеното право принадлежи на учредителя или определено от него трето лице – арг. чл. 36, ал.1 ЗЮЛНЦ. Упражняването на това право ще доведе до промени в органното представителство при следните предпоставки. Първо, да бъде определено точно неговото съдържание в учредителния акт. Това може да означава възможност да се извършват действия по изменение и допълнение на този акт, промяна на вида на органите или избор на техни членове. Учредителят трябва да посочи дали едно или повече от изброените действия са предмет на запазеното право. Упражняването на последното дава възможност за пораждаване на различни последици, в сферата на органното представителство. Считаю, че за да се осъществи запазеното право, е необходимо то да бъде конкретно определено като вид, съдържание и начин на извършване и не може да има абстрактен и неопределен характер.

Второ, запазеното право винаги има специална принадлежност. Това означава персонализиране на ФЛ, което го притежава, в ЕУА чрез неговите имена, а ако е ЮЛ, е необходимо да се посочат неговите индивидуализиращи признаци. Носител на правото може да бъде учредителят или друго лице, което е избрано от него (негов наследник, например). Липсата на такъв води до невъзможност за упражняване на запазеното право.

Трето, учредителният акт трябва да посочва начина, чрез който това право се упражнява. Такива са случаите, при които се изменя учредителният акт и се избират представляващи фондацията лица, чрез приемането им за членове на представителния орган.

¹¹ Голева, П., и колектив. Юридически лица..., с. 177; Стефанов, Г. Основи на гражданското право. В. Търново, „АБАГАР“, 2007, с. 110; Рачев, Ф. Гражданско право..., с. 299.

¹² Рачев, Ф. Гражданско право., с. 299.

¹³ Голева, П. и колектив. Юридически лица..., с. 177.

¹⁴ Рачев, Ф. Гражданско право..., с. 299.

¹⁵ Стефанов, Г. Основи на..., с. 111.

Запазеното право понякога има за свое съдържание изменение на учредителния акт и лицето, което го притежава чрез неговото упражняване променя вида на представителния орган и начина на представляване или само едно от двете обстоятелства. Действието се осъществява чрез вземане на решение за изменение на ЕУА.

Считам, че изменението се извършва по два начина. Според първият начин лицето изменя учредителния акт, като променя неговото съдържание в частта му за органното представителство. В този случай то действа като външно спрямо фондацията лице. От момента на промяната на учредителния акт започват да се прилагат новите правила за представителния орган и начина на представляване.

Според втория начин учредителят или друго лице със запазено право е част от състава на орган на фондацията. За да се измени учредителният акт са необходими два ЮФ – вземането на решение от органа (по силата на ЕУА) и съгласие на лицето със запазено право. В противен случай, без наличието на изрично волеизявление на това лице, органът не може да измени учредителния акт.

Когато запазеното право принадлежи на ЮЛ, е задължително негов орган (общото събрание, например) да вземе решение за промяната. Влизането в сила на решението променя ЕУА.

Промяната може да се състои в замяна на колективния органен представител (УС) с едноличен (управител) или обратното. Допустимо е да се замени само начина на представляване като вместо заедно учредителният акт посочи, че за напред членовете на представителния орган поотделно ще упражняват органната ПВ.

В съдебната практика се поддържа разбирането, че учредителят няма право да подаде искането за вписване на промените в съдебния регистър, вместо определения за това орган в устава на фондацията – Решение от 2004 на ВТАС по в. гр. д. №379/2003г., г. о.). Аргументът е, че той не е от кръга на оправомощените за това лица в производството по вписване на ЮЛ по смисъла на Гражданско процесуалния кодекс (ГПК, обн., ДВ, бр. 59 от 20.07.2007 г.).

Това становище е законосъобразно. Легитимиран да извърши посоченото действие е новоизбраният органен представител на фондацията. Запазеното право не може да включва в своето съдържание правила, които противоречат на императивните разпоредби за този вид представителство на юридическото лице. Такива правила биха били изземването на органната ПВ от упра-

вителния орган и възлагането ѝ чрез запазеното право на учредителя или определено от него трето лице. Подобно право ще противоречи на чл. 10, ал. 1 ЗЮЛНЦ.

Допустимо е запазеното право на промяна на правилата на органното представителство да принадлежи на двама или повече учредители. Затова е необходимо учредителният акт да посочи и начина на неговото упражняване – чрез единодушно вземане на решение или с мнозинство, когато правото е в полза на три или повече лица. В случая е правилно лицата да посочат себе си като членове на определен орган на ЮЛНЦ (общо събрание или управителен съвет). Чрез него те ще вземат решение за желаната от тях промяна.

Запазеното право може да има за свое съдържание избор и освобождаване на членове от състава на органния представител на фондация и да се упражнява по два начина. Първо, чрез изрично решение в писмена форма на лицето, което го притежава. Второ, чрез участието в състава на орган на фондацията, който е компетентен да избира и освобождава членове на представителния орган. Възможно е учредителният акт да предвижда, че за да е налице такава промяна, е необходима изричната воля на лицето, притежаващо запазеното право. Липсата на неговата воля осуетява възможността за осъществяване на подобно действие. Вътрешното правило може да посочи, че само учредителят или той заедно с останалите членове на компетентния за това орган е способен да измени органното представителство.

Запазеното право като право на вето върху решенията на органите за управление се упражнява чрез изрично отхвърляне на избора на членове на представителния орган на фондацията. По този начин се осуетява възможността за промяна в състава на органния представител.

Допустимо е упражняването на запазеното право да има за последица само промяна на представляващия фондацията, но без да се прекратява членственото правоотношение в управителния орган с ПВ. Такъв е случаят, когато се избира нов председател от действащия състав на УС, а според учредителния акт само той е овластен да представлява фондацията.

Считам, че лицето със запазеното право може да го упражни в своя полза, като посочи себе си за представляващ ЮЛНЦ.

Във връзка с цялостното анализиране на запазеното право, считам за целесъобразно да се

направи предложение *de lege ferenda* чл. 36 ЗЮЛНЦ да бъде допълнен с изрична разпоредба за съдържанието и начина на упражняване на този вид права.

Могат ли членовете на представителния орган на фондацията да бъдат несменяеми? Допустимо ли е смесване на начините на избор на тези членове? ЗЮЛНЦ не урежда подобни възможности. В правната теория се аргументира разбирането, че членовете на управителния съвет имат това качество по силата на длъжността, която притежават. Допуска се още съчетание на два или повече начина, по които се избират членовете на управителния орган, както и избор, направен от друга организация¹⁶.

Първата теза е неприложима по правило за сдружението, тъй като спрямо него се прилага принципът на изборността. При фондацията, както вече се посочи, важи правилото за самоизбиране на членовете на управителния орган. Въпреки това, ако учредителят или посочено от него лице запази своето право за несменяемост в учредителния акт, тогава на практика носителят му става пожизнен член на този орган.

Тезата за смесването на начините на избор на членове на представителния орган на фондацията по правило е недопустима, но по изключение може да намери ограничено приложение. Така този орган има право да попълни своя състав с един или повече членове, а учредителят със запазено право на членство в представителния орган ос-

тава несменяем. Следователно е налице комбинация от решение на орган на ЮЛНЦ и запазено право, изрично уредено в учредителния акт на фондацията. Против закона обаче би било вземането на решение от управителния орган на ЮЛНЦ и решение на окръжния съд по седалището на фондацията за избор на членове, тъй като това не съответства на алтернативния принцип, заложен в чл. 35, ал. 3 ЗЮЛНЦ.

Становището, че членовете на управителния орган с ПВ на фондацията могат да се избират пряко от членовете на друга организация или организации и независимо от правилата на ЕУА, е неприложимо при действието на ЗЮЛНЦ. Подобно решение би противоречало на чл. 35, ал. 3 ЗЮЛНЦ. Допустимо е обаче разбирането, че друго ЮЛ се счита за овластено да прави промени в представителния орган на фондацията, само ако е член на нейн колективен управителен орган – вж. чл. 35, ал. 3, изр. първо ЗЮЛНЦ или има запазено право за това в ЕУА.

С оглед приоритета на интересите на фондацията, избягването на монопола на учредителя върху управлението на ЮЛНЦ и аналогичното положение със срочността на избора на членове на УС на сдружение – вж. чл. 30, ал. 1 ЗЮЛНЦ, може да се направи предложение *de lege ferenda* за изменение на чл. 30, ал. 3 ЗЮЛНЦ. В тази разпоредба би могъл да се включи определен срок – три или пет години например, за който да се избират членовете на управителния орган.

¹⁶ Hopkins, B., Blazek, J. Private foundations..., p. 65.