



ОБЩИНСКА ИЗБИРАТЕЛНА КОМИСИЯ – СТОЛИЧНА ОБЩИНА

гр. София, ул. "Московска" № 33, ет. 2, <https://oik2246.cik.bg>; e-mail: oik2246@cik.bg;

ОСОБЕНО МНЕНИЕ **към решение № 1197-МИ от 19.01.2025 г. от членове на** **ОИК – Столична община**

Не сме съгласни с описаното в предложението проект на решение № 1197-МИ от 19.01.2025 г., в частта, с която на комисията се предложи, че Божидар Николаев Трайков – кмет на кметство "Герман" – Столична община, в нарушение на чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, е извършвал търговска дейност като **съдружник** по отношение на търговски дружества "Български автостъкла" ООД, с ЕИК 131107115 и "Тезбус" ООД, с ЕИК 175196375, поради което и на основание чл. 85, ал. 8 от Изборния кодекс, подписваме решението с особено мнение единствено в тази му част.

Подкрепяме предложението проект на решение по отношение на извършено нарушение по чл. 41, ал. 3, вр. с ал. 1 ЗМСМА от Божидар Николаев Трайков по отношение на неговото участие в "Български автостъкла" ООД, в качеството му на управител след полагане на клетва – 13.11.2023 г. и встъпване в длъжност като кмет, се въвеждат за лицето ограниченията по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА. Касае се за несъвместимост, която е нормативно регламентирана, като законодателят е отчел характера на функциите на кмета и е поставил ограничения, които всеки е задължен да спазва. Без правно значение дали действително се е осъществявала или не търговска дейност, тъй като ограничението е свързано с недопускане на неправомерно влияние и конфликт на интереси. С встъпването в длъжност съответното лице следва да се съобразява със забраната, както е формулирана, без право на преценка дали дейността му би я нарушила или не, или поставяне на други условия, зависещи от субективната му воля. Нормата на чл. 41, ал. 1 ЗМСМА е императивна и при установяване на нарушаване на забраната на чл. 41, ал. 1 ЗМСМА, задължително следва да бъдат прекратени правомощията на кмета.

Тълкуването на нормата налага извод за забрана след встъпването в длъжност, лицето упражняващо правомощия на орган на местна власт, да започне изпълняването на дейност, представляваща основание за несъвместимост със заеманата длъжност, така и да продължи извършването на вече започнала преди момента на встъпването в длъжност такава дейност. Именно с цел гарантиране на втората от посочените забрани, с чл. 41, ал. 3 ЗМСМА е въведено задължението за лице което при избирането му за кмет осъществява дейност по ал. 1, в едномесечен срок от полагането на клетвата по чл. 32, ал. 1, вр. с чл. 23, ал. 2 ЗМСМА, да предприеме необходимите действия за прекратяването ѝ, като уведоми за това писмено общинската изборителна комисия и председателя на общинския съвет. Неизпълнението на това задължение представлява самостоятелно

основание за налагане на санкция, чрез предсрочното прекратяване пълномощията на кмета, съгласно разпоредбата на чл. 41, ал. 3, вр. с чл. 42, ал. 1, т. 5 ЗМСМА.

На първо място, когато са налице наличието на предпоставките по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА за лицето възниква задължението по чл. 41, ал. 3 ЗМСМА, а именно – в едномесечен срок от полагането на клетвата, тоест до 13.12.2023 г., да предприеме необходимите действия за отстраняване на несъвместимостта и да уведоми общинската изборителна комисия и председателя на общинския съвет.

Безспорно е установено, че Божидар Трайков липсва да е изпълнил две от трите кумулативно предвидени изисквания: да предприеме необходимите действия за прекратяването на дейността и/или за освобождаването му от заеманата длъжност – е изпълнена; да уведоми писмено за това председателя на общинския съвет – не е изпълнена; да уведоми писмено за това общинската изборителна комисия – не е изпълнена, като уведомяването за предприетите действия следва да е извършено в периода от 13.11.2023 г. до 13.12.2023 г. включително.

По отношение нашето несъгласие с проекта на решение във връзка с извършване на търговска дейност от съдружник в ООД, следва да се има предвид следното:

Категорично застъпваме разбирането, че понятието "търговец" е уредено в чл. 1, ал. 1 ТЗ. Търговец по смисъла на този закон е всяко физическо или юридическо лице, което по занятие извършва някоя от сделките, посочени в т. 1 до т. 15. Лицето трябва да извършва сделките по т. 1 до т. 15 по ТЗ. От изложеното следва, че дейността на търговеца, като субект на търговското право, се изразява в извършване на търговски сделки, посочени в закона. Възниква въпросът за участието в търговско дружество търговска дейност ли е. Отговорът за нас продължава да бъде отрицателен съобразно практиката на търговско отделение към Върховния касационен съд и научните среди. Съдружникът, съгласно чл. 123 ТЗ, има право да участва в управлението на дружеството, в разпределението на печалбата, да бъде осведомяван за хода на дружествените дела, да преглежда книгата на дружеството и право на ликвидационен дял. Съдружникът е длъжен да изплати или внесе дяловата си вноска, да участва в управлението на дружеството, да оказва съдействие за осъществяване на неговата дейност, както и да изпълнява решенията на общото събрание. **Видно от посочените права и задължения, съдружникът не извършва търговски сделки по занятие така, както сочи разпоредбата на чл. 1 ТЗ и следователно не може да бъде определен като търговец.** От анализа на разпоредбите на ТЗ, се установява, че търговска дейност може да се извършва само от търговец, а не от друго лице, вкл. и съдружник в търговско дружество. Търговските дружества се определят от закона като търговци, но това не означава, че техните съдружници, собственици на капитала, са търговци. Те имат в дружеството собственост върху дяловете и изброените членствени права и задължения. Забраната по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА не се отнася до съдружниците или акционерите. Законът ясно е посочил, че е създадена законодателна забрана да се извършва търговска дейност и то само по смисъла на ТЗ, като разширителното тълкуване на разпоредбата намираме за абсолютно недопустимо при положение, че същата е изчерпателна. За други публични длъжности, регулирани в други устройствени закони, изрично е посочено, че заемашите ги не могат да бъдат съдружници. Такава е забраната по чл. 195, ал. 1, т. 3, предл. първо от Закона за съдебната власт, съгласно която разпоредба съдия, прокурор и следовател,

докато заема длъжността си, не може да упражнява търговска дейност или да е съдружник. Такава забрана не съществува в посочената разпоредба на ЗМСМА, като не може да бъде тълкувана разширително по посока разширяване на предмета на понятието "търговска дейност", извън рамките, посочени в ТЗ. Съгласно чл. 147, ал. 1 ТЗ, едноличният собственик на капитала управлява и представлява дружеството лично или чрез определен от него управител. Едноличният собственик на капитала решава въпросите от компетентността на общото събрание по чл. 137 ТЗ, за което се съставя протокол в съответната за решенията на общото събрание форма. При тази законова регламентация освобождаването на управителя на едноличното търговско дружество не е обвързана с продажба на дружествените дялове и с приемането на нов съдружник. Съгласно чл. 137, ал. 1, т. 5 ТЗ, общото събрание избира управителя, определя възнаграждението му и го освобождава от отговорност. Управителят организира и ръководи дейността на дружеството съобразно закона и решенията на общото събрание. Съгласно чл. 141, ал. 4 ТЗ, овластяването на управителя може да бъде оттеглено по всяко време и името му може да бъде заличено от търговския регистър. Въпросът дали участието в търговско дружество (ТД) представлява търговска дейност изглежда разрешен в теоретически и практически аспект. Търговец, следователно и субект, осъществяващ търговска дейност, е дружеството, а не съдружниците в него.

От изложеното следва, че участникът в ТД, освен че не е търговец, не е и предприемач. Участието му в дружеството не е годно да създаде стойност, която да задоволява потребности на субекти, различни от неговите собствени. Участието в дружество е статично, докато дейността на предприемача е динамична, защото се изразява в пряко участие в оборота, което не е налице за съдружника. Участието в дружество трудно може да се възприеме като дейност, камо ли да притежава особена организация, без която резултатът не може да се постигне. Съдружникът не участва пряко в оборота и не носи риска от предприемаческата дейност. Следователно за такъв субект не може да възникне търговско качество. Предприемач (при това търговски предприемач) е дружеството, в което съдружникът участва. Участието в ТД е правна възможност, предпоставка за която е наличието на гражданска, а не търговска праводееспособност.

В заключение, участието в ТД не представлява нито търговска, нито предприемаческа дейност. Основните аргументи за този извод се коренят именно в съдържанието на тези дейности. Участието в ТД е субективно гражданско право на физическото лице или ЮЛ. Участието в ТД от страна на друго ТД или от страна на кооперация не представлява елемент от търговската право- и/или дееспособност на юридическото лице. Мотивът на търговеца да участва в ТД е диверсификация на риска от икономическата дейност.

И накрая, следва да се вземе предвид, че с решение № 1550 от 16.01.2025 г., издадено от Висшия адвокатски съвет е взел решение за инициране на тълкувателно производство пред Върховния касационен съд и Върховния административен съд по въпроса дали участието в ООД и ЕООД представлява "търговска дейност по смисъла на Търговския закон" по смисъла на чл. 41, ал. 1 ЗМСМА. Тоест, предстои образуване на тълкувателно производство и същото е от значение за изнесените в сигнала факти.

С оглед на изложените съображения считаме, че предложения проект на решение е неправилен и незаконосъобразен в посочената му част по отношение участието на съдружник в ООД и поради това подписваме решението с особено мнение.

Секретар:

Борислав Тасев

Член:

Анелия Иванова

Член:

Петър Георгиев

Член:

Виктория Илиева

Член:

Анастасия Дюлгерова

Член:

Велин Пеев

Член:

Цветанка Петкова

Член:

Добри Тенев

Член:

Веселин Варчев

Член:

Стоил Моллов