

SET-OFF IN CROSS-BORDER INSOLVENCY PROCEEDINGS¹⁷¹

Assist. Prof. Vladislav Ivanov, PhD

Department of Private Law Sciences

“Angel Kanchev” University of Ruse

Phone: 0887 113 200

E-mail: vrivanov@uni-ruse.bg

Abstract: *The opening of cross-border insolvency proceedings leads to various legal consequences for a debtor regarding his legal capacity, the validity of different acts, pending lawsuits etc. One of these consequences is the specific rules for set-off between the creditor and his insolvent debtor. The aim of this paper is to analyze the conditions for set-off in cross-border insolvencies and the differences between the relevant rules and these of the national legislation. For this purpose, a comparison between Bulgarian insolvency law and Regulation 2015/848 will be made and relevant practice of Bulgarian and European courts analyzed.*

Keywords: *Cross-border insolvency, set-off.*

INTRODUCTION

Прихващането като способ за погасяване на две насрещни задължения разкрива редица особености, когато волеизявлението за него е направено в рамките на открито производство по несъстоятелност. Въпросът придобива още по-сложен характер, когато несъстоятелността е с международен елемент и приложение намира Регламент 2015/848 на Европейския Парламент и на Съвета от 20 май 2015 година. С настоящия доклад ще бъдат разгледани именно тези особени правила, които уреждат предпоставките за извършване на прихващане и неговата валидност при открито производство по трансгранична несъстоятелност спрямо едната страна.

EXPOSITION

Съгласно чл. 103 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) когато две лица си дължат взаимно пари или еднородни и заместими вещи, всяко едно от тях, ако вземането му е изискуемо и ликвидно, може да го прихване срещу задължението си. Последницата на извършеното прихващане е, че двете насрещни вземания се смятат за погасени до размера на по-малкото от тях от деня, в който прихващането е могло да се извърши.

Прихващане при открито производство по несъстоятелност

Когато спрямо едната страна е открито производство по несъстоятелност, приложение намират и особените правила на чл. 645 от Търговския закон (ТЗ), които предвиждат допълнителни изисквания, за да бъде валидно извършено прихващането. Съгласно ал. 1 кредитор може да извърши прихващане със свое задължение към длъжника, ако преди датата на решението за откриване на производството по несъстоятелност двете задължения са съществували и са били насрещни и еднородни и вземането му е било изискуемо. Прави впечатление, че тук законодателят е предвидил краен момент, до който насрещните вземания трябва да са възникнали, за да може да се прихване, а именно до откриване на производството по несъстоятелност. От друга страна, няма пречка изискуемостта на вземането на кредитора да настъпи и след този момент. Това може да се случи или поради факта, че падежът на вземането е в по-късен момент от датата на решението за откриване на производството, или на основание чл. 617, ал. 1 от ТЗ, предвиждащ, че при обявяване на длъжника в несъстоятелност всички негови задължения стават изискуеми.

Извършването на прихващане в рамките на открито производство по несъстоятелност обаче може да доведе до увреждане на интересите на кредиторите на несъстоятелността, тъй

¹⁷¹ Докладът е представен с оригинално заглавие на български език: ПРИХВАЩАНЕ В ПРОИЗВОДСТВО ПО ТРАНСГРАНИЧНА НЕСЪСТОЯТЕЛНОСТ.

като в този случай масата на несъстоятелността няма да се увеличи с дължимото от изразилия воля за прихващане кредитор. Поради тази причина при определени предпоставки, уредени в ал. 3 на чл. 645 от ТЗ, прихващането може да бъде обявено от съда за относително недействително. Кредиторът трябва да е придобил вземането и задължението си към длъжника преди датата на решението за откриване на производството по несъстоятелност, но към момента на придобиване на вземането или задължението да е знаел, че е настъпила неплатежоспособността, съответно свръхзадължеността или че е поискано откриване на производство по несъстоятелност. При обявяване на прихващането за относително недействително кредиторът ще трябва да изпълни дължимото към търговеца, за който е открито производството по несъстоятелност, а вземането му ще се удовлетвори при спазване на реда на привилегиите по чл. 722 от ТЗ.

Длъжникът също може да волеизяви за прихващане на насрещните задължения, но съгласно ал. 4 такова прихващане ще бъде относително недействително, ако е извършено след началната дата на неплатежоспособността, съответно свръхзадължеността, но не по-рано от 1 година преди подаване на молбата за откриване на производството по несъстоятелност. Недействителността няма да обхваща само тази част, която кредиторът би получил при извършване на разпределението на осребреното имущество.

Прихващане при трансгранична несъстоятелност

Въпросът относно прихващането става още по-сложен, когато е налице случай на трансгранична несъстоятелност – когато кредитор е чуждестранно лице или имуществото на длъжника се намира в повече от една държава. В тези случаи приложение намира Регламент (ЕС) 2015/848 на Европейския Парламент и на Съвета от 20 май 2015г. относно производството по несъстоятелност, а когато делото попада извън обхвата на Регламента – правилата на Глава 52 от ТЗ.

Регламент 2015/848 се прилага в случаите, когато центърът на основни интереси на длъжника се намира в държава членка на ЕС. Под „център на основни интереси“ в общия случай се има предвид централното управление на длъжника. Този център е от съществено значение поради няколко причини. На първо място, компетентен да образува производство по трансгранична несъстоятелност е съдът на държава членка, на чиято територия се намира центърът на основни интереси на длъжника. На следващо място, компетентният съд ще приложи своето национално право относно несъстоятелността (*lex concursus*). Един от въпросите, които съгласно чл. 7, параграф 2, буква „г“ се уреждат от приложимото право, е какви са условията за прилагане на прихващането в производството по несъстоятелност. Това правило би могло да създаде трудности на чуждестранните кредитори поради наличието на съществени различия в правилата относно прихващането в отделните държави членки.

Съгласно италианското законодателство вземането и задължението трябва да са възникнали преди да е образувано производството по несъстоятелност. В Германия приложимият *Insolvenzordnung* разграничава случаите, в които предпоставките за прихващане са били налице преди откриване на производството по несъстоятелност или са възникнали впоследствие. В първия случай прихващането е допустимо, като дори не е необходимо кредиторът да предяви вземането си, за да волеизяви за прихващане. Във втория случай отново законът разграничава две хипотези. Ако вземането на кредитора е съществувало преди откриване на производството по несъстоятелност и условията за прихващане настъпят впоследствие, прихващането отново е допустимо. Но в случаите, когато вземането не е било възникнало преди откриване на производството по несъстоятелност или кредиторът го е придобил след този момент, то прихващането е недопустимо. В Полша прихващането би било недопустимо, ако кредиторът е придобил вземането си срещу длъжника в рамките на 12 месеца преди откриване на производството по несъстоятелност, ако е знаел, че условията за това са налице.

Различията в националните уредби на прихващането, малка част от които бяха посочени по-горе, могат да създадат несигурност в оборота. С цел да се избегне тази евентуална несигурност европейският законодател в чл. 9 от Регламент 2015/848 предвижда изключение

от правилото. Съгласно параграф 1 образуването на производство по несъстоятелност не засяга правото на кредиторите да искат прихващане за техните вземания с вземания на длъжник, когато такова прихващане е разрешено от приложимото право към вземането на длъжника по несъстоятелността. Така формулирано изключението поставя няколко въпроса, които следва да бъдат разгледани.

На първо място трябва да се изясни как ще се определя приложимото право към вземането на длъжника. Това следва да става съгласно правилата на Регламент (ЕО) №593/2008 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 юни 2008 година относно приложимото право към договорни задължения (Рим I). Той предвижда две възможности при определяне на приложимото право – обективно приложимо право и избрано от страните право. Съгласно чл. 4, параграф 2 от Регламента обективно приложимото право е правото на държавата, където е обичайното местопребиваване на страната, която дължи характерната (непаричната) за договора престация. Прихващането в производството по несъстоятелност се извършва при насрещно дължими парични суми, от което следва, че вземането на длъжника по несъстоятелността в общия случай е парично. Щом вземането му е парично, тогава дължимата от него престация ще е характерната за договора престация и приложимото право ще се определя по обичайното местопребиваване на длъжника по несъстоятелността. Обичайното местопребиваване съгласно чл. 19 на Регламент Рим I на ЮЛ е централното им управление, а на ФЛ, осъществяващи стопанска дейност, е основното им място на стопанска дейност. Тук се наблюдава припокриване на привръзките за определяне на приложимото право със съдържанието на понятието „център на основни интереси“, което означава, че обективно приложимото право в случая ще съвпада с *lex concursus*. Оттук, в тази хипотеза чл. 9 на Регламент 2015/848 не променя нищо относно приложимото право към прихващането.

Нещата стоят различно, ако страните са се възползвали от възможността, предоставена им в чл. 3 от Регламент Рим I – да изберат приложимото към договора им право. Ако длъжникът дължи характерната престация, то избраното от страните за приложимо към договора право ще урежда и въпроса за допустимостта на прихващането в открито производство по несъстоятелност. По този начин може да бъде уговорено, че приложимо ще бъде право, предвиждащо минимални ограничения спрямо прихващането в рамките на открито производство по несъстоятелност.

Тук възниква въпросът дали чл. 9 от Регламент 2015/848 ще се приложи и в случаите, в които страните са избрали за приложимо правото на трета държава, която не е членка на ЕС. Считам, че чл. 9 ще се прилага и в тези случаи поради две причини. На първо място, щом приложимото право към вземането на длъжника по несъстоятелността се определя съгласно Регламент Рим I, то приложимо ще е правилото, заложено в чл. 2 от същия, а именно: всяко право, посочено в Регламента, ще се прилага, независимо дали е право на държава членка. На второ място в част от разпоредбите на Регламент 2015/848, предвиждащи изключения относно приложимото право, има изрично посочване, че ще се прилага друго национално законодателство на държава членка. В чл. 9 обаче не е изрично посочено, че приложимото право следва да е на друга държава членка. Поради тези аргументи смятам, че чл. 9 ще се прилага и когато е избрано за приложимо правото на трета страна.

Въпросът за съотношението между чл. 7, параграф 2, буква „г“ и чл. 9 от Регламент 2015/848 е бил поставен пред Съда на Европейския съюз в преюдициалното запитване по дело C-198/18 CeDe Group AB срещу KAN sp. z.o.o. в несъстоятелност (производството се е развило при приложението на стария Регламент 1346/2000 относно несъстоятелността). По-конкретно сред въпросите, зададени от Върховния съд на Швеция е дали изключението по чл. 9 се прилага само ако *lex concursus* не допуска прихващането, или може да се прилага и при други обстоятелства, например при различия между правните уредби. За съжаление този въпрос е поставен при условие, че на предходен въпрос по преюдициалното запитване е отговорено положително, а отговорът е бил отрицателен. Така е пропусната уместна възможност Съдът на Европейския съюз да се произнесе по този въпрос, който създава противоречия в теорията и практиката.

Считам, че с оглед на действащата уредба и изложеното до момента изключение, предвидено в чл. 9, следва да се прилага не само относно допустимостта на прихващането при открито производство по несъстоятелност, но и относно предпоставките за извършването му. Такова тълкуване на пръв поглед може да създава възможности за злоупотреби, но правилото, заложено в параграф 2 на същия член, предотвратява такива възможности. Съгласно параграф 2 разглежданото изключение не представлява пречка за предявяване на искове за нищожност, унищожаемост или относителна недействителност на правните актове, които са във вреда на кредиторите на несъстоятелността и са уредени от *lex concursus*. По този начин синдикът в производството по трансгранична несъстоятелност има по-широки възможности да защити интересите на кредиторите на несъстоятелността, които биха били засегнати, когато конкретният кредитор и длъжник са избрали за приложимо към прихващането право, което не позволява оспорването на извършеното прихващане.

CONCLUSION

Разгледаните в настоящия доклад различия между законодателствата на отделните държави членки относно условията за извършване на прихващането и специфичните правила, предвидени в Регламент 2015/848, създават възможности за различни тълкувания, както и за опити конкретен кредитор и длъжник да увредят интересите на кредиторите на несъстоятелността. Считам, че изложеното становище относно съотношението между общото правило на чл. 7 и специалното правило на чл. 9 от Регламент 2015/848 би спомогнало за решаване на противоречията в тълкуването им, както и че едно бъдещо преюдициално запитване по въпроса би потвърдило изложеното.

REFERENCES

- Bork, R. & Zwieten, K. (2016) Commentary on the European Insolvency Regulation. Oxford Univeristy press.
- Kozhuharov, A. (2002). Law of Obligations, General teaching of the obligation relation. Sofia: Jurispress (**Оригинално заглавие:** Кожухаров, А., 2002. *Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. София: Издателство „Юриспрес“*)
- Stefanov, G. (2018). Commercial Insolvency. Veliko Tarnovo: Abagar press (**Оригинално заглавие:** Стефанов Г., 2018. *Търговска несъстоятелност. Велико Търново: Издателство „Абагар“*)