

РЕШЕНИЕ

№ 642

гр. София, 23.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 3-ТИ ТЪРГОВСКИ, в публично заседание на тринадесети октомври през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Теодора Кръстева

Членове: Светлин Михайлов
Снежана Бакалова

при участието на секретаря Теодора Т. Ставрева
като разгледа докладваното от Светлин Михайлов Въззивно търговско дело
№ 20231001000398 по описа за 2023 година

Производството е по реда на чл.258 от ГПК.

Образувано е по повод постъпил въззивна жалба от Т. Н., в качеството му на временен синдик на „Ню геймс“ АД (н), с която обжалва решение № 272 от 27.02.2023 г., постановено по т. д. № 2 889/21 г. по описа на Софийски градски съд, Търговско отделение, 21 състав, с което съдът е отхвърлил предявения от синдика на „Ню геймс“ АД (н.) иск по чл. 645, ал. 3 ТЗ срещу „Ню геймс“ АД (н.) и Кооперация „Панда“ за обявяване на относителна недействителност по отношение на кредиторите на несъстоятелността на извършено с изявление изх. № 3 95/12.03.2020 г. прихващане на вземания на Кооперация „Панда“ по договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, Национална лотария - моменти игри и „Новолото“ в размер на 12 190.60 лв. съгласно протокол за прихващане № 90000129/17.02.2020 г. с негови насрещни задължения към „Ню геймс“ АД (н.) по същия договор в размер на 26 571.08 лв. съгласно протокол № 9000000125/31.01.2020 г. до размера на по-малкото, осъдил „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 78, ал. 3 ГПК, на Кооперация „Панда“ направените разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1 435.20 лв. е ДДС и е осъдил „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 649, ал. 6 ТЗ държавна такса в размер на 487.63 лв. по бюджетната сметка на Софийски градски съд.

В жалбата се твърди, че атакуваното решението е неправилно, необосновано и незаконосъобразно, както и че при постановяването му са допуснати нарушения на материалния и процесуалния закон. Твърди, че първоинстанционният съд е сезиран с иск с

правно основание - чл. 645, ал. 3 от ТЗ, чрез който е упражнено субективно право за прогласяване относителната недействителност - по отношение на кредиторите на несъстоятелността на конкретното прихващане, извършено от кредитор, с източник следния фактически състав: кредиторът е придобил вземането и задължението си преди откриването на производството по несъстоятелност, но към момента на придобиването (на което и да е от двете) е знаел за наличието на неплатежоспособност или свръхзадължнялост, съответно - за подаването на молба по чл. 625 ТЗ. Релевира доводи относно образуваните дела и постановените актове в производството по несъстоятелност. Твърди, че „Ню геймс“ АД е търговско дружество с основен предмет на дейност - „Организиране на хазартни игри“, както и че е ноторно известно, че в резултат на законодателни промени от 18.02.2020 г., в сила от 22.02.2020 г., лицензът за дейността на търговеца е обезсилен, в резултат на което и търговската дейност на дружеството е била преустановена. Инвокира доводи, че преди преустановяване на дейността, в публичното пространство, чрез медии и печат, по отношение на втория ответник бе разгласена информация, че същият е станал обект на редица публични проверки, в това число и по реда на ДОПК, както и че са издадени АУПДВ на Председателя на ДКХ.

Твърди, че спорно в процеса е съществуването, съответно - момента на възникване на насрещните вземания и задължения за ответните страни, послужили като основание за предприемане на едностранни компенсаторни действия, обективирани в процесното изявление изх.№ 395/12.03.2020 г. Твърди, че съдът е формирал извод за наличие на насрещни вземания, съответно - задължения при липса на доказателства за първичното основание на същите, като по делото не е представен договор. Твърди, че съгласно трайно установената от „Ню геймс“ АД търговска практика и спецификата за конкретния вид правоотношение, съществуването и валидността на такава връзка се установява с писмен договор, в който ясно и категорично са отразени правата и задълженията на страните по него, както и че като всеки отделен вид вземане за комисионно възнаграждение или претенция за възстановяване на изплатени суми, винаги е обвързан с точно (комплексно) изпълнение на повече от едно насрещно задължение, поето от търговеца, за което по делото не са представени доказателства. Оспорва изводите на съда по отношение на оспорените протоколи, като твърди, че същите са частни документи, а ответникът не е ангажирал доказателства във връзка с направеното оспорване на положените дати в тях. Твърди, че съдът не е обсъдил всички наведени доводи относно съществуването на насрещни вземания, както и че оспорва изводите по отношение на оспорването, че в два от протоколите датата на съставянето им предхожда датата на счетоводените операции по продажба на лотарийни билети. Оспорва и съществуването на насрещни вземания, като твърди, че в тази част заключението на експертизата не следва да се кредитира, тъй като не е изготвено въз основа на документи. Ето защо моли съда да постанови решение, с което да се отмени обжалваното решение и вместо него се постанови решение, с което се уважи иска по чл. 645, ал. 3 от ТЗ, като претендира и сторените в първоинстанционното и въззивното производство разноски.

Въззиваемата страна Кооперация „Панда“ редовно уведомена оспорва въззивната жалба. Твърди, че всички вземания са били изискуеми, както и че са налице предпоставките за извършване на прихващане и същото е породило правно действие. Твърди, че в исковата молба и във въззивната жалба, са въведени твърдения относими към действителността на извършеното прихващане, което е несъвместимо с петитума на искова претенция. Твърди, че съгласно чл.645, ал.3 прихващането може да бъде обявено за недействително по отношение кредиторите на несъстоятелността, ако кредиторът е придобил вземането и задължението си към длъжника преди датата на решението за откриване на производство по несъстоятелност, но към момента на придобиване на вземането или задължението е знаел, че е настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост или че е поискано откриване на производство по несъстоятелност.

Твърди, че от наведените твърдения, както и от събраните по делото доказателства не се установяват така очертаните от законодателя предпоставки за основателност на предявеният иск. Моли съда да постанови решение, с което да потвърди атакуваното като правилно и законосъобразно и претендира разноски за настоящата инстанция.

Въззиваемата страна „Ню геймс“ АД (н) редовно уведомена не вздима становище и не изпраща представител.

Съдът след като се съобрази с доводите на страните и обсъди събраните по делото писмени доказателства, съобразно разпоредбата на чл.235 от ГПК, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

От фактическа страна:

Не се спори, а се установява и от доказателствата по делото, че с атакуваното решение № 272 от 27.02.2023 г., постановено по т. д. № 2 889/21 г. по описа на Софийски градски съд, Търговско отделение, 21 състав, съдът е отхвърлил предявения от синдика на „Ню геймс“ АД (н.) иск по чл. 645, ал. 3 ТЗ срещу „Ню геймс“ АД (н.) и Кооперация „Панда“ за обявяване на относителна недействителност по отношение на кредиторите на несъстоятелността на извършено с изявление изх. № 3 95/12.03.2020 г. прихващане на вземания на Кооперация „Панда“ по договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моменти игри“ и „Новолото“ в размер на 12 190.60 лв. съгласно протокол за прихващане № 90000129/17.02.2020 г. с негови насрещни задължения към „Ню геймс“ АД (н.) по същия договор в размер на 26 571.08 лв. съгласно протокол № 9000000125/31.01.2020 г. до размера на по-малкото, осъдил е „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 78, ал. 3 ГПК, на Кооперация „Панда“ направените разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1 435.20 лв. е ДДС и е осъдил „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 649, ал. 6 ТЗ държавна такса в размер на 487.63 лв. по бюджетната сметка на Софийски градски съд.

Не се спори, а се установява и от писмените доказателства, както и от извършената от първоинстанционния съд служебна справка в ТРРЮЛНЦ, че по подадена на 27.02.2020 г. молба от изпълнителния директор на „Ню геймс“ АД за откриване на производство по несъстоятелност на дружеството е образувано т. д. № 447/20 по описа на Софийски градски съд, с определение № 2 160 от 20.05.2020 г., постановено по делото, производството е спряно на основание чл. 629, ал. 3 ТЗ, както и че с определение от 09.06.2020 г. производството е прекратено, поради оттегляне на молбата за откриване, което обстоятелство е прието за безспорно.

Не се спори, а се установява и от доказателствата по делото, както и от извършената от първоинстанционния съд служебна справка по партидата на дружеството, че по молба с вх. № 37 770/21.04.2020 г. на кредитор на „Ню геймс“ АД е образувано т. д. № 669/20 г. по описа на Софийски градски съд, по което с решение № 260 017 от 06.01.2021 г. е обявена неплатежоспособност на „Ню геймс“ АД, определена е начална дата на неплатежоспособността – 27.02.20 г., открито е производство по несъстоятелност и е обявен в несъстоятелност, постановено е прекратяване на дейността на предприятието, постановена

е обща възбрана и запор върху имуществото на дружеството, прекратени са правомощията на органите на дружеството, постановено е започване на осребряване на имуществото на дружеството, включено в масата на несъстоятелността и разпределение на осребреното имущество. Със същото решение за временен синдик е назначен Т. Н., който видно от определение от 11.01.2021 г. е встъпил в правомощията на 11.01.2021 г.

Не се спори, а се установява и от приложения по делото документ, наименован „заявление за прихващане“, изготвен на 11.03.2020 г., адресиран от Кооперация „Панда“ до „Ню геймс“ АД, с изходяща дата 12.03.2020 г., че Кооперация „Панда“ е отправила изявление за прихващане на задължението си към „Ню геймс“ АД в размер на 12 190.60 лв. с вземането си към неплатежоспособния търговец в размер на 26 571.08 лв. до размера на по-малката сума, както и е направила изявление, че след извършеното прихващане, дължимата от неплатежоспособния сума е в размер на 13 280.48 лв.

Не се спори, а се установява и от съдържанието на отправеното изявление за прихващане, че задължението на Кооперация „Панда“ към неплатежоспособния в размер 26 571.08 лв. е формирано от извършено прихващане между двете дружества до размера на по-малкото, което прихващане е извършено с протокол № 9000000125/31.01.2020 г. за изплатени печалби и/или заменени билети за лотарийни игри „Национална лотария“, „Национална лотария-моменти игри“ и „Новолото“ в обекти на кооперацията, съгласно който страните по договора са прихванали вземанията и задълженията по протоколи № 9000000123, № 9000000124 и № 9000000125, всички с дата 31.01.2020 г. В изявлението е посочено, че вземането на „Ню геймс“ АД (н) към кооперацията в размер на 12 190.60 лв. е формирано от извършено прихващане между двете дружество до размера на по-малкото, извършено с протокол № 9000000129/17.02.2020 г. за изплатени печалби и/или заменени билети за лотарийни игри „Национална лотария“, „Национална лотария-моменти игри“ и „Новолото“ в обекти на кооперацията, съгласно който страните по договора са прихванали вземанията и задълженията по протоколи № 9000000127, № 9000000128 и № 9000000129, всички с дата 17.02.2020 г.

Не се спори, а се установява и от приложените протоколи, че с протокол № 9000000123/31.01.2020 г. страните са постигнали съгласие, че неплатежоспособния търговец има задължение към кооперацията в размер на 22 169.92 лв. От съдържанието на протокол № 9000000124/31.01.2020 г. се установява, че изплатените печалби по договора са в размер на 55 210 лв. Видно от протокол № 9000000125/31.01.2020 г. страните са постигнали съгласие, освен за стойността на заменените билети и изплатени печалби, да прихванат вземанията и задълженията си по протокол № 9000000123/31.01.2020 г., № 9000000124/31.01.2020 г. и № 9 000000125/31.01.2020 г., както и че задължението на кооперацията към „Ню геймс“ АД /н/ е в размер на 26 571.08 лв. Видно от протокол № 90000126/17.02.2020 г. страните са постигнали съгласие, че неплатежоспособния търговец дължи сумата от 4 152.60 лв., с протокол № 90000127/17.02.2020 г., че изплатените от кооперацията печалби по договора са в размер на 23 179 лв. Видно от протокол № 90000128/17.02.2020 г. страните са постигнали съгласие, че изплатените печалби са в размер

на 17 146 лв., а в протокол № 90000129/17.02.2020 г. страните са постигнали съгласие, освен стойността на изплатените печалби, да се прихванат вземанията и задълженията си по протокол № 90000126/17.02.2020 г., № 90000127/17.02.2020 г., № 90000128/17.02.2020 г. и протокол № 90000129/17.02.2020 г. В същият е отразено признание на неплатежоспособния търговец, че дължи на кооперацията сума в размер на 12 190.60 лв.

Не се спори, а се установява и от съдържанието на протоколите, че основанието за възникване на вземането на всяка от страните е договор за разпространение на билети за лотарийни игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моментни игри“ и „Новолото“. Видно от същото съдържание страните са посочили периода, в който в извършена продажбата на билетите, стойността на продадените или заменени билети или изплатени печалби, както и дата на съставянето им.

Не се спори, а се установява и от доказателствата по делото, че в протоколи с номера № 9000000123/31.01.2020 г. и № 90000126/17.02.2020 г. крайният период, посочен от страните, за продажбата на лотарийните билети съвпада с датата на съставянето на самите протоколи (в протокол № 9000000123/31.01.2020 г. страните са постигнали съгласие за броя и получените суми от продадените лотарийни билети за периода 01.01.20 г. - 31.01.20 г., а в протокол № 90000126/17.02.2020 г. за броя и сумите на продадените лотарийни билети за периода 01.02.20 г. - 17.02.20 г.).

От заключението на приетата по делото съдебно-счетоводна експертиза, както и от обясненията дадени от вещото лице в съдебно заседание, се установява, че задълженията по протоколите от 31.01.2020 г. и 17.02.2020 г. на всяка от страните, респективно извършените с тези протоколи прихващания, са отразени в счетоводствата и на двете дружества, като при неплатежоспособния счетоводните операции са описани на датите, посочени като дати на съставяне на протоколите, а при кооперацията осчетоводяването на прихващанията по протоколите е извършено няколко дни по-късно, след получаването на самите протоколи.

От правна страна:

При така установената фактическа обстановка съдът направи следните правни изводи:

Видно от обстоятелствената част и петитума на исковата молба ищецът е предявил иск с правно основание чл. 645, ал. 3 ТЗ за обявяване относителна недействителност по отношение кредиторите на несъстоятелността на извършено с изявление с изх. № 395/12.03.2020 г. прихващане на вземания на Кооперация „Панда“ по договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моменти игри“ и „Новолото“ в размер на 12 190.60 лв. съгласно протокол за прихващане № 90000129/17.02.2020 г. с негови насрещни задължения към „Ню Геймс“ АД (н) по същия договор в размер на 26 571.08 лв., съгласно протокол № 9000000125/31.01.2020 г. до размера на по- малкото.

С атакуваното решение № 272 от 27.02.2023 г., постановено по т. д. № 2

889/21 г. по описа на Софийски градски съд, Търговско отделение, 21 състав, съдът е отхвърлил предявения от синдика на „Ню геймс“ АД (н.) иск по чл. 645, ал. 3 ТЗ срещу „Ню геймс“ АД (н.) и Кооперация „Панда“ за обявяване на относителна недействителност по отношение на кредиторите на несъстоятелността на извършено с изявление изх. № 3 95/12.03.2020 г. прихващане на вземания на Кооперация „Панда“ по договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моменти игри“ и „Новолото“ в размер на 12 190.60 лв. съгласно протокол за прихващане № 90000129/17.02.2020 г. с негови насрещни задължения към „Ню геймс“ АД (н.) по същия договор в размер на 26 571.08 лв. съгласно протокол № 9000000125/31.01.2020 г. до размера на по-малкото, осъдил е „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 78, ал. 3 ГПК, на Кооперация „Панда“ направените разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1 435.20 лв. е ДДС и е осъдил „Ню геймс“ АД (н.) да заплати на основание чл. 649, ал. 6 ТЗ държавна такса в размер на 487.63 лв. по бюджетната сметка на Софийски градски съд.

Релевираните в жалбата доводи оспорват извода на съда, по отношение на изводите за наличието на предпоставките за уважаване на предявеният отменителен иск. Оспорени са изводите на съда по отношение на съществуването на договора за разпространение на билети, както и по отношение на момента на възникване на насрещните вземания и задължения за ответните страни, послужили като основание за предприемане на едностранни компесаторни действия, обективирани в процесното изявление изх. № 395/12.03.2020 г. В тази връзка твърди, че съдът е направил необосновани изводи, както и не е взел предвид оспорването на датата на съставянето на протоколите, в които са отразени съществуването на насрещните вземания.

По допустимостта и основателността на подадената жалба:

По отношение на допустимостта на подадената въззивна жалба, съдът намира, че същата е процесуално допустима, като подадена в установените от закона срокове и от упълномощено лице. Атакуваното решение е валидно и допустимо.

По отношение на наведените доводи за незаконосъобразност на решението, съдът намира, че същите са неоснователни по следните съображения:

Основна цел на производството по несъстоятелност е справедливото и съразмерно удовлетворяване на кредиторите на неплатежоспособния длъжник, както и създаването на условия за оздравяване на предприятието на длъжника. Правно средство за изпълнението на предвидените цели в това производство са исковете за попълване на масата на несъстоятелността, служеща за удовлетворяване на кредиторите. Това се изразява в създадения от законодателя институт на относителната недействителност на определени действия или сделки, чрез уредените в разпоредбата на чл. 645 - чл. 649 от ТЗ иски. С разпоредбата на чл. 645, ал. 3 и ал. 4 и чл. 646, ал. 2-8 от ТЗ законодателят е уредил група иски, наречени преферентни, които обхващат прихващанията, изпълнението на парични задължения и учредяването на вещни обезпечения, които създават преферентен ефект, т. е. тяхната цел е преодоляването на незаконосъобразното поставяне на определен кредитор в по-благоприятно положение, в сравнение с това, което същият би имал при разпределението на имуществото на длъжника по общия ред (чл. 722 от ТЗ). За целите на производството по несъстоятелност законодателят е предвидил възможност при изрично уредени предпоставки

да се оспорват по исков ред прихващания, за които може да се приеме, че са довели до накърняване на масата на несъстоятелността на длъжника в производство по несъстоятелност. Съгласно чл. 645, ал. 4 ТЗ, прихващането, извършено от длъжника след началната дата на неплатежоспособността, съответно свръхзадължеността, но не по-рано от една година преди подаването на молбата, е недействително по отношение на кредиторите на несъстоятелността, освен за частта, която кредиторът би получил при разпределението на осребреното имущество, независимо от това, кога са възникнали двете насрещни задължения. В случай, че прихващането е извършено от кредитор на длъжника, то може да бъде обявено за недействително по отношение на кредиторите на несъстоятелността, ако кредиторът е придобил вземането и задължението си към длъжника преди датата на решението за откриване на производство по несъстоятелност, но към момента на придобиването на вземането или задължението е знаел, че е настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост, или че е поискано откриване на производство по несъстоятелност - чл. 645, ал. 3 ТЗ. Предявяването на иск по чл. 645 ТЗ за обявяване на прихващането за недействително по отношение на кредиторите на несъстоятелността е правомощие на синдика, което трябва да бъде упражнено пред съда по несъстоятелност в преклузивен срок, посочен в чл. 649, ал. 1 ТЗ - една година от откриване на производството по несъстоятелност, съответно от момента на обявяване на решението по чл. 632, ал. 2 ТЗ; Ако прихващането е извършено след датата на решението за откриване на производство по несъстоятелност, срокът тече от извършване на прихващането. При бездействие на синдика иск по чл. 645 ТЗ може да бъде предявен от всеки кредитор на несъстоятелността в срока по чл. 649, ал. 1 ТЗ. Съгласно чл. 649, ал. 2 ТЗ, едновременно с исковете по чл. 645 ТЗ синдикът, съответно кредиторът, може да предяви и обусловените от тях осъдителни искове за попълване на масата на несъстоятелността с вземанията, предмет на оспореното прихващане. Попълването на масата на несъстоятелността е крайната цел, за чието постигане са уредени исковете по чл. 645 ТЗ, и тя е определяща за наличието на правен интерес от тяхното предявяване и поддържане пред съда.

Разпоредбите на чл. 645, ал. 4 и, ал. 3 ТЗ уреждат обичайната хипотеза на прихващане, извършено чрез едностранно изявление на длъжника, съответно на кредитора, в която за обявяване на прихващането за недействително по отношение на кредиторите на несъстоятелността е достатъчно да се докажат елементите от фактическия състав на съответната разпоредба, квалифицираща прихващането като недействително спрямо кредиторите. Вследствие уважаването на иска по чл. 645, ал. 3 или, ал. 4 ТЗ се заличава погасителният ефект на прихващането и вземането/вещта, предмет на прихващане, подлежи на връщане в масата на несъстоятелността по повод на предявен от синдика, а при негово бездействие - от всеки кредитор на несъстоятелността, осъдителен иск.

По своето естество прихващането, чиято правна уредба се съдържа в чл. 103 - чл. 105 ЗЗД, е способ за погасяване на насрещни еднородни задължения за пари или заместими вещи. По правило прихващането може да се извърши с едностранно изявление на всяко от задължените лица, което при извънсъдебното прихващане има безусловен характер,

и ако вземането на прихващания (т. н. активно вземане) е ликвидно и изискуемо, с достигане на изявлението до насрещната страна в правоотношението двете насрещни вземания се погасяват с обратно действие до размер на по-малкото от тях, съгласно чл. 104, ал. 2 ЗЗД (в този см. т. 1 от съобразителната част на Тълкувателно решение № 2/2020 от 18.03.2020 г. по тълк. д. № 2/2020 г. на ОСГТК на ВКС). В този см. е и разрешението дадено в решение № 50 015 от 26.06.2023 г., постановено по т. д. № 2 739/21 г., по описа на Т.К., II Т.О. на ВКС.

В конкретния случай, видно от обстоятелствената част и петитума на исковата молба, както и от направените уточнения от ищеца същият е предявил иск с правно основание чл.645, ал. 3 от ТЗ, като е поискал от съда да постанови решение, с което да обяви за относително недействително по отношение на кредиторите на масата на несъстоятелността на „Ню геймс“ АД (н) на извършено с изявление изх. № 395/12.03.2020 г. прихващане на вземания на Кооперация „Панда“ по договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моменти игри“ и „Новолото“ в размер на 12 190.60 лв. съгласно протокол за прихващане № 90000129/17.02.2020 г. с негови насрещни задължения към „Ню геймс“ АД (н.) по същия договор в размер на 26 571.08 лв. съгласно протокол № 9000000125/31.01.2020 г. до размера на по-малкото от тях. Предвидените от законодателя кумулативни предпоставки за основателност на така предявеният иск са: прихващето да е извършено от кредитор на длъжника, кредиторът е придобил вземането и задължението си към длъжника преди датата на решението за откриване на производство по несъстоятелност, както и наличието на знание у кредитора, че към момента на придобиването на вземането или задължението е настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост, или че е поискано откриване на производство по несъстоятелност. Така предвидените от законодателя предпоставки са кумулативни, с изключение на знанието за настъпила неплатежоспособност или искането за откриване на производство по несъстоятелност, които са алтернативни. В конкретния случай, ведно от обстоятелствената част на исковата молба ищецът е навел твърдения за наличието на знание, обосновано както от фактическото състояние на длъжника, така и от наличието на знание за поисканото откриване на производство по несъстоятелност за длъжника.

По отношение на наличието на първата предпоставка съдът намира, че същата е налице, тъй като видно от неоспорените от страните доказателства прихващането е извършено от кредитор на длъжника. Налице е и втората предпоставка за уважаването на така предявеният иск, тъй като кредиторът на длъжника е придобил вземането и задълженията си преди датата на решението на откриване на производство по несъстоятелност. Видно от доказателствата по делото датата на решението за откриване на производство по несъстоятелност е 06.01.21 г., а отправеното изявление за прихващане е направено на 11.03.20 г., за което не се спори между страните по делото. Придобиването на вземанията и задълженията е извършено с протоколи № 9000000125 от 31.01.20 г. и протокол № 90000000129 от 17.02.20 г. В тази връзка като неоснователно следва да се

възприеме наведеното твърдение за незаконосъобразност на изводите на първоинстанционния съд по отношение на датата на съставянето на процесните протоколи, в които са отразени вземанията и задълженията между страните. Ищецът е навел твърдения, че така представените по делото протоколи са съставени на друга дата, което се основава на описаните в тях протоколи за изплатени печалби. Безспорно, видно от самите протоколи в табличния вид са отразени протоколи с дати следващи датата на съставянето на двата оспорени протоколи, но в постигнатото между страните съгласие за извършване на прихващания, изразено в словна форма са посочени протоколи, които не са съставени след датата на така оспорените протоколи. Неоснователно е второто наведено твърдение за незаконосъобразност на изводите на първоинстанционния съд, че ответникът не е ангажирал доказателства във връзка с направеното оспорване. Видно от заключението на назначената и изслушана пред първоинстанционния съд съдебно-счетоводна експертиза процесните протоколи, установяващи размера на вземанията и задълженията на страните са отразени в счетоводствата и на двете дружества, като при неплатежоспособния длъжник счетоводните операции са описани на датите, посочени като дати на съставяне на протоколите, а при кооперацията осчетоводяването на прихващанията по протоколите е извършено няколко дни по-късно, след получаването на самите протоколи. С оглед на това настоящият състав споделя изводите на първоинстанционния съд, че по делото не са ангажирани годни доказателства, разколебаващи изводите относно датата на съставянето на оспорените протоколи, т.е. наведените твърдения за тяхното антидатиране са неоснователни.

Не е налице последната предпоставка за уважаването на така предявеният иск - знанието у кредитора, че към момента на придобиването на вземането или задължението е настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадълженост, или че е поискано откриване на производство по несъстоятелност. Видно от обстоятелствената част на исковата молба ищецът релевира доводи за наличието на знание у кредитора с активното вземане на настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадължнялост изведени от основния и единствен предмет на дейност „организиране на хазартни игри“. Съпоставен с извършените законодателни промени, по силата на който лиценза на дружеството е отнет, както и от дата на предявяване на първата молба за откриване на производство по несъстоятелност, въззивникът е извел извод за наличието на знание. Настоящият състав споделя изводите на първоинстанционния съд относно липсата на този елемент от фактическия състав на разпоредбата на чл.645, ал. 3 от ТЗ. Знание за настъпила неплатежоспособност, съответно свръхзадължнялост по смисъла на цитирания текст на закона не може да бъде обосновано със знание на прихващания кредитор за настъпилите промени (законодателни), довели до отнемането на лиценза на дружеството, тъй като знанието за настъпила неплатежоспособност не би могла да се приравни на наличие на състояние на неплатежоспособност на търговско дружество. Знанието на извършващия прихващане кредитор, че в резултат на законодателни промени, влезли в сила след изявлението за прихващане не следва да бъде разглеждано като знание за настъпила неплатежоспособност/свръхзадължнялост по смисъла на чл. 608 от ТЗ. Под "знание за неплатежоспособност/свръхзадължнялост" в хипотезиса на чл. 645, ал. 3 и ал. 4 от ТЗ следва

да се разбира узнаване на обективизирано от самия търговец изявление за състояние на неплатежеспособност, отправено до компетентен орган, каквото би могло да бъде подаването на молба от длъжника за откриване на производство по несъстоятелност. В конкретния случай дори да се приеме, че е налице такова изявление, изхождащо от самото дружество за наличието на обективно състояние на неплатежеспособност, обективизирано в подадената молба за откриване на производство по несъстоятелност, то същото изявление е отправено след датата на придобиването на вземанията и задълженията, тъй като е направено на 27.02.20 г., видно от доказателствата по делото. Не следва да се приема като съществуваща и алтернативна субективна предпоставка придобиване на вземанията и задълженията да е извършено след поискването откриването на производство по несъстоятелност по изложените по-горе мотиви относно датите на придобиване и подаването на молбата за откриване на производство по несъстоятелност. Не на последно място следва да се отбележи, че във всички случаи предвиденият от законодателя субективен елемент подлежи на пълно главно доказване от ищеца, чрез всички допустими доказателствени средства. По делото не са направени други твърдения от ищеца, както и не са ангажирани други доказателства, от които да бъде направен извод, разколебаващ извода на настоящия състав, че не е налице субективната предпоставка за уважаването на така предявеният иск.

Като неоснователно следва да се възприеме и другото наведено основание за незаконосъобразност на изводите на съда по отношение на съществуването на правоотношение между страните, а именно непредставянето на сключеният договор за продажба и разпространение на лотарийни билети. Спазването на установената от закона форма е регламентирано в разпоредбата на чл. 26, ал. 2 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД), като едно от условията за действителност на сделките. Изхождайки от правоотношенията, които се регулират настоящият състав намира, че сключеният договор между страните, наименован „договор за разпространение на билети за лотарийните игри „Национална лотария“, „Национална лотария - моменти игри“ и „Новолото“ е консенсуален, двустранен, възмезден и неформален. От събраните по делото доказателства (двустранно подписани протоколи) може да се направи извод, че сключеният договор притежава белези на комисионен, тъй като ответникът е поел задължението да разпространява, вкл. да продава и изплаща печалби на участниците в лотарийните игри срещу заплащане на комисионна в размер на 9% от номиналната стойност на продадените билети (протокол от 17.02.2020 г. (стр. 48 от първоинстанционното дело). Комисионният договор е сключен с постигане на съгласие между страните, което не е необходимо да бъде облечено във форма за действителност. Установяването на съществуването му може да бъде доказано в процеса с всички допустими от процесуалния закон средства. Събраните по делото доказателства (двустранно подписани протоколи) са годни доказателства за установяване на волята на страните по отношение на основните елементи на този договор. С оглед на изложеното настоящият състав намира, че въведеното възражение за липса на доказателства относно наличието на възникнало между двамата ответници правоотношение е неоснователно.

С оглед на изложеното и предвид липсата на една от предпоставките за основателност на предявеният отменителен иск (субективния елемент) настоящият състав намира, че така предявеният иск е неоснователен. В останалата част следва да се споделят мотивите на първоинстанционния съд.

По отношение на разноските съдът намира, че такива се дължат на въззиваемата страна Кооперация „Панда“, а на основание чл.649, ал.6 от ТЗ разноски се дължат и в полза на Софийски апелативен съд. Ето защо съдът намира, че ответникът търговско дружество следва да бъде осъден да заплати сумата от 1 792.80 лв., представляваща разноски за един адвокат, а в полза на Софийски апелативен съд да заплати сумата от 243.82 лв.

Водим от гореизложеното Софийски апелативен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 272 от 27.02.2023 г., постановено по т. д. № 2 889/21 г. по описа на Софийски градски съд, Търговско отделение, 21 състав, като **законосъобразно и правилно**.

ОСЪЖДА „Ню геймс“ АД (н.), ЕИК 203648851 **да заплати** на Кооперация „Панда“, ЕИК 000885099 сумата от 1 792.80 (хиляда седемстотин деветдесет и два лв. и осемдесет ст.), представляваща разноски за адвокатско възнаграждение през настоящата инстанция, а в полза на Софийски апелативен съд **да заплати** на основание чл.649, ал.6 ТЗ държавна такса в размер на 243.82 (двеста четиридесет и три лв. и осемдесет и две ст.) лв., представляващи размера на дължимата държавна такса.

Решението подлежи на касационно обжалване, при наличието на основанията на чл. 280, ал. 1 от ГПК, пред Върховния касационен съд в едномесечен срок от уведомяването на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____