

НЕЗАЯВЯВАНЕ НА НЕПЛАТЕЖОСПОСБНОСТ ОТ УПРАВИТЕЛЯ НА ТЪРГОВСКО ДРУЖЕСТВО КАТО ОСНОВАНИЕ ЗА НОСЕНЕ НА НАКАЗАТЕЛНА ОТГОВОРНОСТ – ПРАКТИЧЕСКИ ПРОБЛЕМИ

Мартин Захариев

Адв. Енчо Симеонов, старши адвокат в „Димитров, Петров и Ко.“

Незаявяването на неплатежоспособност от управителя на търговско дружество е престъпление по чл. 227б, ал. 2 вр. ал. 1 от Наказателния кодекс (НК)ⁱ. Систематичното място на този състав е в глава шеста, раздел Ia от Особената част на НК, озаглавен „Престъпленията против кредиторите“. Родовият обект на тези престъпления са обществените отношения, свързани със защитата на интересите на кредиторите при осъществяването на търговска дейност, в т.ч. и на интереса им от съвременното започване, провеждане и приключване на производството по несъстоятелност като способ за тяхното удовлетворяване.

Разглежданата проблематика е особено актуална в наши дни, защото производствата по несъстоятелност като форма на принудително изпълнение срещу длъжниците са все по-често явление. Тази тенденция от своя страна поставя въпроса за ефективната реализация на наказателната отговорност по реда на чл. 227б и сл. НК. Това е една от юридическите гаранции за законосъобразното поведение на длъжниците и техните управители и представители спрямо кредиторите в производството по несъстоятелност.

Независимо от тяхната значимост обаче голяма част от съставите в раздела „Престъпления против кредиторите“, в т.ч. и съставите по чл. 227б НК, са формулирани по такъв начин, че прилагането им на практика е сериозно затруднено, а в някои случаи дори невъзможно. Наред с това, самата материя носи в себе си известни специфики, изискващи от правоприлагащия орган задълбочено познаване не само на наказателното, но и на търговското право. Редица състави съдържат бланкетни норми, препращащи към Търговския закон (ТЗ) относно начина на функциониране на търговските дружества и реда за провеждане на производството по несъстоятелност, което създава допълнителни трудности при прилагането на посочените състави. В допълнение към изложеното трябва да се отчете и фактът, че в исторически план законодателните промени в чл. 227б, ал. 2 вр. ал. 1 НК не са довели до прецизиране на уредбата. Те са свързани единствено със срока, в който трябва да се заяви неплатежоспособността и размера на санкцията по ал. 1. Това означава, че законодателната техника при формирането на чл. 227б, ал. 2 НК, изразяваща се в препращането към ТЗ, остава непроменена през годините. Последователната позиция на законодателя при измененията на чл. 227б НК не предвещава и никакви концептуални промени в близко бъдеще при използвания подход. Всичко това поставя необходимост от извършването на критичен преглед на действащите разпоредби и практиката по тяхното прилагане.

Настоящото изложение има за цел да бъдат изследвани някои проблеми, свързани конкретно със състава по чл. 227б, ал. 2 НК – незааявяване на неплатежоспособност от управителя на търговско дружество в срок. Това е изключително често срещана хипотеза в практиката, доколкото търговските дружества (в частност

дружествата с ограничена отговорност - ООД, и акционерните дружества - АДⁱⁱ) са най-разпространената форма за осъществяване на търговска дейност. Самата формулировка на алинеи 1 и 2 на чл. 227б НК обаче съдържа редица неясноти, които затрудняват прокуратурата и съдилищата. От инкриминирането на деянията в глава шеста, Раздел Ia от НК през 1996 г. до наши дни съдебната практиката е противоречива по много въпроси, свързани както с обективната, така и със субективната страна на това престъпление. Ето защо, в следващите редове ще се спрем на някои от по-спорните моменти и на възможните им решения при тълкуването на чл. 227б, ал. 2 НК.

На първо място, проблеми възникват във връзка с изясняването на елементите от **обективната страна** на престъплението. От обективна страна съставът изисква бездействие, което да продължи определен период. Изпълнителното деяние на въпросния състав се изразява в непоискване пред компетентния съд на откриване на производство по несъстоятелност спрямо търговското дружество, изпаднало в неплатежоспособност. Това бездействие трябва да е продължило и след изтичане на предвидения в разпоредбата 30-дневен срок.

Съдебната практика обаче не е единна по въпроса в кой момент изпълнителното деяние следва да се смята за осъществено, а престъпленията по чл. 227б, ал. 1, и чл. 227б, ал. 2 НК – за довършени. Някои от решенията приемат, че 30-дневният срок за заявяване следва да се брои **от началната дата на неплатежоспособността**. В този смисъл и Решение на ВКС № 312 от 16.05.2003 г. по н. д. № 88/2003 г., II н. о., съгласно което *„Със ЗИДНК (ДВ, бр. 107/17.12.1996 г.) бе приет нов текст по чл. 227б НК, с който се предвижда наказателна отговорност за търговец, изпаднал в неплатежоспособност и не уведомил съда в 15-дневен срокⁱⁱⁱ за това си състояние“*. Други съдилища изчисляват този срок, считано **от момента, в който дружеството е спряло плащанията**. В Решение на ВКС № 172 от 12.04.2001 г. по н. д. № 107/2001 г. II н. о. съдът е приел, че *„в наказателното право тя [неплатежоспособността] се предполага винаги, когато длъжникът преустанови плащанията. От този момент за него възниква задължението да уведоми за това съда.“*

Проблемът е, че между тези два момента може да съществува разлика и ако такава разлика е налице, пред прокурора се поставя въпросът кой от двата момента да се посочи в обвинителния акт. Ако изводът на прокурора не съвпадне с този на съда, ще бъде постановена оправдателна присъда, защото дори да има престъпление, то не е извършено на инкриминираната от прокурора дата. Поради тази причина за това престъпление ще липсва надлежно обвинение. Ето защо, доколкото наказателният съд се произнася по фактите такива, каквито ги твърди прокурорът в обвинителния акт и не може да излиза извън тях, съдът няма да има друга възможност освен да оправдае подсъдимия.

Друг проблем, свързан със спирането на плащанията, е фактът, че в търговското право то е основание за презюмиране на неплатежоспособността съгласно чл. 608, ал. 2 ТЗ. Презумпциите в наказателния процес обаче са недопустими, т.к. съгласно чл. 303, ал. 1

НПК *„Присъдата не може да почива на предположения.“*. Ето защо, при изследване на въпроса дали търговецът е неплатежоспособен, наказателният съд не може да се позове на презумпцията за спрените плащания като външен признак за неплатежоспособност. Това разбиране се подкрепя от Решение на ВКС № 183 от 05.06.2001 г. по н. д. № 121/2001 г., III н. о. В него ВКС приема, че *„Изясняването на тези елементи [безспорността и изискуемостта на задълженията при тълкуването на неплатежоспособността като елемент от обективната страна на престъпния състав] е въпрос от фактическо естество и не търпи презумптивния подход, вложен в чл. 608а, ал. 3, т. 2 ТЗ, според който тя се предполага от момента на спиране на плащанията“*. В такъв случай е спорно разрешението на законодателя да предвиди в чл. 227б, ал. 1 и 2 НК началният срок, след изтичането на който може да се търси наказателна отговорност за незаявяване на неплатежоспособност, да тече от спирането на плащанията.

Вероятно идеята, вложена в закона е, че спирането на плащанията е видим и лесно установим от управителя на търговското дружество (респ. от едноличния търговец по чл. 227б, ал. 1 НК) признак. А началната дата на неплатежоспособността се установява след финансово-икономически анализ, за който са необходими специални икономически знания. В този смисъл разсъждава и съдът в Решение № 674 от 5.7.2011 г. по н. д. № 333/2010 г. на Софийски градски съд (влязло в сила): *„наказателноправната закрила на обществените отношения за своевременно образуване на производство по несъстоятелност за неплатежоспособните търговци на практика е изтеглена към по-късния момент, а именно спирането на плащанията (виж чл. 608, ал. 2 от ТЗ). Този подход на „закъснялата“ защита се критикува от част от наказателноправната доктрина, но подобно разрешение може аргументирано да се обясни с обстоятелството, че спирането на плащанията е ясно установим и видим момент за разлика от по-ранния момент на изпадането на обективното състояние на невъзможност на изпълнение на изискуеми парични задължения, който се установява изключително трудно и то единствено по косвен път“*.

Още повече, че настоящата редакция на чл. 227б, ал. 2 НК трябва да се тълкува корективно - не всяко спиране на плащанията е основание за носене на наказателна отговорност, а онова спиране, което е резултат от настъпилата неплатежоспособност. Ето защо, управителят под страх от наказателна отговорност, трябва да положи дължимата грижа, за да прецени дали спирането на плащанията е резултат от неплатежоспособност или е резултат от временни затруднения, и ако е налице първата хипотеза - в законоустановения срок от спиране на плащанията да подаде молба за откриване на производство по несъстоятелност пред компетентния съд.

В допълнение към горните разсъждения при сравнителен анализ се установява, че **текстът на НК се отклонява от правилото на чл. 62б, ал. 1 ТЗ**. Нормата в ТЗ предвижда, че молбата за откриване на производство по несъстоятелност трябва да се подаде от длъжника в 30-дневен срок от неплатежоспособността респ. свръхзадължеността. Ето защо, след като законодателят е преценил, че може да вмени

на едноличните търговци задължението да следят кога изпаднат в неплатежоспособност, мислимо е такова задължение да се вмени и на управителите на търговските дружества. Още повече, че състоянието на неплатежоспособност се установява чрез изчисляването на определени финансово-икономически показатели, сред които с най-голямо значение са коефициентите на ликвидност. А изчисляването на коефициентите за ликвидност е по силите на всеки счетоводител, който би следвало да информира управителя когато стойностите им се отклонят от допустимите норми и индикират проблеми с платежоспособността. Ето защо, в бъдеще би могло да се постигне синхронизиране на текста на чл. 227б, ал. 1 и 2 НК с текста на чл. 626, ал. 1 ТЗ и началният срок за заявяване и в двата случая да тече от изпадането в неплатежоспособност.

Друг въпрос, който получава различни отговори в практиката (а и в теорията), е този от кой момент започва да тече **давността** за престъпленията по чл. 227б, ал. 1 и 2 НК. Едни състави на ВКС приемат, че давността започва да тече от изтичането на 30-дневния срок за заявяване на неплатежоспособността, когато престъплението е довършено (Решение на ВКС № 312 от 16.05.2003 г. по н. д. № 88/2003 Г., II н. о., Решение на ВКС № 566 от 13.10.2004 г. по н. д. № 173/2004 г., I н. о., Решение на Софийски градски съд по ВНЧД № 2812 от 2011 г, наказателна колегия, V-ти въззивен състав и др.).

Други състави приемат, че престъпленията по чл. 227б НК са продължени престъпления (Решение на ВКС № 172 от 12.04.2001 г. по н. д. № 107/2001 г. II н. о. и Решение на ВКС № 637 от 19.12.2000 г. по н. д. № 588/2000 г., II н. о.) и поради това началният момент, от който тече давността за тях, е моментът на преустановяване на противоправното бездействие, т.е. моментът на заявяване на неплатежоспособността пред компетентния съд.

На следващо място, в чл. 227б, ал. 2 НК **законодателят инкриминира незаявяването на неплатежоспособност, но не и на свръхзадълженост на търговското дружество.** Свръхзадължеността по силата на чл. 607а, ал. 2 ТЗ е второто основание за откриване на производство по несъстоятелност. Съгласно чл. 607а, ал. 2 вр. 742, ал. 1 ТЗ това основание е приложимо само за дружества с ограничена отговорност, акционерни дружества и командитни дружества с акции. Отчитайки факта, че субекти на престъплението по чл. 227б, ал. 2 НК са лицата, които управляват и представляват търговски дружества и кооперации (вж. по-долу за отделните субекти на състава), не е ясно защо законодателят е изключил незаявяването на свръхзадълженост от основанията за носене на наказателна отговорност. Още повече, че несвоевременното откриване на производство по несъстоятелност е еднакво увреждащо за интересите на кредиторите, независимо дали става въпрос за неплатежоспособност или свръхзадълженост. А както посочихме, целта на криминализирането на определени деяния като „Престъпления против кредиторите” е да се въздейства превантивно спрямо всяко недобросъвестно поведение, засягащо интересите на кредиторите при осъществяване на търговската им дейност. Ето защо, това е още един недостатък на настоящата уредба в чл. 227б, ал. 2 НК, за чието отстраняване може да се помисли в бъдеще.

Следващият проблем, който възниква при прилагането на чл. 227б, ал. 2 НК, е свързан със **субектите на състава**. Субекти на престъплението са „лицата, които управляват и представляват търговско дружество или кооперация“. От тази лаконична формулировка обичайно в съзнанието на всеки на преден план изникват фигурите на управителя на ООД и на изпълнителния директор на АД. В действителност обаче кръгът от възможните субекти на наказателна отговорност по този състав е доста широк. Сред възможните субекти на чл. 227б, ал. 2 НК са:

1. управителят на дружество с ограничена отговорност, който представлява търговското дружество на основание чл.141, ал. 2 ТЗ;
2. едноличният собственик на капитала на еднолично дружество с ограничена отговорност, в хипотезата, в която управлява и представлява дружеството лично на основание чл.147, ал. 1 ТЗ;
3. изпълнителният директор на акционерно дружество (на основание чл.244, ал. 4 ТЗ) и на командитно дружество с акции (на основание чл. 253, ал. 2 вр. чл. 256 ТЗ);
4. неограничено отговорните съдружници в събирателно дружество, на които е възложено управлението и представителството, а ако такова не е възложено на отделни лица – всички съдружници на основание чл. 84 и чл. 89 ТЗ;
5. неограничено отговорните съдружници в командитно дружество на основание чл. 105 ТЗ;
6. председателят на кооперацията на основание чл. 26, ал. 2, т. 1 и ал. 3 от Закона за кооперациите (ЗК);
7. ликвидаторите на търговско дружество на основание чл. 266, ал. 6 ТЗ и чл. 269 ТЗ;
8. ликвидаторите на кооперация на основание чл.43, ал. 1 ЗК.

Особени проблеми в практиката предизвиква и **въпросът дали за да се търси наказателна отговорност от управителя (представителя) е нужно изрично възлагане за заявяването, направено от колективния орган за управление на дружеството (кооперацията).**

Едни състави приемат, че **е необходимо да е налице изрично решение от страна на колективния орган на управление на търговското дружество или кооперацията, респективно от едноличния собственик на капитала, за откриване на производство по несъстоятелност**. Основният аргумент в полза на това разбиране е, че решението за откриване на производство по несъстоятелност може да доведе до прекратяване на дружеството. А на основание чл. 154, ал. 1, т. 2 ТЗ (при дружеството с ограничена отговорност) и чл. 221, т. 3 ТЗ (при акционерното дружество) вземането на такова решение е от компетентността на общото събрание на съответните дружества. Още повече, че при ООД чл. 154, ал. 1, т. 2 ТЗ изисква квалифицирано мнозинство на съдружниците, притежаващи $\frac{3}{4}$ от капитала, а при АД чл. 227, ал. 2 ТЗ изисква на общото събрание за вземането на решение за прекратяване на дружеството да бъде представен поне половината от капитала. В този смисъл са и Решение на ВКС № 431 от 15.06.2004 г.

по н. д. № 1064/2004 г., II н. о.; Решение на ВКС № 528 от 15.02.2002 г. по н. д. № 503 от 2001 г., I н. о.

В някои решения българските наказателни съдилища достигат до още по-крайни заключения, приемайки, че е нужно решение на едноличния собственик на капитала на ЕООД за откриване на производство по несъстоятелност, с което да бъде овластен управителят, дори и в случаите в които едноличният собственик и управителят са едно и също физическо лице. До такъв извод са достигнали съдилищата в Присъда № 359 от 6.11.2013 г. по н. д. № 2929/2013 г. на НО XIII възз. състав на Софийски градски съд, Решение № 1362 от 6.12.2012 г. по н. д. № 6245/2011 г. на НО XIII възз. състав на Софийски градски съд, Решение № 674 от 5.7.2011 г. по н. д. № 333/2010 г. на Софийски градски съд.

В противовес на тази практика, други състави приемат, че **изрично решение на едноличния собственик на капитала не е необходимо, ако той е и управител на дружеството**. В тази насока разсъждава съдът в Решение № 1102 от 1.11.2011 г. по н. д. № 3416/2010 г. на Софийски градски съд (влязло в сила): *„В настоящия случай обаче подсъдимият има качеството на едноличен собственик на капитала в еднолично дружество с ограничена отговорност и в това си качество сам решава въпросите от компетентността на общото събрание, чийто персонален състав се изчерпва с неговото участие. В същото време подсъдимият управлява и представлява дружеството, чийто едноличен собственик е той. В този смисъл субектът, за който по силата на ТЗ възниква задължението за взимане на решение за подаване на молба пред съда за откриване на производство по несъстоятелност и едновременно с това задължението да изпълни това решение, съпада в лицето именно на подсъдимия. От друга страна следва да се отбележи, че писмената форма за обективизиране на решенията на едноличния собственик на капитала на едноличното дружество с ограничена отговорност, предвидена в чл. 147, ал. 2 от ТЗ, не е форма за тяхната действителност.“*

В някои решения ВКС приема, че **не е необходимо и решение на общото събрание на съответното дружество за откриване на производството по несъстоятелност**, защото задължението за заявяване произтича непосредствено от закона, не е производно и е свързано с качеството управител/представител на неизправното дружество. В този смисъл са Решение на ВКС № 432 от 13.05.2005 г. по н. д. № 1010/2004 г., III н. о, Решение на ВКС № 217 от 09.05.2003 г. по н. д. № 841/2002 г., II н. о. и др.).

Разбирането, че решение на общото събрание или на едноличния собственик на капитала не е необходимо за търсенето на наказателна отговорност по чл. 227б, ал. 2 НК следва да получи подкрепа. Немислимо е да се иска решение на едноличния собственик на капитала за откриване на производство по несъстоятелност, ако той е и управител на съответното дружество. Подобно тълкуване би ни изправило пред следния парадокс: законодателят инкриминира бездействието при заявяването на неплатежоспособност на управителите под страх от наказателна отговорност, но

едновременно с това същият този управител може да се освободи от отговорност, позовавайки се на друго свое бездействие - неприемането на решение за откриване на производство по несъстоятелност в друго свое качество – на едноличен собственик на капитала. Това би открило много удобен път за заобикаляне на състава на чл. 227б, ал. 2 НК. А това е в разрез с цялата концепция, залегнала в създаването на престъпленията по глава шеста, Раздел Ia от Особената част на НК. Едва ли законодателят е целял подобен абсурден от правна и логическа страна резултат. Очевидно е, че тълкуване на разпоредбата на чл. 227б, ал. 2 НК, което изисква като предпоставка за съставомерност на деянието субектът да бъде изрично овластен от съответния орган на дружеството да подаде молба за откриване на производство по несъстоятелност, води до абсурдни от правна и житейска страна резултати (т.нар. *reductio ad absurdum*). Следователно това тълкуване е неправилно и следва да бъде изоставено.

Освен в разгледания частен случай на съчетаване на качествата „едноличен собственик на капитала” и „управител”, подобно овластяване не е необходимо и когато се касае за ООД или АД. Използвания в съдебната практика довод, че такова овластяване е необходимо, защото производството по несъстоятелност е идентично като резултат с прекратяването на дружеството, за което чл. 154, ал. 1, т. 2 и чл. 252, ал. 1, т. 1 ТЗ изискват решение на общото събрание, е неиздържан. Производството по несъстоятелност наистина **може да доведе до прекратяване и заличаване на дружеството**, но това не е единствената и задължителна последица от това производство. Тази процедура **може да приключи и по други начини** – съдът може да не приеме, че дружеството е неплатежоспособно и изобщо да не постанови решение за откриване на производството по несъстоятелност по чл. 630 ТЗ, производството по несъстоятелност може да бъде прекратено с решение по чл. 707, ал. 1 ТЗ след приемане на оздравителен план, възможно е да се сключи извънсъдебно споразумение с кредиторите по реда на чл. 740 и сл. ТЗ.

Търговският закон познава и други основания за прекратяване на едно търговско дружество, в които прекратяването не зависи от волята на общо събрание. Няма никакво основание наказателният съд да търси такава воля при условията на чл. 227б, ал. 2 ТЗ, тъй като съставът не съдържа такова изискване и тъй като телеологичното тълкуване на разпоредбата категорично го изключва. Чл. 227б, ал. 2 ТЗ създава самостоятелно задължение за управителя, каквото чл. 626 ТЗ не съдържа. В чл. 626 ТЗ задължението е на търговеца, а не на управителя. Освен това „привнасянето” на изискването за решение на общото събрание в състава на чл. 227б, ал. 2 НК би компрометирало целта на тази разпоредба. Разпоредбата би изгубила твърде много от регулативния си потенциал и от практиеското си значение, ако бъде ограничена само до случаите, в които управителят бездейства, въпреки че има решение на общото събрание, което го овластява и задължава да подаде молба за откриване на производство по несъстоятелност. Твърде нереално би било да приемем, че целта на законодателя е била да накаже управителя за такова неизпълнение на решение на общото събрание. За такова неизпълнение е предвидена друга отговорност – тази, която управителят носи пред дружеството за неизпълнение на решенията на общото

събрание. Предвид факта, че общото събрание винаги може да преодолее това бездействие на управителя като го смени с друг, изглежда лишено от правна логика законодателят да е създал и наказателноправен механизъм за да гарантира постигането на същия резултат.

Далеч по-разумно изглежда разбирането, че разпоредбата на чл. 227б, ал. 2 НК създава едно безусловно задължение за лицето, което има непосредствен поглед върху състоянието на предприятието на търговеца, да защити интересите на настоящите и на потенциалните кредитори на този търговец като обяви състоянието на неплатежоспособност, независимо дали собственикът на капитала е дал разрешение за това или не. Противното означава да поставим защитата на кредиторите на този търговец в зависимост от волята на съдружниците и акционерите. Това е крайно неразумно, тъй като по ред юридически и бизнес причини тези лица нямат интерес да заявят състоянието на неплатежоспособност и биха се стремели да забавят разкриването му максимално дълго.

Горният проблем е поставен на вниманието на ВКС с оглед правомощията му по чл. 124 от Конституцията и очаква своето решение. По искане на главния прокурор на Република България е образувано тълкувателно дело № 5/2014 г. по въпроса: *Следва ли да се ангажира наказателната отговорност по чл. 227б, ал. 2 от Наказателния кодекс на управителя и представителя на търговско дружество или кооперация, ако не му е възложено изрично от колективен орган на управление на търговското дружество или кооперация да поиска от съда да открие производство по несъстоятелност в 30-дневен срок от спиране на плащанията от управляваното и представлявано дружество и кооперация и не изпълни това задължение?*

Произнасянето на ВКС с тълкувателно решение този въпрос, ще покаже дали разпоредбата на чл. 227б, ал. 2 НК ще се превърне в ефективно действаща правна норма или ще бъде един „мъртъв“ текст, лишен от практическо значение. В условията на икономическа криза и огромна междуфирмена задлъжнялост значението на престъплението по чл. 227, ал. 2 НК става все по-голямо. Несъмнено ефективното прилагане на тази разпоредба от НК би изиграло ролята на стимул за добросъвестно поведение от страна на търговците и техните управители и представители и би допринесло за гарантиране на интересите на всички кредитори. А за да бъде ефективно в постигане на посочените цели, правоприлагането трябва да резултира в последователна и безпротиворечива съдебна практика.

ⁱ **Чл. 227б.** (1) (Изм. - ДВ, бр. 85 от 1998 г., бр. 75 от 2006 г.) Търговец, който изпадне в неплатежоспособност и в 30-дневен срок от спиране на плащанията не заяви това пред съда, се наказва с лишаване от свобода до три години или с глоба до пет хиляди лева.

(2) (Изм. - ДВ, бр. 26 от 2010 г.) С наказанието по ал. 1 се наказват и лицата, които управляват и представляват търговското дружество или кооперация, ако в 30-дневен срок от спиране на плащанията не са поискали от съда да открие производство по несъстоятелност.

ⁱⁱ Включително и в техните разновидности с еднолични собственици на капитала - ЕООД и ЕАД

ⁱⁱⁱ С измененията в ЗИД, ДВ, бр. 75/2006 г. срокът към настоящия момент е 30-дневен