

# РЕШЕНИЕ

№ 783

гр. София , 06.07.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 1-ВИ ГРАЖДАНСКИ** в публично заседание на тринадесети май, през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател:	Елизабет Петрова
Членове:	Катерина Рачева Мария Райкинска

като разгледа докладваното от Катерина Рачева Въззивно гражданско дело № 20211000500604 по описа за 2021 година

при участието на секретар Нина Вьонг, за да се произнесе, взе предвид следното :

Производството е по чл. 258 и сл. ГПК.

С решение № 260984 от 04.11.2020 г. по гр.д. 14551/2019 г. на Софийски градски съд, гражданско отделение, 30 състав е признато за установено на основание чл.439 от ГПК по отношение на „София Кампо“ ООД, че Д. С. В. не дължи сумата от 100 000 лв. по запис на заповед от 12.02.2013 г. с падеж 01.01.2016 г., ведно със законната лихва от 22.03.2017 г. и ведно с разносните по заповедното производство, възлизащи на 4436 лв., за което е издадена заповед за изпълнение въз основа на документ по чл.417 от ГПК и изпълнителен лист от 20.04.2017 г. по ч.гр.д. № 17837 по описа за 2017 г. СРС, 49 с-в и е образувано изп. дело № 20178380402589 на ЧСИ М. Б..

Предмет на разглеждане в настоящото производство е въззивна жалба от ответника в производството „София Кампо“ ООД.

Ответникът по жалбата, ищец по делото, е депозирал отговор, с който жалбата се оспорва и се прави искане обжалваното решение да бъде потвърдено.

Страните не са направили доказателствени искания и въззивната инстанция не е събираща нови доказателства.

Предявеният иск е с правно основание чл. 439 ГПК, като правилно е преценено от първоинстанционния съд, че е процесуално допустим. При извършената служебна проверка на основание чл.269 от ГПК, съдът намира, че обжалваният съдебен акт е постановен от законен състав на родово компетентния съд, в изискуемата от закона форма, по иск, предявен от и срещу процесуално легитимирани страни.

Неоснователни са доводите, поддържани и пред настоящата инстанция, за недопустимост на иска. Налице е първата предпоставка за допустимост на иска – наличие на

висящ изпълнителен процес – по и.д. №2589/2017 по описа ЧСИ Б., рег.номер на КЧСИ 838. Това обстоятелство се доказва от удостоверение на ЧСИ Б. от 12.12.2019 г. на л. 56 от първоинстанционната преписка и не се оспорва от страните.

Налице е и втората предпоставка – ищецът твърди факти, настъпили след приключването на съдебното дирене в производството, по което е издадено изпълнителното основание. Искът по чл.439, ал.1 ГПК е предоставен на страните в изпълнителния процес за оспорване предприетото срещу длъжника изпълнение по конкретното образувано въз основа на съдебно изпълнително основание, изпълнително дело, като изискването на чл.439, ал.2 ГПК е искът да се основава на непреклучдирани от силата на пресъдено нещо факти и обстоятелства, настъпили след приключване на съдебното дирене (така изрично О № 113 от 26.01.2011 по ч.т.дело № 577/2009, Второ т.о., ВКС).

От значение за иска, предвиден като средство за защита на длъжника по висящ изпълнителен процес, са само новонастъпили факти след постановяване на решението по отношение на вземането, предмет на издадения изпълнителен лист, въз основа на който е образувано изпълнителното дело. Отрицателният установителен иск по чл.439, ал.1 от ГПК може да бъде основан само на факти, настъпили след приключване на съдебното дирене в производството, по което е издадено изпълнителното основание. Разпоредбата на чл.439, ал.2 от ГПК е аналогична на чл.255, изр.2 от ГПК/отм./, поради което при приложението на чл.439, ал.2 от ГПК, следва да се приложи установената съдебна практика по чл.255 от ГПК/отм./. Отрицателният установителен иск по чл.439, ал.1 от ГПК, с който може да се оспори изпълняемостта право, изключва възможността да се основава на факти, преклучдирани със сила на пресъдено нещо, поради което е недопустим иск, основан на такива факти. В изложения смисъл са и указанията, дадени в решение №101 от 01.12.1972 г. по гр.д. №95/1972 г. на ОСГК на ВС, което служи за ръководство на съдилищата съгласно чл.52 от ЗУТ/отм./, в което е прието, че предпоставките на иска по чл.255 от ГПК /отм./ са изпълнителната сила на решението и промените, които са изменили или погасили материалното право, установено с решението в производството, по което е издадено изпълнителното основание. Посочените предпоставки касаят допустимостта на предявения иск. Така формулираното становище е възприето и в практиката по чл.439, ал.1 от ГПК, напр. Определение №313 от 25.03.2011г. по ч.т.д.№157/2011г., определение №233 от 17.04.2009г. по ч.т.д.№239/2009г. на ВКС, II т.о, както и произнасянето по ч.гр.д. №471/2009г. на ВКС, IV г.о. в производство по чл.274, ал.3 от ГПК. (Р № 333 от 05.12.2011 по гр.д.1244 / 2010 на ВКС, III г.о.)

Вземането срещу ищеца, чието изпълнение се осъществява принудително в рамките на висящото и.д. 2589/2017, е съдебно установено със заповед за незабавно изпълнение от 20.04.2017 г. по ч.гр. дело №17837/ 2017 г. на СРС. Видно от разписка на л. 165 от първоинстанционната преписка, заповедта за изпълнение е била връчена на ищеца на 15.06.2017 г., като изпълнителната ѝ сила се е стабилизирала с изтичането на срока за подаване на възражение – 30.06.2017 г. В исковата си молба ищецът твърди, че вземането по абстрактната сделка, за което е издадена заповедта за изпълнение, е било удовлетворено в рамките на каузалната сделка – договор за заем, чието изпълнение е било обезпечено със запис на заповед. Видно от удостоверение на ЧСИ Б. от 21.11.2019 г. по изп. дело № 7082/2017 на л. 49 от делото пред СГС, по делото е постъпила сума в общ размер на 147 215,30 лв., в периода 04.10.2017 г. - 02.04.2018 г., като последното разпределение към вискателя „София кампо“ ООД е извършено на 03.04.2018 г., с което дългът е бил погасен, а впоследствие делото прекратено. Ето защо, към момента на връчване на заповедта за изпълнение по ч.гр. дело № 17837/ 2017 г. на СРС – 15.06.2017 г. и към момента на влизането ѝ в сила – 30.06.2017 г. вземането по договора за заем, обезпечаващ запис на заповед по твърденията на ищеца, не е било събрано принудително и дори все още не е било постановено решението, по което е издаден изпълнителният лист, послужил за основание за образуване на и.д. 7082/2017 г. Последният е издаден на 14.09.2017 г. след влизане в сила на решение № 1217 от 22.06.2017 г. по т.д. №8877/2016 г. на СГС, 14 състав. Неоснователни са

оплакванията във въззивната жалба, че ищецът е бил запознат с висиящността на т.д. №8877/2016 г. към датата на връчване на заповедта – 15.06.2017 г. Ищецът се позовава не на постановеното по това дело съдебно решение на 22.06.2017 г., а на погасяването на вземането по твърдяната каузална сделка в рамките на изпълнителното дело, образувано като продължение на исковото производство, приключило с това решение. Именно поради погасяването на вземането по същата каузална сделка е отхвърлен искът с правно основание чл. 422 от ГПК на „София Кампо“ ООД срещу „Флора-РД-В. и Попов“ ЕООД, с променена правно-организационна форма от СД „Флора-РД-В. и Попов“ по т.д. 231/2018 на СГС, ТО 2 състав (решение № 2225/07.11.2018 г., потвърдено с решение № 1870 от 23.07.2019 г. по в.т.д. 367/2019 на САС, 15 състав, в сила от 17.09.2019 г.). Неоснователно е оплакването, че след като заповедта срещу ищеца е влязла в сила, настоящият процес е недопустим поради силата на пресъдено нещо. Към момента на влизането ѝ в сила не е било налице плащането, което именно е твърдяният новонастъпил факт. По изложените съображения, искът и обжалваното решение са допустими.

По отношение основателността на иска настоящият съд намира следното.

Не е спорно между страните, че срещу ищеца Д. С. В. са издадени заповед за незабавно изпълнение и изпълнителен лист по ч.гр. дело № 17837/ 2017 г. на СРС за сумата от 100 000 лв. въз основа на запис на заповед, издаден от СД „Флора-РД-В. и Попов“ на 12.02.2013 г. с падеж 01.01.2016 г., както и че Д. С. В. е неограничено отговорен съдружник в събирателното дружество. Д. С. В. и СД „Флора-РД-В. и Попов“ са солидарни длъжници за задълженията по тази заповед за изпълнение и изпълнителен лист съобразно приетото от заповедния съд. Не е спорно, че въз основа на този изпълнителен лист е образувано и.д. 2589/2017 г. на ЧСИ Б. и към момента същото е прекратено спрямо дружеството и висящо спрямо физическото лице. Спорно по делото е каузалното правоотношение, за чието обезпечение е издаден записът на заповед. Твърденията в исковата молба са, че това е договор за заем от същата дата и за същата сума. Твърденията на ответника са, че записът обезпечава предварителен договор за продажба на търговско предприятие от същата дата, като и в пледоарията си пред настоящата инстанция поддържа, че този договор не е изпълнен, поради което сумата по записа на заповед е дължима.

Записът на заповед е абстрактна сделка, при която основаниято за плащане не е елемент на съдържанието, затова не е условие и за действителност на ефекта. При твърдение за съществуването на каузална сделка, какъвто е настоящият случай, възраженията за недействителността ѝ и за погасяване на вземането по каузалната сделка следва да се докажат от длъжника - ищец по иска по чл. 439 от ГПК. От своя страна, ответникът носи тежестта да докаже, че записът на заповед обезпечава именно сочената от него каузална сделка.

Въззивният състав приема за доказани твърденията на ищеца за връзка между записа на заповед и договора за заем и съответно за погасяване на задълженията за връщане на заетата сума и за недоказани твърденията на ответника, сега жалбоподател, че записът на заповед обезпечава предварителния договор за продажба на търговско предприятие по следните съображения.

От приложените писмени доказателства, признанията на страните и свидетелските показания се установява следното. На 12.02.2013 г. е подписан предварителен договор за продажба на търговско предприятие, съгласно който СД „Флора-РД-В. и Попов“ в качеството си на продавач се е задължило да продаде на „София Кампо“ ООД търговското си предприятие като съвкупност от права и задължения срещу сумата от 600 000 лева. В чл.6 от договора е уговорено, че цената ще бъде заплатена на части, първата от които в размер на 100 000 лв. - при подписване на договора, обезпечена чрез сключване на договор за заем. Останалата част от цената е уговорено да се заплаща чрез получените от продавача субсидии, като в случай на теглене на кредити от същия, неизплатената част от тях също се

припада от продажната цена и едва ако към датата на сключване на окончателния договор има разлика между уговорената продажна цена и изплатената до момента сума, тази разлика подлежи на плащане от купувача. От съдържанието на чл. 3 (задължение на продавача за предоставяне на справка за земеделските земи), чл. 5.2., както и чл. 7.2. (прекратяване на договора не по-късно от датата на прибиране на реколтата) от договора може да се заключи, че субсидиите са очевидно във връзка с извършваната от дружеството-продавач земеделска дейност. От своя страна, купувачът се задължава освен да заплати цената, както е уговорено, и да сключи договор за наем на земеделска земя с продавача (чл. 5.2.)

На същата дата - 12.02.2013 г. е подписан договор за заем между същите страни, съобразно който „София кампо“ ООД ще предостави на СД „Флора-РД-В. и Попов“ сумата от 100 000 лв. на два равни транша, първият от които не по-късно от 28.02.2013 г., а вторият до 31.03.2013 г. Първата дата е уговорена като влизане на договора в сила. Падежът на задължението за връщане на заемната сума, ведно с натрупаната лихва, е 01.01.2016 г. Уговорена е възнаградителна лихва в размер на 10% от заемната сума за целия период на договора. В чл.5 от договора изрично е посочено, че връщането за заемната сума, както и на дължимата лихва ще бъде обезпечено от заемателя чрез издаване на запис на заповед в полза на заемотателя.

Отново на 12.02.2013 г. от СД „Флора-РД-В. и Попов“ е издаден запис на заповед на 12.02.2013 г. със задължение за плащане на 100 000 лв. на „София кампо“ ООД или на негова заповед на 01.01.2016 г.

С решение № 1217 от 22.06.2017 г. по т.д. №8877/2016 г. на СГС, 14 състав СД „Флора-РД-В. и Попов“ осъдено да заплати на „София кампо“ ООД сумата от 100 000 лв. на основание чл.240, ал.1 от ЗЗД по договор за заем от 12.02.2013 г., ведно с уговорените в същия възнаградителна лихва и неустойка за забава. Въз основа на решението е издаден изпълнителен лист на 14.09.2017 г., по който е образувано изп. дело № 7082/2017 на ЧСИ Б.. Всички суми по това изпълнително дело, включително присъдените със съдебното решение и разноски за изпълнението, са събрани, поради което изпълнителното дело е приключило, след като на 03.04.2018 г. е извършено последното разпределение към вискателя „София кампо“ ООД.

Съобразно заключението на ССЕ, прието от СГС, с пет отделни превода от „София кампо“ ООД по сметка на събирателното дружество, осъществени в периода 27.02.2013 г. - 15.05.2013 г., е била преведена сума в общ размер на 100 000 лв. Разпределенията в полза на София кампо“ ООД, извършвани по и.д. № 7082/2017, са отразени в сметка Вземания по съдебни спорове, в общ размер от 139 748,30 лв. като погасяване на заема от 12.02.2013 г. В счетоводството на дружеството-ответник няма данни за извършвани плащания по запис на заповед, като липсват счетоводни записвания относно същия. В хода на експертизата, на вещото лице са предоставени Справки за оповестяване на счетоводна политика на дружеството, като приложения към ГФО за 2016, 2017 и 2018 г., като във всеки от тези документи е включен следния текст: „На 01.01.2016 г. имаше падеж на запис на заповед от 12.02.2013 г., във връзка с предварителен договор за продажба на предприятие, която длъжникът СД „Флора-РД-В. и Попов“ към края съответно на 31.12.2016/2017/2018 г. все още не е изплатил“. Вземането е в размер на 100 000 лв., които не са отчитано задбалансово. Вещото лице пояснява, че за посочените периоди ответникът е третира вземането по сочения запис на заповед като условен актив – възможен актив, чието съществуване ще бъде потвърдено от настъпването на бъдещо несигурно събитие, което не може да бъде контролирано от предприятието. При разпита в съдебно заседание, вещото лице уточнява, че въпросните справки – приложения към годишния финансов отчет на дружеството не са били публикувани в търговския регистър за съответните години, въпреки че това е задължително, съгласно изискванията на Закона за счетоводството. Били са публикувани останалите четири форми – баланс, отчет за приходи и разходи, отчет за собствения капитал и отчет за паричните потоци. Приложенията не са били налични в публичния регистър,

поради което вещото лице ги е изисквало отделно от дружеството и ги е получило с посоченото по-горе съдържание.

Неоснователни са доводите, изложени в хода по същество пред настоящата инстанция, черпени от това записване на записа на заповед като условен актив, тъй като този запис не е достатъчен за доказване на твърдението, че каузата е предварителният договор за прехвърляне на търговско предприятие.

От показанията на разпитания от СГС свидетел П. Д. Р., който като адвокат е консултирал собственика на ответното дружество в периода 2012-2013 г., се установява, че между управителите на „София кампо“ ООД и СД „Флора-РД-В. и Попов“ са водени преговори за закупуване на предприятието на СД „Флора-РД-В. и Попов“. Проект на предварителен договор за продажбата, както и на договор за заем са изготвени от свидетеля, но той не е присъствал на подписването на който и да е двата договора. Тогава имало практика задълженията по договори за продажба на предприятие да се обезпечават със запис на заповед, като страните в конкретния случай коментирали да се обезпечи само капарото в размер на около 100 000 лв. Плащането на цената е щяло да бъде специфично, но свидетелят не помни каква е била спецификата. Последната се установява от текста на цитирания по-горе чл. 6 от представения договор.

Неоснователни са оплакванията във въззивната жалба срещу интерпретацията на свидетелските показания. От тези показания не се установява твърдението, че заради дългия срок на предварителния договор за продажба на търговско предприятие, страните по него са уговорили ангажиментът на продавача да бъде обезпечен със запис на заповед. На първо място, свидетелят не е присъствал на подписването на договорите, а само е изготвил техен проект, като самият той казва, че е възможно страните да са редактирали някои от предложените текстове. На второ място, поради факта, че са твърде общи и в едната си част пресъздават думи на управителя на ответника, а не лични възприятия, от тях може да се установи само фактът, че между страните са водени преговори по повод прехвърляне на търговско предприятие, както и за предоставяне на заем.

Неоснователни са оплакванията, че в решението е следвало да бъдат съобразени молбите на длъжника по двете изпълнителни дела, в които според жалбоподателя се признава съществуването на две отделни задължения – по договора за заем и по записа на заповед. Молбите по и.д. № 7082/2017 и по 2589/2017 г. следва да се тълкуват като желание да се възстанови търговската дейност, възпрепятствана от наложените запори. Никъде в тези молби няма признание на дълг (л. 132 и 133 от първоинстанционното дело). Наред с това, към датата на подаването им – 19.10.2017 г. задължението по заемното правоотношение все още не е било погасено, поради което вземането по записа на заповед все още е било дължимо.

Неоснователни са доводите, че тъй като към деня на издаване на записа на заповед не е била предоставена заемната сума, няма как записът да обезпечава този договор. Вярно е, че сумата е предоставена на заемателя на пет транша в периода 27.02.2013 г. - 15.05.2013 г. и към 12.02.2013 г. не е била предоставена. Безспорно е, че задължението за връщане възниква едва след получаване сумата. Независимо от това, уговорките на писмения договор за заем са валидни. Няма пречка обезпечението да е дадено преди реалното предоставяне на сумата, като в случай че сумата не беше предоставена, обезпечението можеше евентуално да се преценява като дадено с оглед неосъществено основание.

Освен недоказано, е и лишено от правна логика твърдението, че записът на заповед обезпечава задължение на СД „Флора-РД-В. и Попов“ като продавач по предварителния договор. Много по-ефективен начин за постигане на желания резултат – прехвърляне на предприятието, е искът по чл. 19, ал. 3 ЗЗД, ако наистина такъв е целеният ефект на купувача. Записът на заповед би могъл да обезпечи евентуална неустойка при прехвърляне на предприятието на трето лице, каквато обаче не е предвидена. Безспорно е, че между

страните са съществували многобройни и основани на доверието отношения, които след завеждане на съдебните дела вероятно вече не съществуват в същия вид. Обективизираните писмено отношения в двата договора от 12.02.2013 г. дават основание на съда да приеме, че записът на заповед от същата дата обезпечава задължението на заемателя за връщане на заетата сума, като без значение в случая е, че сумата по записа обезпечава само главницата по договора за заем. В предварителния договор за продажба на предприятие е записано, че цената ще бъде заплатена на части, първата от които в размер на 100 000 лв. - при подписване на договора, обезпечена чрез сключване на договор за заем (чл. 6). В договора за заем от своя страна е записано, че връщането на заемната сума, както и на дължимата лихва ще бъде обезпечено от заемателя чрез издаване на запис на заповед в полза на заемотателя (чл. 5). Това обаче не означава, че обезпечавайки задължението на заемателя (СД „Флора-РД-В. и Попов“) по договора за заем, който от своя страна обезпечава плащането на цената от страна на купувача („София кампо“ ООД), записът на заповед в крайна сметка обезпечава задължението на продавача (СД „Флора-РД-В. и Попов“) за прехвърляне на предприятие. Такова каскадно обезпечение няма как да се изведе от текстовете на договорите и от счетоводните записвания. Ответникът не твърди и не доказва за обезпечаване на договора за заем да е издаден друг запис на заповед, който би легитимирал тезата му, че процесният запис на заповед не обезпечава договора за заем от същата дата.

Безспорно от обсъдените вече доказателства се установява, че задължението по каузалното правоотношение, за чието обезпечаване е издаден записът на заповед, е платено от „Флора-РД-В. и Попов“ ЕООД, приемник на СД „Флора-РД-В. и Попов“ в рамките на и.д. 7082/2017 по описа на ЧСИ Б. съобразно изложените по-горе мотиви. Ето защо ответникът не може да търси изпълнение по същия запис на заповед от другия солидарен длъжник – Д. С. В.. Вземането, за събирането на което е образувано изп. дело № 2589/2017 г. на ЧСИ Б., висящо и към момента, е погасено и предявеният иск е основателен. Първоинстанционният съд е приел, че ищецът е авалист по записа на заповед, което не е оспорено пред въззивната инстанция. Макар от представения с исковата молба запис на заповед да не може да се обоснове извод, че Д.В. е авалирал записа на заповед, дори и да се приеме, че е налице авал, искът отново се явява основателен. Тъй като записът на заповед обезпечава извънменителничното задължение по договора за заем, погасяването на това задължение лишава недобросъвестния кредитор, какъвто е ответникът по иска, сега въззивен жалбоподател, от правото да търси изпълнение по ценната книга, защото това би довело до двойно плащане на едно и също задължение. На тази недобросъвестност може да се позове всеки длъжник по записа на заповед, включително и авалистът. Менителничното вземане по абстрактната сделка съществува независимо от развитието на каузалната само и единствено по отношение на последващия добросъвестен кредитор – джиратар, който не се явява страна по каузалната сделка. В случая няма последващи джиратар, а ответникът е поемател по записа на заповед, който по дефиниция не може да бъде добросъвестен, тъй като е страна по каузалната сделка.

Изводите на двете инстанции съвпадат, поради което обжалваното решение следва да бъде потвърдено.

С оглед изхода на спора в полза на ответника по въззивната жалба се дължат разноски за заплатен адвокатски хонорар в размер на 3000 лева.

С тези мотиви, Апелативен съд – София, 1 състав

**РЕШИ:**

**ПОТВЪРЖДАВА** решение № 260984 от 04.11.2020 г. по гр.д. 14551/2019 г. на Софийски градски съд, гражданско отделение, 30 състав.

**ОСЪЖДА** „София Кампо“ ООД да заплати на Д. С. В. разноси за въззивната инстанция в размер на 3000 (три хиляди) лева.

**РЕШЕНИЕТО** може да се обжалва в едномесечен срок от връчването му на страните пред ВКС по реда на чл.280 от ГПК.

**Председател:** \_\_\_\_\_

**Членове:**

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_