

РЕШЕНИЕ

№ 92

гр. Кюстендил, 26.05.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

ОКРЪЖЕН СЪД – КЮСТЕНДИЛ, III СЪСТАВ, в публично заседание на деветнадесети април през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Росица Б. Савова

Членове: Татяна Хр. Костадинова
 Мария Ст. Танева

при участието на секретаря Любка Евг. Николова
като разгледа докладваното от Росица Б. Савова Въззивно гражданско дело
№ 20221500500051 по описа за 2022 година

Производството е по реда на чл. 258 и сл. ГПК.

Образувано е по въззивна жалба с вх. № 5943/21.12.2021 г. на „А1 България“ ЕАД с ЕИК ***, със седалище и адрес на управление: гр. София, 1309, район Илинден, ул. „***“ № 1, чрез пълномощника адв. Л.Р., със съдебен адрес: гр. София 1000, ул. „***“ № 6, хотел Рила, офис 411, насочена против Решение № 524/09.12.2021 г. постановено от Районен съд – Кюстендил по гр.д.№ 1175 по описа за 2021 г. на същия съд.

С обжалвания първоинстанционен съдебен акт, РС - Кюстендил е признал за установено, че „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД, ЕИК ***, дължи на „А1 България“ ЕАД, сумата от 156,64 лв., представляваща главница за предоставени и незаплатени далекосъобщителни услуги по договор М5618897 за периода от 28.10.2019 г. до 27.04.2020 г., ведно със законната лихва от 04.02.2021 г. до окончателното ѝ изплащане и за което вземане „А1 България“ ЕАД, ЕИК ***, се е снабдило със Заповед № 260126 от 05.02.2021 г. за изпълнение на парично задължение по чл. 410 от ГПК по ч.гр.д. № 244 по описа на Районен съд – Кюстендил за 2021 г.; отхвърлил е предявения от „А1 България“ ЕАД иск с правно основание чл. 422, ал. 1 от ГПК във връзка с чл. 415, ал.4 от ГПК и чл. 92, ал. 1 от ЗЗД, за признаване за установено, че „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД, дължи сумата в размер на 691,41 лева неустойка за неизпълнение на договор М5618897, за което вземане „А1 България“ ЕАД, ЕИК *** се е снабдило със Заповед № 260126 от 05.02.2021 г. за изпълнение на парично задължение по чл. 410 от ГПК по ч.гр.д. № 244 по описа на Районен съд – Кюстендил за 2021 г., като неоснователен; осъдил е „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД да заплати на „А1 България“ ЕАД, сумата от 110,82 лв. разноски за двете производства, съразмерно на уважения част от исковата претенция, от които 4,62 лв. по ч. гр. д. № 244/2021 г. по описа на

Районен съд – Кюстендил и 106,20 лв. за първоинстанционното дело; осъдил е „А1 България“ ЕАД, да заплати на „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД сумата от 244,59 лв. разноски по производството по гр.д. № 1175 по описа на Районен съд – Кюстендил за 2021г., съразмерно с отхвърлената част от исквете.

Въззивното дружество обжалва първоинстанционното решение в отхвърлителната му част, като навежда доводи за неговата неправилност поради допуснати нарушения на материалния закон и необоснованост. Приема за необоснован и незаконосъобразен извода на районния съд, че клаузата по договора, с която се уговаря неустойка в размер на оставащите месечни такси до края на срока на договора, е нищожна поради противоречие с добрите нрави и излиза извън присъщите на неустойката обезпечителна, обезщетителна и санкционна функция, който съдът е мотивирал с обстоятелството, че чрез така претендираната неустойка мобилният оператор получавал имуществена облага от насрещната страна, без да предостави услуги и по този начин се обогатявал неоснователно. Въззивникът подчертава, че такъв критерий, свързващ нищожност на неустойката със забрана за неоснователно разместване на блага, не е посочен в цитираното от съда ТР № 1/2009г на ОСТК на ВКС.

Позовава се на Решение № 36/08.03.2017 г. по т.д. № 318/2016 г на ВКС II ТО и ТР № 7/2013 г. ВКС, ОСГТК, и твърди, че прекомерността на неустойката не я правела априори нищожна поради накърняване на добрите нрави и уговарянето на неустойка вместо обезщетение при разваляне на двустранен договор било допустимо при договорите с продължително периодично изпълнение и служела за обезщетяване на всички, включително и бъдещите вреди от предсрочно прекратяване на договора. Сочи приетото Решение на СЕС от 22.11.2018 г. по дело С[1]295/2017 г. и Директива (ЕС) 2018 /1972 на ЕП и на Съвета от 11.12.2018 г. и твърди, че претендираната от него неустойка е изцяло съобразена с тези актове на ЕС и не е нищожна. В допълнение акцентира, че съдът бил пренебрегнал факта, че неустойката по договора е компенсаторна, като твърди, че кредиторът бил избрал една от двете си възможности при неизпълнение съгласно чл. 79 от ЗЗД и добросъвестно бил упражнил правата си по сключения договор за предоставяне на мобилни услуги, като предвид неизпълнението на договора е спрял да начислява месечни абонаментни такси до края на срока на договора и е начислил договорената неустойка за оставащия срок за използваните мобилни услуги. Сочи решение на друг окръжен съд по идентичен казус, както и съдебната спогодба между КЗП и мобилния оператор, обективизирана в протокол от 21.04.2016г. по гр. д. №12268/2014 по описа на СГС, с която съдът одобрил като непротиворечащ на закона и добрите нрави стандартен размер на неустойка по типови договори, която съдебна спогодба счита за приложима и спрямо търговците, които сключват договори във връзка със своята търговска дейност и по отношение на които се прилага чл. 309 от ТЗ.

Сочи като неоснователен извода на съда, че по отношение на прекратяването на договора важат правилата на чл. 87 от ЗЗД и не било доказано правото на мобилния оператор да прекрати договора едностранно. Твърди, че тъй като договорът е сключен при ОУ по смисъла на чл. 298 от ТЗ, които са задължителни за страните предвид качеството им на търговци, то в случая разпоредбите на ЗЗД относно разваляне и прекратяване на договора не важат. Подчертава, че основанието, на което е прекратен договорът, е т. 54.12 от ОУ за взаимоотношения на А1 България ЕАД и абонатите и потребители, с която прекратяването е поставено под условие забавено плащане над определен срок (124 дни) и при сбъждане на условието договорът се считал за едностранно прекратен автоматично, независимо от волята на страните по договора, и без да е необходимо писмено предизвестие до абоната и/или уведомяване за прекратяването. Акцентира върху използваната от оператора софтуерна система с алгоритъм за прекратяване на договора на това основание, който се изпращали множество съобщения до абоната, и заключението на СТЕ, която констатирила стъпка по стъпка механизма на прекратяване на договора на соченото основание и неколкото писмено уведомяване на абоната за дължимите забавени плащания с даден срок за изпълнение.

Иска се отмяна на решението в обжалваната част и уважаване на предявения установителен иск относно неустойка в размер на 691.41 лв. Претендират се разносните в заповедното производство и двете съдебни инстанции в исковото производство.

В срока по чл. 263, ал.1 от ГПК е постъпил писмен отговор от насрещната страна „Б.Б.Н.Агро груп“ ЕООД чрез пълномощника адв. В.М. от АК – Кюстендил, в който се изразява становище за неоснователност и недоказаност на депозираната въззивна жалба, а първоинстанционното решение се приема за правилно, законосъобразно и обосновано, съобразено със събраните по делото доказателства. Иска се отхвърляне на жалбата и потвърждаване на първоинстанционното решение.

Въззивният съд, след преценка на твърденията и възраженията на страните, както и на събраните доказателства, касаещи предмета на спора, по вътрешно убеждение и въз основа на закона, предметните предели на въззивното производство, очертани с жалбите, намира за установено от фактическа страна следното:

Съдът е приел въззивната жалба за допустима като изхождаща от страна в първоинстанционното производство, подадена в срок и насочена срещу съдебен акт, подлежащ на въззивна проверка.

В съответствие с правомощията си по чл. 269 от ГПК съдът извърши служебно проверка на валидността на решението и прецени допустимостта му, в резултат на която проверка намира, че то е валидно - постановено е от надлежен съдебен орган, функциониращ в надлежен състав в пределите на правораздавателната власт на съда, изготвено е в писмена форма и е подписано от съдебния състав, който го е постановил. То е и допустимо.

По правилността:

Съгласно чл. 269, изр. 2 от ГПК по отношение на правилността на първоинстанционното решение въззивният съд е обвързан от посоченото във въззивната жалба, като служебно правомощие има да провери спазването на императивните материалноправни разпоредби, приложими към процесното правоотношение. В този смисъл са и дадените указания по тълкуването и прилагането на закона в т. 1 от Тълкувателно решение № 1/2013 г. по тълк. д. № 1/2013 г. на ОСГТК на ВКС. Задължение на въззивния съд е да се произнесе по спорния предмет на делото, като извърши самостоятелна преценка на събраните по делото доказателства и формира свои фактически и правни изводи, като обсъди и своевременно заявените доводи и възражения на страните.

Страните не спорят по установената от първоинстанционния съд фактическа обстановка. Спорът е само и единствено относно приложението на материалния закон във връзка с действителността на клаузата към договора за предоставяне на мобилни услуги, предвиждаща начисление на неустойка при предсрочно прекратяване на договора поради виновно неизпълнение от страна на абоната.

Не е спорно, а и се установява от събраните в производството доказателства, че между страните на 07.04.2017 г. е сключен Договор за мобилни услуги М5618897, като за всяка отделна мобилна услуга са сключени отделни приложения, съдържащи описание на избраните тарифни планове. Приложение №1 от 07.04.2017 г. към Договор за мобилни услуги М5618897 е за активиране и условия за ползване на тарифни планове за мобилна телефонна услуга М тел М клас 2 XL, а с Приложение №1 от 24.09.2019 г. към Договор №505051548 са активирани и уговорени условията за ползване на тарифен план за мобилна телефонна услуга – А1 М клас XS. Безспорно установено е, че срокът на обвързаност по договора и приложенията между страните е бил 2-годишен, съгласно т. 5.2.1. от Приложение № 1 от 07.04.2017 г. към Договор за мобилни услуги М5618897 и т.5.3. от Приложение №1 от 24.09.2019 г. към Договор №505051548. И в двете цитирани приложения е било уговорено, че ако абонатът наруши задълженията си, произтичащи от приложението, Договора или Общите условия, в това число, ако по негово искане или вина достъпът до мрежата бъде спрял или Договорът по отношение на която и да е от услугите в това приложение бъде прекратен в рамките на определения срок на ползване, операторът има

право да получи неустойка в размер, както следва: 1. всички стандартни месечни абонаментни такси (без отстъпка), дължими до изтичане на срока на ползване на съответната SIM карта/номер и 2. стойността на отстъпките, получени от абоната (независимо в каква форма) от цената, дължима за предоставените по договора услуги. Посочено е, че изброените неустойки се прилагат кумулативно. Второто приложение е сключено на 24.09.2019 г., при което срокът на действие на договора е бил до 24.09.2021 г. Договорът е бил прекратен на 04.05.2020 г., както се установява от приетото и неоспорено експертно заключение по назначената съдебно – техническа експертиза. По последната вещото лице установява също, че деактивацията е автоматичен процес и настъпва на 124 – я ден от последното плащане. Установено е също, че сметката за неустойка е генерирана автоматично при въведени параметри за всеки договор. Прекратяването на договора е станало едностранно от мобилния оператор, поради неизпълнение на задълженията от страна на ответника по делото. Не са правени възражения и не са представяни доказателства, които да сочат, че договорът е прекратен по вина на мобилния оператор или поради обективни причини. Назначената съдебна счетоводна експертиза е установила, че размерът на дължимите по договора неустойки е изчислен съгласно представените счетоводни и нормативни документи на ищцовото дружество и е в размер на 691.41 лева.; вещото лице е установило и че фактурата за дължимата неустойка не е осчетоводена при ответника.

Във връзка с подадено заявление за издаване на заповед за изпълнение от ищеца "А1 България" ЕАД против „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД е било образувано ч. гр. д. № 244/2021 г. на РС – Кюстендил, била е издадена заповед за изпълнение по вземанията, които са били предмет на първоинстанционното производство, като предвид своевременно подаденото възражение от ответника на ищеца са били дадени указания да предяви иска, станал повод за образуване на настоящото производство.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Между страните е възникнало облигационно отношение, представляващо търговска сделка по смисъла на чл. 286 от ТЗ, създадено чрез сключване при условията на чл. 298 от ТЗ (търговска сделка при общи условия) на индивидуален договор от 14.05.2018г. за предоставяне на обществени електронни съобщителни услуги, изменен и допълнен с Допълнително споразумение от 01.11.2018 г. По силата на същите, ищецът, като доставчик, се задължил да предоставя на ответника, като потребител, услуги от собствената си мобилна мрежа, срещу насрещно задължение на последния да заплаща цената на тези услуги.

Спорният въпрос, изведен с оглед очертания предмет на въззивно обжалване, е относно дължимостта на начислената и претендирана неустойка за предсрочно прекратяване на облигационното правоотношение по вина на потребителя.

Възможност за уговаряне на неустойки по договори от вида на процесния следва от разпоредбата на чл.228, ал.1 б."В" ЗЕС и по аргумент от противното съгласно чл.229а изр. последно от същия закон.

В отговора на исковата молба ответникът „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД не е направил възражения, от които може да се заключи, че представляват възражения за недействителност и в частност нищожност на неустоечната клауза, поради накърняване на добрите нрави. За първи път възражение за нищожност на претендираната неустойка е направено в хода на устните състезания.

В случая не е налице потребителска защита, за която съдът е длъжен служебно да следи, в каквато насока са били възраженията на процесуалният представител на ответника. В §13а, т.9 ДР на ЗЗП изрично е посочено, че със ЗЗП са въведени в националното ни законодателство разпоредбите на Директива 93/13/ЕИО на Съвета относно неравноправните клаузи в потребителските договори, към които безспорно попада и процесният договор за предоставяне на мобилни телекомуникационни услуги. Във връзка с преюдициални запитвания по приложението чл.2, б.б от Директива 93/13 е формирана

практика на Съда на Европейския съюз / СЕС/. Разпоредбата дефинира понятието „потребител като всяко физическо лице, което в качеството си на страна по договорите, предмет на директивата, участва поради интереси, които са извън рамките на неговата търговска или професионална дейност“. При транспониране на директивата в националното ни законодателство е дадено сходно определение на същото понятие в §13 от ДР на ЗЗП. Според него, потребител е всяко физическо лице, което придобива стоки и ползва услуги, които не са предназначени за извършване на търговска или професионална дейност, и всяко физическо лице, което като страна по договор по този закон действа извън рамките на своята търговска или професионална дейност-в този смисъл срвн. Решение №84/20.07.2017 по дело №1934/2015 на ВКС, ТК, I т.о. Следователно от системата на потребителска защита са изключени търговските дружества, кооперациите, юридическите лица с нестопанска цел, едноличните търговци и физическите лица, усвоили кредити с търговска или стопанска цел.

Правилна се явява преценката на съда относно критериите за нищожност на неустойката като накърняваща добрите нрави съобразно приетото в Тълкувателно решение № 1/2009 г. на ОСГТК на ВКС.

В исковата молба е посочено, а и това се установява от приложените към същата писмени доказателства, че неустойката е определена като сбор от стандартните месечни абонаментни такси за мобилните планове, без отстъпки, дължими от абоната за съответните SIM карти, считано от датата на прекратяване на договора до изтичане на посочения в договора срок за всеки мобилен номер. Договорът е бил сключен на 24.09.2019 г., а е прекратен на 04.05.2020 г. Оставащият срок е бил около една година и четири месеца, през който период от време мобилният оператор не е следвало да престира нищо, поради прекратяването на договора, но претендира заплащане на неустойка, равняваща се на дължимите за срока на договора абонаментни месечни такси.

Макар в цитираното Тълкувателно решение № 1/2009 г. на ОСГТК на ВКС изрично да не е посочен като критерий, принципът за недопускане на неоснователно обогатяване е общовалиден за целия клон на частното право. От друга страна, в тълкувателното решение изрично е отбелязано, че изброяването на критериите в него не е изчерпателно. Освен това следва да се отбележи, че един от критериите е преценката на съда за съотношението между размера на уговорената неустойка и очакваните от неизпълнението на задължението вреди.

В настоящия случай въззивният съд споделя извода на районния съд, че уговореното задължение на абоната да заплати като неустойка сума, равняваща се на всички месечни такси за дадените услуги до края на периода на договора, е нищожно поради противоречието му с добрите нрави. Това е така, защото, ако бъде възприето противното, абонатът ще следва да заплати сума за услуга, която няма да е използвал, а в настоящия случай дори не е бил изтекъл и половината от уговорения срок по договора. Въпреки че абонатът ще бъде длъжен да заплати цена на неползвана от него услуга, то за мобилния оператор няма да възникне задължение да престира услуга, респективно същият през този период няма да направи никакви разходи, което напълно оправдава съображенията на районния съд да отхвърли иска за неустойка по сумите, претендирани като сбор от стандартните месечни абонаментни такси, защото така операторът извлича само облаги, без да престира нищо от своя страна. Отделно от това след прекратяването на договора, операторът си възстановява възможността да предлага услуги чрез освободения мобилен номер на нови клиенти, такава каквато е съществувала и преди да се обвърже с този потребител.

Разбира се, неустойката не следва да се равнява изцяло на вредите – реални или хипотетични, които кредиторът би претърпял от неизпълнението. Така няма пречка да бъде уговорена неустойка, която да надвишава размера на претърпените вреди, т. е. прекомерна такава, която, ако е уговорена между търговци по търговска сделка, на основание чл. 309 ТЗ, не може да бъде намалявана. Когато обаче от характера на самата неустоечна клауза е видно, че същата далеч надхвърля реалните и хипотетичните вреди на кредитора, а според самия начин на уговаряне се установява, че извличането на ползи от неустоечната клауза би означавало придобиване на печалба в същия обем, както при действащ договор, но без насрещно задължение и без разходи за престиране на насрещната страна, като от момента на

дължимостта на неустойката не е изтекла по-голямата част от срока на договора, то от тези обстоятелства, обсъдени във връзка с Тълкувателно решение № 1/2009 г. на ОСГТК на ВКС и дадените в него указания за извършване на преценка спрямо всички конкретни обстоятелства по дадено дело, може да се направи извод за това, че така уговорената неустойка като сбор от стандартните месечни абонаментни такси за мобилните планове, дължими от абоната за съответните SIM карти, считано от датата на прекратяване на договора до изтичане на посочения в договора срок, се явява нищожна като противоречаща на добрите нрави, защото очевидно излиза от присъщите ѝ функции.

В случая, макар длъжникът също да е търговец не може да се поддържа, че като такъв е преценил дали процесната неустойка противоречи на добрите нрави, тъй като както ТЗ, така и ГПК /чл. 411, ал. 2, т. 2, предл. 2/ не изключват проверката за нищожност на клаузата за неустойка с добрите нрави /за разлика от нормата на чл. 309 ТЗ, при която неустойката между търговци не подлежи на намаляване поради прекомерност/.

Съгласно ТР №1/2020 г. от 27.04.2022г. на ОСГТК съдът е длъжен да се произнесе в мотивите на решението по нищожността на правни сделки или на отделни клаузи от тях, които са от значение за решаване на правния спор, без да е направено възражение от заинтересованата страна, само ако нищожността произтича пряко от сделката или от събраните по делото доказателства, при което се констатира наличие на втората хипотеза, касаеща именно събрани доказателства относно размера на неустойката предвид оставащия период на договора.

За пълнота на изложението следва да се посочи, че цитираната от жалбоподателя практика на СЕС е неотнормативна към правния спор, защото касае данъчно облагане. Решение на СЕС от 22.11.2018 г. по дело С-295/2017г. не тълкува разпоредби и не отговаря на въпроси за характера на неустойката и за съответствието с общностното, респективно националното право, както и с добрите нрави.

Поради съвпадане на крайните изводи на районния с въззивния съд, обжалваното решение, като правилно, ще бъде потвърдено.

С оглед изхода на правния спор на въззивното дружество не се дължат разноски. Въззиваемата страна е била представлявана от адвокат, като за процесуалното представителство е заплатила възнаграждение в размер на 200 лева, съгласно приложен по делото Договор за правна защита и съдействие, което следва да бъде възложено в тежест на въззивното дружество.

По изложените съображения, Кюстендилският окръжен съд

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА Решение № 524/09.12.2021 г. постановено по гр.дело № 1175 / 2021 г. на Районен съд – Кюстендил, в частта, в която е отхвърлен предявеният от „А1 България“ ЕАД иск с правно основание чл. 422, ал. 1 от ГПК във връзка с чл. 415, ал.4 от ГПК и чл. 92, ал. 1 от ЗЗД, за признаване за установено, че „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД, дължи на ищеца сума в размер на 691,41 лева като неустойка за неизпълнение на договор М5618897, за което вземане „А1 България“ ЕАД, ЕИК ***, се е снабдило със Заповед № 260126 от 05.02.2021 г. за изпълнение на парично задължение по чл. 410 от ГПК по ч.гр.д. № 244 /2021г. на Районен съд – Кюстендил.

В останалата част посоченото решение по гр.д.№ 1175 / 2021г.на КнРС е влязло в сила.

ОСЪЖДА „А1 България“ ЕАД, ЕИК ***, със седалище и адрес на управление: гр. София, 1309, район Илинден, ул. „****“ № 1, да заплати на „Б.Б.Н. Агро Груп“ ЕООД, ЕИК ***, със седалище и адрес на управление: гр. Кюстендил, ул. „*** №43, ет.2, представлявано от управителя ***, сумата от 200.00лв.(двеста лева), сторени разноски във въззивното производство за заплатено адвокатско възнаграждение.

Настоящото решение не подлежи на касационно обжалване.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____