

РЕШЕНИЕ

№ 212

гр. София , 08.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД - СОФИЯ, 11-ТИ ТЪРГОВСКИ в публично заседание на пети април, през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател:	Бистра Николова
Членове:	Тодор Тодоров Милен Василев

при участието на секретаря Ирена М. Дянкова
като разгледа докладваното от Милен Василев Въззивно търговско дело № 20211001000231 по описа за 2021 година

Производството е по реда на чл. 258 – 273 от ГПК.

Образувано е по въззивна жалба от 1.12.2020 г. на ответника „Ганчев“ ЕООД срещу решението от 10.11.2020 г. по т. д. № 1717/2019 г. на Софийския градски съд, VI-6 състав, **в частта**, с която:

- **на осн. чл. 422, ал. 1 ГПК** е признато за установено, че ответникът дължи на ищеца „САП България“ ЕООД сумата 22 272,91 лв., дължима по споразумение за лиценз и поддръжка на стандартен софтуер № 0012635736/14.09.2017 г., представляваща възнаграждение за периода 1.04.2018 г. – 30.06.2018 г., за което е издадена фактура № 6216103822/12.04.2018 г., заедно със законната лихва от 8.04.2019 г. до окончателното изплащане, както и сумата 2 041,68 лв., представляваща законната лихва върху главницата за периода 13.05.2018 г. – 7.04.2019 г.;
- **на осн. чл. 79, ал. 1 и чл. 266, ал. 1 ЗЗД** ответникът е осъден да заплати на ищеца сумата 44 545,82 лв., дължима по споразумение за лиценз и поддръжка на стандартен софтуер № 0012635736/14.09.2017 г., представляваща възнаграждения за периода 1.07.2018 г. – 30.09.2018 г. и за периода 1.10.2018 г. – 31.12.2018 г., за които са издадени фактура № 6216103990/16.07.2018 г. и фактура № 6216104073/10.10.2018 г., заедно със законната лихва от 22.07.2019 г. до окончателното изплащане, както и сумата 2 097,37 лв., представляваща законната лихва върху главницата по първата фактура за периода 17.08.2018 г. – 21.07.2019 г., и сумата 1 565,29 лв., представляваща законната лихва върху главницата по втората фактура за периода 11.11.2018 г. – 21.07.2019 г.
- **на осн. чл. 78, ал. 1 ГПК** ответникът е осъден да заплати на ищеца сумата 1 937,06 лв. –

съдебни разноси за заповедното и исковото производство.

В жалбата се твърди, че неправилно и необосновано съдът е приел, че процесните суми са дължими от ответника. Твърди се, че не било доказано, че ищецът е изпълнил основните си задължения по процесния договор – доставката, внедряването, функционирането и поддръжката на софтуера. Ищецът не представил приемо-предавателни протоколи или други писмени доказателства за установяване на противното, а същевременно се отказал от поисканата съдебно-техническа експертиза. След отказа на ищеца ответникът поискал изготвянето на такава СТЕ в заседанието на 6.10.2020 г., но съдът не уважил това искане, с което допуснал процесуално нарушение. Твърди се, че не били взети предвид показанията на свидетелката Д., както и, че процесните фактури не били осчетоводени от ответника. Сочи се, че неправилно съдът е приел, че представената по делото електронна кореспонденция, която в нарушение на чл. 184, ал. 1 ГПК не била заверена от ищеца, обвързвала ответника, като не била установена представителната власт на лицето, за което ищецът твърди, че е извършвало изявления от името на ответника, нито потвърждаването на тези действия от ответника съобразно чл. 301 ТЗ, а самата кореспонденция не била с посочения в споразумението електронен адрес на ответника. Твърди се, че след като софтуерът не е внедрен при ответника, то и не е била предоставена уговорената поддръжка, за която се дължало възнаграждението. Независимо обаче, че софтуерът не бил внедрен и не функционирал, ответникът заплатил първите две издадени от ищеца фактури, като се надявал, че софтуерът ще заработи и ще може да бъде използван, тъй като бил необходим на ответника. Твърди се, че неправилно е прието, че отправеното от ответника изявление от 25.05.2018 г. не било за разваляне поради неизпълнение, а било редовно едностранно прекратяване по чл. 10.7 ОУ. Дори и да било предизвестие за прекратяване, то е породило действие след изтичането на 3-месечния срок на предизвестие, т.е. от края на календарното тримесечие, т.е. от 1.07.2018 г. или най-късно от 1.10.2018 г., а не от 31.12.2018 г. Твърди се, че не било доказано и получаването на фактурите от ответника, поради което и същият не бил изпаднал в забава и не дължал мораторни лихви.

Предвид изложеното жалбоподателят моли въззивния съд да отмени решението и да отхвърли предявените искове, както и да му присъди направените разноси.

Въззиваемият „САП България“ ЕООД – ищец по исковете – чрез процесуалния си представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я остави без уважение, а обжалваното с нея решение – в сила, като правилно и законосъобразно. Претендира разноси.

Софийският апелативен съд, като прецени събраните по делото доказателства по свое убеждение и съобразно чл. 12 от ГПК във връзка с наведените във въззивната жалба пороци на атакувания съдебен акт и възраженията на въззиваемия, намира за установено следното:

Жалбата е подадена в срока по чл. 259, ал. 1 ГПК и е допустима. Разгледана по същество е **неоснователна**.

Съгласно чл. 269 ГПК въззивният съд се произнася служебно по валидността на решението, а по допустимостта – в обжалваната му част, като по останалите въпроси е ограничен от посоченото в жалбата.

Процесното първоинстанционно решение е валидно и допустимо. Същото е и правилно, като

въззивният състав споделя мотивите на обжалваното решение, поради което и на осн. чл. 272 ГПК препраща към мотивите на СГС. Във връзка с доводите в жалбата следва да се добави и следното:

1. Не се спори между страните, а и от събраните доказателства се установява, че: **1)** между тях е бил сключен процесният договор от 14.09.2017 г., наименуван „споразумение за лиценз и поддръжка на стандартен софтуер“, сключен при общи условия, с който ищецът е предоставил на ответника, считано от 29.09.2017 г. ползването на бизнес софтуера, описан с таблица 1, създаден и притежаван от „SAP“ AG – Германия, срещу заплащане на лицензионна такса в размер на 172 544,84 евро без ДДС; **2)** за тази лицензионна такса от ищеца е издадена фактура № 6216103475/29.09.2017 г. за сумата 207 053,80 евро с ДДС /404 962,03 лв./, която е била заплатена по банков път от ответника на **16.11.2017 г.** – видно от банковото извлечение на л. 16 от дело № 42426/2019 г. на СРС; **3)** със същия договор от 14.09.2017 г. ищецът се е задължил да предоставя поддръжка /SAP Support/ на същия софтуер за първоначален срок от текущата календарна година на сключване на договора /първоначален срок/, който се продължава автоматично за всяка следваща календарна година /удължаване/, ако страна не го прекрати с предизвестие, срещу заплащане от ответника на годишна такса за поддръжка в размер на 22 % от лицензионната такса на софтуера, т.е. 37 959,86 евро без ДДС (22 % от 172 544,84 евро), като таксата се фактурира авансово на тримесечие и следва да се заплаща в 30-дневен срок от издаване на фактурата – т. 4.1.5 от ОУ; **4)** за таксата за поддръжка за периода 1.10.2017 г. – 31.12.2017 г. ищецът е издал фактура № 6216103515/4.10.2017 г. за сумата 22 272,91 лв. с ДДС /11 387,96 евро/, която е заплатена от ответника на **10.11.2017 г.** – видно от банковото извлечение на л. 18 от дело № 42426/2019 г. на СРС; **5)** за таксата за поддръжка за периода 1.01.2018 г. – 31.03.2018 г. ищецът е издал фактура № 6216103678/4.01.2018 г. за сумата 22 272,91 лв. с ДДС /11 387,96 евро/, която е заплатена от ответника на **22.02.2018 г.** – видно от банковото извлечение на л. 20 от дело № 42426/2019 г. на СРС; **6)** за таксата за поддръжка за периода 1.04.2018 г. – 30.06.2018 г. ищецът е издал фактура № 6216103822/12.04.2018 г. за сумата 22 272,91 лв. с ДДС /11 387,96 евро/, която **не е заплатена** от ответника; **7)** за таксата за поддръжка за периода 1.07.2018 г. – 30.09.2018 г. ищецът е издал фактура № 6216103990/16.07.2018 г. за сумата 22 272,91 лв. с ДДС /11 387,96 евро/, която **не е заплатена** от ответника; и **8)** за таксата за поддръжка за периода 1.10.2018 г. – 31.12.2018 г. ищецът е издал фактура № 6216104073/10.10.2018 г. за сумата 22 272,91 лв. с ДДС /11 387,96 евро/, която **не е заплатена** от ответника.

Предмет на предявените иски са сумите по последните три фактури, начислени от ищеца за такси за поддръжка за второто, третото и четвъртото тримесечие на 2018 г. Възраженията на ответника, изтъкнати в отговора и допълнителния отговор на исковата молба, очертаващи

спорните по делото обстоятелства са следните: 1) предоставеният софтуерен продукт първоначално е работил, но впоследствие е спрял да функционира, като ищецът не е извършвал никакви действия по поддръжката, т.е. не е изпълнявал задълженията си; 2) поради това неизпълнение ответникът е прекратил договора за поддръжка с предизвестие от 22.05.2018 г.; 3) процесните фактури не били връчени или изпратени на ответника, поради което той не бил изпаднал в забава по тях.

Впоследствие във въззивната жалба ответникът е навел и ново възражение – че ищецът въобще не е доставил и внедрил при ответника процесния софтуерен продукт, поради което и не го бил поддържал.

По така наведените възражения въззивният съд намира следното:

2. Изтъкнатото едва в жалбата ново фактическо твърдение на ответника /за липсата въобще на доставен от ищеца софтуер/ не е било наведено в първата инстанция – нито в преклузивния срок за отговор на исковата молба, нито по-късно. Това възражение може да се приеме за допустимо само, ако пропускът за навеждането му се дължи на особени непредвидени обстоятелства /чл. 370 ГПК/, а и във въззивното производство страните не могат да твърдят нови обстоятелства, които са могли да посочат и представят в срок в първоинстанционното производство /чл. 266, ал. 1 ГПК/. В случая не се касае до нововъзникнало след устните състезания пред СГС обстоятелство, а до такова, което по твърдения на самия ответник е съществувало преди това, като ответникът не сочи и не представя доказателства, че късното му навеждане се дължи на особени непредвидени обстоятелства. Ето защо това възражение следва да се приеме за преклудирано съгласно чл. 370 ГПК и не подлежи на разглеждане по същество от въззивния съд.

Независимо от горното, то е неоснователно и по същество. На първо място, това твърдение противоречи на цялостната защитна позиция на ответника в първата инстанция. В отговора по чл. 131 ГПК ответникът ясно е заявил, че „впоследствие обаче, предоставеният от „САП – България“ ЕООД софтуерен продукт спрял да функционира – т.е. не е работил“. С това твърдение ответникът е признал, че софтуерният продукт е бил фактически предоставен от ищеца, което противоречи на новото твърдение в жалбата, че въобще не е бил доставен.

На второ място, предметът на договора не е телесна вещ, а е предоставяне на право на използване на компютърна програма. Компютърната програма е обект на авторско право, като носителят на това право може да предоставя на друго лице правото да използва същата съобразно чл. 70 и чл. 71 ЗАПСП. По естеството си доставката на подобен продукт се извършва чрез предоставяне на инсталационния пакет на софтуера, както и евентуално – пароли или кодове за инсталация, ако има такива. По тази причина в т. 2.1 от ОУ е предвидено, че на лицензополучателя се предоставя едно копие от релевантната версия на софтуера до един месец след сключване на договора, като това става чрез изпращане на софтуера на диск или друг носител на данни на адреса за доставка или чрез електронна доставка – като доставчикът направи софтуера достъпен за

изтегляне от SAP ServiceMarketplace (<http://service.sap.com/swdc>). В т. 5 от процесния договор изрично е уговорено, че софтуерът се предоставя именно чрез достъп до посочената платформа за изтегляне, като са посочени потребителското име и паролата за началния достъп. Ответникът не твърди и доказва, че тези данни са били неверни и достъп за изтегляне реално не му е предоставен. Противно на доводите в жалбата договорът не предвижда задължение за доставчика да инсталира доставения софтуер на хардуера на ответника, а единствено за предоставяне на лиценз /право на ползване/. След предоставянето на инсталационния пакет и съответните кодове или пароли, право и отговорност на самия лицензополучател е да инсталира софтуера на своя хардуер, когато и както прецени. Това е в съответствие и с обичайната практика в настоящото време – освен ако не е уговорено друго, всеки закупен от даден потребител софтуер подлежи на инсталиране от самия него, а не от продавача на същия. Разбира се, отговорност на доставчика е предоставянето на годен за инсталиране продукт при определени системни изисквания, а не на дефектен такъв.

В случая обаче, самият ответник заявява в отговора по чл. 131 ГПК, че софтуерният продукт е бил предоставен и впоследствие спрял да функционира, което предполага в началото поне да е функционирал, т.е. да е бил годен за това. Показанията на свидетелката Д., служител на ответника /счетоводител/, противоречат на това признание на ответника. Същевременно, тези показания не съдържат данни, че първоначално предоставеният инсталационен пакет въобще е бил негоден за функциониране. Същата заявява, че *„тя не се въведе тази система, предполагам, че поради технически причини и не се работи никога с нея“*, както и, че *„реално не е поддържан този сайт, не беше инсталиран“*. От тези показания обаче не става ясно поради каква причина системата не е въведена – дали защото самият ответник не е предприел действия по нейното инсталиране и въвеждане в предприятието си, дали поради несъвместимост на хардуера на ответника със софтуера или поради дефект във софтуера. Ето защо, а и преценявани с оглед нейната заинтересованост съобразно чл. 172 ГПК, тези показания не са в състояние да убедят съда, че доставка на годен за инсталиране софтуер въобще не била извършена.

На трето място, това твърдение в жалбата противоречи на действията на самия ответник извън процеса. Както бе посочено по-горе, същият е заплатил лицензионната такса за покупката на софтуера в размер на 172 544,84 евро без ДДС на 16.11.2017 г., което е близо 2 месеца след сключване на договора от 14.09.2017 г. За съда е непонятно защо сериозен стопански субект като ответника ще заплаща софтуер, който въобще е негоден да функционира, без преди плащането да се увери в обратното. Още по-непонятни са и следващите две плащания за таксите за поддръжка за първите две тримесечия. Извършването на такива противоречи на нормалната стопанска логика, ако софтуерът въобще не е могъл да функционира. Същевременно, по делото не е представено нито едно доказателства, че преди процеса ответникът е заявил на ищеца възражението си, че софтуерът не му е бил предоставен или че е предоставен негоден за употреба или че в някакъв последващ момент е спрял да функционира. В представената електронна кореспонденция липсва дори и намек за това. Ето защо всички тези данни по косвен път доказват, че софтуерът е бил годен да употреба, а обратното твърдение на ответника е житейски неправдоподобно и не е в състояние да убеди съда във верността му.

3. При положение, че съдът приема за доказано, че процесният софтуер е бил първоначално предоставен от ищеца на ответника в годно за използване състояние /а и в първата

инстанция не се твърди обратното/, то в тежест на ответника е било да докаже твърденията си, че софтуерът първоначално е работил, но впоследствие е спрял да функционира. Доказателства в тази насока не са ангажирани. Както бе посочено, подобно твърдение не се съдържа и показанията на свидетелката Д., преценявани съобразно чл. 172 ГПК – тя твърди, че софтуерът въобще не е работил, а не, че е работил, но е спрял да работи от някакъв последващ момент, което показание се разминава с тезата на ищеца в първата инстанция. Същевременно, в представената по делото електронна кореспонденция също не се съдържа подобно твърдение на представител или служител на ответника, нито каквото и да е оплакване срещу функционирането на системата. В представеното от ответника предизвестие за прекратяване на договора от 22.05.2018 г. /л. 18 от делото на СГС/ не се споменава за какъвто е да е проблем със софтуера, нито се твърди неизпълнение от страна на ищеца. При това положение изцяло недоказано остава твърдението на ответника, че софтуерният продукт първоначално е работил, но впоследствие е спрял да функционира.

Неоснователно е и възражението, че ищецът не е извършвал никакви действия по поддръжката на софтуера, т.е. не е предоставял насрещната престация, за която претендира заплащане по процесните фактури. От съдържанието на договора, вкл. ОУ към него, следва, че таксата за поддръжка има абонаментен характер, а самата поддръжка се състои в осигуряване на ъпдейти, евентуално нови версии на продукта, ако такива са необходими, или оказване на съдействие при проблеми с функционирането на софтуера. Ответникът не твърди и доказва, че той е искал подобно съдействие, нито че е уведомил ищеца за някакви проблеми във функционирането на софтуера. Позоваване на подобни проблеми липсва и в предизвестията за прекратяване от 22.05.2018 г. За първи път подобни твърдения се навеждат в хода на настоящото дело, което само по себе си разколебава защитна теза на ответника.

4. Неоснователно е и възражението, че поради това неизпълнение ответникът е прекратил договора за поддръжка с предизвестие от 22.05.2018 г., получено от ищеца на 25.05.2018 г. Възражението е по-същество за разваляне на договора поради неизпълнение. Такова право на разваляне обаче не е породено, тъй като не е доказано подобно неизпълнение. Същевременно, в предизвестията от 22.05.2018 г. ответникът не се позовава на такова неизпълнение, поради което то не може да се приеме за изявление за разваляне. Съдържанието му сочи на упражнено право на прекратяване, на което всяка страна по договора има право съобразно т. 10.7, изр. 1 ОУ – с 3-месечно предизвестие. Съобразно същата клауза обаче това предизвестие влиза в сила в края на календарната година. Това означава, че договорът е бил прекратен с изтичането на 31.12.2018 г., т.е. считано от 1.01.2019 г. Процесните суми обаче се претендират за периода до края на 2018 г., когато договорът е бил действащ, поради което са дължими от ответника.
5. Неоснователно е и възражението, че ответникът не бил изпаднал в забава за сумите по

процесните фактури, тъй като те не били връчени или изпратени на ответника. Съобразно клаузите на сключения договор /т. 4.1.5 ОУ/ срокът за плащане на фактурите е 30-дни от издаването им, а не от връчването им на ответника, което е ирелевантно за забавата. Същевременно, от представената от ищеца електронна кореспонденция /л. 29 – 34 от делото на СГС/ е видно, че ищецът е изпращал, а ответникът чрез съответен служител от счетоводството си е получавал фактурите, като дори е потвърждавал получаването с обратни имейли, съдържащи търговската марка на ответника. Противно на доводите в жалбата посочената кореспонденция е надлежно заверена от процесуалния представител на ищеца съобразно чл. 184, ал. 1 ГПК. При това свидетелката на ответника Д. също потвърждава, че е получавала фактурите на своята електронна поща, след което ги е предоставяла на финансовия отдел на ответното дружество. Ето защо ответникът е изпаднал в забава с изтичането на 30-дневния срок от издаването на фактурите. Размерът на дължимите обезщетения за забава в размер на законната лихва за всяка главница по всяка отделна фактура правилно е определен от СГС.

Предвид горното исковете за главници и лихви са основателни и правилно са уважени с обжалваното решение.

Поради съвпадането на крайните изводи на въззивния съд с тези на първоинстанционния съд по отношение на предявените искове въззивната жалба следва да бъде оставена без уважение като неоснователна, а обжалваното с нея решение – потвърдено.

При този изход на спора право на присъждане на разноски има само ищецът. Същият е заявил съевременно искане в тази насока, като претендира разноски в размер на 4 693,99 лв. – адвокатско възнаграждение за въззивната инстанция по договор за правна защита и съдействие от 26.03.2021 г., фактура № 4338/26.03.2021 г. и преводно нареждане от 2.04.2021 г. В съдебното заседание на 5.04.2021 г. ответникът съевременно е възразил за прекомерност по отношение на това възнаграждение. Минималният размер на адвокатското възнаграждение, изчислен на база обжалвания интерес /по 72 523,07 лв./, възлиза на 2 705,69 лв. без ДДС или 3 246,83 лв. с ДДС – съобразно чл. 7, ал. 2, т. 4 от Наредба № 1/2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. Уговореното възнаграждение надхвърля с около 1/3 минимума, което по преценка на въззивния съд не го прави прекомерно. Ето защо възражението е неоснователно.

Така мотивиран Софийският апелативен съд,

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решението от 10.11.2020 г. по т. д. № 1717/2019 г. на Софийския градски съд, VI-6 състав, в обжалваната част.

ОСЪЖДА „Ганчев“ ЕООД с ЕИК – 115578046, със седалище и адрес на управление – гр.

София, район „Витоша“, ул. „Войводина могила“ № 48, да заплати на „САП България“ ЕООД с ЕИК – 130159785, със седалище и адрес на управление – гр. София, бул. „Цариградско шосе“ № 111, вх. В, ет. 3, **на осн. чл. 78, ал. 1 от ГПК сумата 4 693,99 лв.** – съдебни разноски за производството пред САС.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния касационен съд при условията на чл. 280 ГПК в 1-месечен срок от връчването му на страните.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____