

РЕШЕНИЕ

№ 53

гр. Бургас, 23.02.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

ОКРЪЖЕН СЪД – БУРГАС в публично заседание на тринадесети февруари през две хиляди двадесет и четвърта година в следния състав:

Председател: **СТОЯН П. МУТАФЧИЕВ**

при участието на секретаря Жана Авр. Кметска
като разглежда докладваното от **СТОЯН П. МУТАФЧИЕВ** Търговско дело № 20232100900439 по описа за 2023 година

за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е образувано по искова молба от „Минолби“ ЕООД против „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, с която са предявени два осъдителни иска в условията на евентуалност – главен иск по чл.79, ал.1, предл.1 от ЗЗД и евентуален иск по чл.79, ал.1, предл.2 от ЗЗД.

В исковата молба се твърди, че ищецът е потребител на мобилни съобщителни електронни услуги съгласно Договор № 503554975 с Приложение №1 от 03.12.2021 г. при мобилен оператор – ответникът „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД за 2161 услуги (мобилни услуги/телефонни номера, телевизия, интернет-пакети) – за краткост Договора.

Посочва се, че в Приложението, в раздел IV Отстъпки, т.2 Допълнителни отстъпки, операторът поема ангажимент към ищеца да му предостави крайни устройства в срока на Договора, като отстъпка от цената, дължима за предоставените от оператора услуги, като общият размер на отстъпката е до 80 000 лв. без ДДС. Отстъпката се усвоява на части, като устройствата по нея се получават от абоната след писмена заявка, и с приемо-предавателен протокол.

Набляга се, че операторът, в изпълнение на договореното, е предоставил на „Минолби“ ЕООД крайни устройства на стойност 39 991.36 лв. без ДДС. За предоставяне на устройства за разликата до 80 000 лв. без ДДС ищецът е правил множество заявки по електронната поща на оператора, като нито една от тях не е удовлетворена.

Последвали са отговори, че заявените устройства не са в наличност. Упражнявайки правото си на избор в рамките на договорената отстъпка, ищецът прави нови заявки за друга марка и модел устройства, на които отново получава отговор, че няма наличност, или не следва отговор. Ответникът не предлага алтернативни устройства на заявените и не се ангажира със срок на доставка. Заявките са отправяни след запознаване с предлаганите от оператора артикули, както на неговата интернет-страница, така и в магазинната му мрежа.

Ищецът твърди, че съгласно правилото на т.нар. концентрация по чл. 132 от ЗЗД, ако за невъзможността е отговорна страната, която няма правото на избор, другата страна може да избира: кредиторът може да избере или изпълнение с някой от възможните предмети на задължението, или обезщетение вместо невъзможния..."

Според ищеца в Договора изборът е предоставен на абоната, и такъв е правен няколкократно с писмени заявки до оператора. Тъй като операторът отговаря, че не разполага с наличност към момента и не уведомява ищеца кои алтернативни устройства на заявените може да осигури, или въобще не се ангажира с отговор по заявките, за дружеството е налице правен интерес от търсене на обезщетение за неизпълнение на предмета на задължението от страна на ответника.

При нежелание от страна на ответника да изпълни задължението си напълно и в срок чрез предоставяне на определени по вид и модел крайни устройства в рамките на отстъпката, на осн. чл. 79, ал. 1, предл. второ от ЗЗД, ищецът счита, че има право да иска компенсаторно обезщетение вместо реално изпълнение за разликата между стойността на договорената отстъпка от 80 000 лв. без ДДС и стойността на действително предоставената отстъпка от ответника – 39 991,36 лв. без ДДС, или обезщетение в размер на 40 008.64 лв. без ДДС. Тази разлика се явява претърпяна от ищеца имуществена вреда, изразяваща се в пропуснатата полза, поради лишаването му от възможността да получи крайни устройства за посочения паричен размер като договорена с оператора отстъпка от цената за предоставените от него услуги.

Ищецът кани ответника в срока за отговор на исковата молба да изпълни в пълен обем задълженията си по съгласуваната отстъпка, като предаде крайни устройства с посочени в молбата показатели. Ако не изпълни задължението, ответникът да заплати на ищеца сумата от 40 000,64 лева без ДДС като обезщетение за неизпълнение за разликата до пълния размер на отстъпката от 80 000 лева с ДДС.

С петитума ищецът иска да бъде осъден ответникът да му предаде крайни устройства - 20 бр., марка Iphone, модел 15 Pro 128 GB, цвят Titanium, с най високата стойност от ценовата листа за бизнес абонати от 1949.99 лв. без ДДС за 1 бр., или на обща стойност от 38 999,80 лв. без ДДС.

В условията на евентуалност, в случай че ответното дружество се позове на обективна невъзможност реално да изпълни задължението си, произтичащо от Договора, да бъде осъдено да заплати на осн. чл. 79, ал. 1, предл. второ от ЗЗД сумата от 40 008.64 лв без ДДС, представляващи обезщетение за неизпълнение за разликата до сумата от 80 000 лв. без ДДС, каквато е пълната стойност на отстъпката от цената на предоставените от него услуги, съгласно посочените по-горе договорни разпоредби, и която стойност се явява пропуснатата полза за ищеца „Минолби“ ЕООД, ведно със законната лихва върху главницата от датата на предявяване на иска, до окончателното ѝ заплащане.

Според разпоредбата на чл.365, ал.1, т.1 от ГПК по реда на тази глава окръжният съд разглежда като първа инстанция искове с предмет право или правно отношение, породено или отнасящо се до търговска сделка, включително сключването, тълкуването, действителността, изпълнението, неизпълнението или прекратяването ѝ, последиците от прекратяването ѝ, както и за попълване на празноти в търговска сделка или приспособяването ѝ към нововъзникнали обстоятелства. Ищецът е юридическо лице търговец и се позовава на сключен с ответника (също търговец) Договор, който е търговска сделка на основание чл.1, ал.1, т.13 от ТЗ, поради което спорът подлежи на разглеждане по реда на глава 32 от ГПК.

Ето защо ответникът има право на отговор на исковата молба в двуседмичен срок от получаване на съобщението, а не в едномесечен. Това изрично е посочено в съобщението до ответното дружество, което съобщение, заедно с книгата по делото и с разпореждане № 1818/07.11.2023 г., е получено на 21.11.2023 г. Срокът за отговор на исковата молба е изтекъл на 05.12.2023 г., като в него такъв не е постъпил, поради което размяната на книга е преустановена.

С определение № 1189/22.12.2023 г. съдът е оставил без разглеждане възражението на „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, обективизирано в отговор на исковата молба с вх. № 21943/22.12.2023 г. (подаден след законовия и указан от съда срок), за прекратяване на делото и изпращането му по подсъдност на Софийски градски съд. Това определение не е

атакувано от ответника и е влязло в сила.

В съдебно заседание процесуалният представител на ищеца и управителят на дружеството поддържат исковата молба и молят съда да уважи претенциите, като присъди на страната сторените по делото разноски.

В съдебно заседание процесуалният представител на ответника оспорва исковете и моли съда да ги отхвърли, като присъди на страната сторените по делото разноски.

Бургаският окръжен съд, след като взе предвид събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Не е спорно между страните, че са обвързани от Договор № 503554975 от 03.12.2021 г. (за краткост Договора), като броят на предоставените от мобилния оператор на ищцовото дружество СИМ карти е 2161. Не е спорно също така, че неразделна част от Договора е Приложение № 1 (за краткост Приложението). Според раздел IV „Отстъпки“, т.2.1. от Приложението операторът предоставя на абоната крайни устройства като отстъпка от цената, дължима за предоставените по Договора услуги, която се определя въз основа на броя на активираните СИМ карти. Отстъпката е валидна само в рамките на Срока на ползване, определен в Приложението, който е от 03.12.2021 г. до 03.12.2023 г. Крайните устройства и тяхната стойност се описват в приемо-предавателен протокол, подписан от представители на абоната и на оператора. Общият размер на отстъпката по тази точка, която може да бъде получена от абоната в рамките на срока на ползване, е до 80 000 лева без ДДС. След изтичане на срока отстъпката отпада. Крайните устройства се получават по следния начин: стойността на отстъпката следва да се усвоява от абоната на части в рамките на договорения срок на ползване; крайните устройства следва да бъдат заявявани от абоната с писмена заявка, в която последният посочва вида и броя на крайните устройства, които е избрал от ценоразписа за бизнес клиенти на А1.

Установява се от материалите по делото, че са съставени 20 броя приемо-предавателни протоколи за предоставени на дружеството ищец устройства от следните дати: 16.03.2022 г. (за два апарата на обща стойност 3292,48 лева); 03.08.2022 г. (за два апарата на обща стойност 2199,98 лева); 04.08.2022 г. (за два апарата на обща стойност 2416,65 лева); 27.10.2022 г. (за един апарат на стойност 1859,99 лева); 07.01.2022 г. (три апарата на обща стойност 6232,47 лева); 05.01.2022 г. (един апарат на стойност 749,99 лева); 16.12.2021 г. (един апарат на стойност 1829,99 лева); 04.11.2022 г. (два апарата на обща стойност 967,48 лева); 13.09.2022 г. (един апарат на стойност 1439,99 лева); 27.10.2022 г. (един апарат на стойност 2887,49 лева); 23.09.2022 г. (един апарат на стойност 1859,99 лева); 27.01.2022 г. (един апарат на стойност 1599,99 лева); 26.08.2022 г. (един апарат на стойност 599,99 лева); 26.07.2022 г. (един апарат на стойност 314,99 лева); 08.12.2021 г. (четири апарата на обща стойност от 4004,96 лева); 02.08.2022 г. (един апарат на стойност 474,98 лева); 16.12.2021 г. (един апарат на стойност 569,99 лева); 21.12.2021 г. (един апарат на стойност 2077,49 лева); 23.12.2021 г. (два апарата на обща стойност 4154,98 лева); 25.07.2022 г. (един апарат на стойност 299,99 лева).

В свое становище от 08.01.2024 г. ищецът признава, че на 12.01.2022 г. е получил устройство марка „Епъл“, модел „Айфон 13“ с IMEI 350852698417334 на стойност 1597,49 без ДДС, но приемо-предавателен протокол за това не е съставен.

Не е спорно между страните, че на 26.10.2023 г. ищцовото дружество получава по електронна поща писмо от оператора, с което последният уведомява абоната, че считано от 26.10.2023 г. „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД прекратява ползването от дружеството услуги по договор № 503554975/2021 г. на основание Раздел 9 от Общите условия за взаимоотношения между оператора и крайните ползватели на обществените мобилни наземни мрежи на „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД (за краткост ОУ). На същата дата са изпратени и кратки съобщения (СМС-и) на СИМ картите, ползвани от абоната, със следното съдържание – А1 Ви информира, че на основание приложените общи условия, считано от 26.10.2023 г. преустановява предоставянето на услугите по договор № 503554975/2021 г.

Видно от Раздел IX „Прекратяване на договора за услуги и спиране на достъпа до

мрежата/мрежите“ от ОУ, публикувани на интернет страницата на оператора, т.54, А1 има право едностранно да прекрати Договора за услуги в изчерпателно посочени хипотези в точки от 54.1. до 54.13. На коя от тези хипотези се позовава операторът, не става ясно нито от съдържанието на електронното писмо, нито от това на кратките съобщения.

По доказателствата:

Така изложената фактическа обстановка съдът прие за установена въз основа на събраните по делото писмени доказателства и на фактите, за които страните не спорят.

При така установените факти съдът намира от правна страна следното:

Предявени са два осъдителни иска в условията на евентуалност – главен иск по чл.79, ал.1, предл.1 от ЗЗД и евентуален иск по чл.79, ал.1, предл.2 от ЗЗД, които са допустими.

По основателността на главния иск, съдът намира следното:

Неоснователно е твърдението на ответника, че делото е образувано един ден след изпращане на съобщението за прекратяване на Договора, а именно на 27.10.2023 г. Исковата молба е предявена пред РС – Бургас на 26.09.2023 г., от който момент делото следва да се счита образувано пред ОС – Бургас на основание чл.118, ал.2 от ГПК.

Възражението на ответника, че Договорът е прекратен, считано от 26.10.2023 г., е неоснователно, защото волеизявлението не е надлежно извършено. Както вече се посочи, операторът не конкретизира на коя хипотеза от Раздел IX от ОУ се позовава, за да прекрати Договора, поради което нито абонатът, нито съдът могат да преценят дали конкретно задължение не е изпълнено от дружеството ищец и какви са последиците от това неизпълнение. Извън горното, някои от основанията за прекратяване на Договора изискват операторът да предостави срок за изпълнение или едномесечно предизвестие, което условие видно от писмото и от кратките съобщения не е изпълнено.

Ето защо следва да се приеме, че Договорът не е прекратен на 26.10.2023 г. Срокът на отстъпката е от 03.12.2021 г. до 03.12.2023 г.

От представената с исковата молба кореспонденция по електронна поща само едно писмо съдържа искане за предоставяне на устройства на основание Приложението. Останалите писма касаят питання от страна на ищцовото дружество за налични апарати. Приложената към становище на ищцовото дружество от 08.01.2024 г. кореспонденция по електронна поща също не съдържа искане за предоставяне на конкретни устройства на основание Приложението. Що се касае до приложената кореспонденция към становище на ищеца от 06.02.2024 г., то същата не следва да се цени, тъй като е представена след преклузивния срок за сочене на доказателства, който е първото по делото съдебно заседание. Страната не сочи уважителни причини, поради които представя тази кореспонденция след приключване на съдебното заседание, в което съдът е направил доклад по делото и е разпределил доказателствената тежест между страните.

Въпреки това ищцовото дружество е отправило до оператора ответник надлежна заявка с исковата молба, в която са посочени вид, брой и цена на крайните устройства, които абонатът претендира на основание Приложението. Препис от исковата молба е получен от ответника на 21.11.2023 г., т.е. в срока на действие на отстъпката, но въпреки това заявката не е изпълнена.

Тук се налага следното уточнение:

Видно от съдържанието на приемо-предавателни протоколи от 03.08.2022 г. и от 04.08.2022 г. IMEI и модел на апаратите съвпадат, но цената на смарт часовника е различна във втория протокол. В този смисъл следва да се приеме, че е налице фактическа грешка при изписване на характеристиките на смарт часовника във втория протокол, поради което са представени реално три апарата (два смарт часовника и един мобилен апарат) на обща стойност от 3116,64 лева, а не четири.

Неоснователно е възражението на ищеца, че апарат марка „Епъл“, модел „Айфон 12“ не му е предоставен с приемо-предавателен протокол от 16.03.2022 г. Видно от съдържанието на протокола той е подписан от представител на ищцовото дружество, поради

което не се твърди неистинност на частния документ по смисъла на чл. 193 ГПК, защото не се оспорва че страната е направила съответното изявление, а се оспорва съдържанието на документа по смисъла на чл. 164, ал. 1, т. 6 ГПК. По делото липсват доказателства за признание от ответника, че не е предоставил такъв апарат на ищеца, или други доказателства, от които да се направи извод, че приемо-предавателният протокол е истински, но с невярно съдържание.

Ето защо стойността на този апарат следва да се включи в общата сума по отстъпката, предоставена от ответника. Към тази сума следва да се прибави и сумата от 1597,49 лева, тъй като реално ищцовото дружество е получило на 12.01.2022 г. апарат на такава стойност, видно от признанието на ищеца в становището му от 08.01.2024 г. Следователно ответникът е предоставил на ищеца по отстъпката от Приложението устройства на обща стойност 39 931,36 лева.

Неоснователно е възражението на ответника, че няма задължение да предостави отстъпка в размер на 80 000 лева. От логическото тълкуване на клаузата от Приложението, уреждаща отстъпката, следва, че е право на абоната да поиска отстъпка в размер максимум от 80 000 лева без ДДС, респективно задължение на оператора да му я предостави до този размер, ако същата е надлежно заявена в срока ѝ на действие. Предвид приетата по делото предоставена част от отстъпката, остава дължимата отстъпка в размер на 40 068,64 лева без ДДС. Тъй като правото на избор, какви устройства като вид и брой да заяви, е на ищеца по делото, с исковата молба той е направил този избор, като е посочил цена на устройствата, съобразно ценоразписа за бизнес клиенти на А1, т.е. исковата молба има функцията на заявка. Операторът не оспорва размера на главния иск – видно от становището му от 24.01.2024 г. В предоставения му срок в исковата молба, а именно – един месец от получаване на отговора на исковата молба, ответникът не е предоставил посочените в исковата молба устройства, нито се е възползвал от възможността да изпълни с алтернативни такива на същата цена.

Ето защо главният иск следва да бъде уважен изцяло.

Поради уважаване на главния иск, не се е сбъднало процесуалното условие за разглеждане на евентуалния иск, поради което съдът не дължи произнасяне по него.

По разноските:

С оглед изхода на делото право на разноски има само ищецът, които с оглед списък по чл.80 от ГПК се заключават в заплатени държавна такса и адвокатско възнаграждение. На ищеца следва да се присъди само държавната такса за главния иск, защото евентуалният иск не е разгледан, поради което държавната такса за него не може да се възложи в тежест на ответника – аргумент от Определение № 211 от 9.06.2022 г. на ВКС по ч. гр. д. № 581/2022 г., III г. о. Евентуалността в случая включва и материалноправно условие, което не съществува при предявяването на иска, не настъпва и до приключване на делото, а именно – ответникът да се позове на обективна невъзможност да изпълни задължението си, произтичащо от Договора, по главния иск.

Ответникът е заявил надлежно на основание чл.78, ал.5 от ГПК възражение за прекомерност на изплатеното от ищеца адвокатско възнаграждение, поради което съдът следва да се произнесе по неговата основателност.

Видно от представения по делото договор за правна защита и съдействие от 17.10.2023 г. адвокатското възнаграждение е определено „за завеждане на дело и за процесуално представителство“ и е в размер на 1700 лева. Според чл.2, ал.5 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения (за краткост Наредбата) за процесуално представителство, защита и съдействие по граждански дела възнагражденията се определят съобразно вида и броя на предявените искове, за всеки един от тях поотделно независимо от формата на съединяване на исковете. При липса на уточнения в договора за правна защита следва, че ищецът е заплатил за всеки един от исковете по 850 лева. Тъй като евентуалният иск не е разгледан, то в полза на ищеца следва да се присъди само сума от 850 лева. Възнаграждение в този размер не е прекомерно с оглед

материалния интерес по делото – чл.7, ал.2, т.4 от Наредбата.

Мотивиран от горното съдът

РЕШИ:

ОСЪЖДА „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, ЕИК – 131468980, да предаде на „Минолби“ ЕООД, ЕИК – 201995159, 20 (двадесет) броя крайни устройства марка „Епъл“, модел „Айфон 15 Pro 128 GB“, цвят – титаниев, на обща стойност 38 999,80 лева (тридесет и осем хиляди деветстотин деветдесет и девет лева и осемдесет стотинки) без ДДС, като отстъпка от цената съгласно т.2.1. от Приложение № 1 към Договор № 503554975/03.12.2021 г.

ОСЪЖДА „А1 БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, ЕИК – 131468980, да заплати на „Минолби“ ЕООД, ЕИК – 201995159, сумата от 2409,99 лева (две хиляди четиристотин и девет лева и деветдесет и девет стотинки) разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване пред Бургаския апелативен съд в двуседмичен срок от съобщаването му на страните.

Съдия при Окръжен съд – Бургас: _____