

# РЕШЕНИЕ

№ 41

гр. Варна, 09.02.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АПЕЛАТИВЕН СЪД – ВАРНА, I СЪСТАВ**, в публично заседание на  
единадесети януари през две хиляди двадесет и трета година в следния  
състав:

Председател: Магдалена Кр. Недева

Членове: Георги Йовчев  
Даниела Д. Томова

при участието на секретаря Десислава Ив. Шинева Чипева  
като разгледа докладваното от Магдалена Кр. Недева Въззивно търговско  
дело № 20223001000582 по описа за 2022 година

за да се произнесе, взе пред вид следното :

Производството по делото е по реда на чл.258 ГПК.

Образувано е по подадена въззивна жалба от **„КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ 2” ЕООД**, ЕИК124701621, със седалище и адрес на управление гр. София, бул. България № 51 Б, ет.4, представлявано от управителя К - К Д, против решение № 283/13.07.2022г. на Варненския окръжен съд, търговско отделение, постановено по т.д. № 793/2021г., с което са отхвърлени предявените от него против **„ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ” АД**, ЕИК 103533691, със седалище и адрес на управление гр.Варна, р-н Владислав Варненчик, ВАРНА ТАУЪРС - Г, бул.Владислав Варненчик №258 искове с правно основание чл.79, ал.1 и чл.86 ЗЗД за осъждане на ответника да му заплати следните суми: остатъци от начислена цена за продадена през 2018г., но неплатена по преференциални цени за ВтеЦ, работеща над 2250 ефективни часа годишно произведена ел. енергия от възобновяем източник за нетно специфично производство над 2000 до 2300 квч, а и м е н н о : **122 994.79 лв.**, като остатък по Дебитно известие №144/30.11.2018г. към Фактура №143/12.11.2018г. за горница над цена за излишък до нормирана цена за

количества произведени през м. октомври 2018г. и **126 184.66 лв.**, като остатък по Фактура № 145/30.11.2018г. над заплатена цена за излишък до нормирана преференциална цена за количества произведени през м. ноември 2018г.; обезщетение за забавено плащане на същите суми за период от 16.12.2018г. (след изтичане на уговорен падеж от получаване на платежните документи) до 17.11.2021г. (предявяване на претенциите), а именно: **36 454.29 лв.** върху главницата за м. октомври 2018г. и **37 399.75 лв.** върху главницата за м. ноември 2018г., както и акцесорни претенции за присъждане на законната лихва от депозирание на искова молба на 02.12.2019г. до окончателно изплащане на дълга по банкова сметка на ищеца и с което решение дружеството е осъдено да заплати 11 436лв разноски за водене на делото в първата инстанция. Въззивникът счита обжалваното решение за неправилно поради нарушение на материалния закон, съществени нарушения на съдопроизводствените правила и необоснованост, поради което моли същото да бъде отменено в цялост и вместо него постановено друго, с което предявените искове бъдат уважени. Изложени са подробни аргументи, свеждащи се до твърдения за постановяване на решението в противоречие на Тълкувателно решение № 1/2017г. от 09.07.2019г. по т.д. № 1/2017г. на ОСГТК на ВКС, тъй като е издадено в нарушение на чл.229 ал.1 т.4 от ГПК, а именно – при наличие на преюдициален спор предвид висящото производство по проверка на законосъобразността на Решение СП-5/28.03.2019г. на КЕВР, което е предмет на касационно обжалване и не е влязло в сила. Решението е постановено и при нарушение на материалния закон, тъй като съдът изобщо не е приложил релевантната към настоящия спор материалноправна норма и не е анализирал ефекта на измененията на ЗЕВИ от м.юли 2015г. върху механизма на заплащане на производители от ВяЕЦ. Изразено е несъгласие с извода на първоинстанционния съд, че ВяЕЦ не може да се отнесе едновременно към централите, работещи до 2 250 часа и тези, работещи над 2 250 часа в рамките на една календарна година. Счита, че с отмяната на решение СП -1 в приложимия към настоящия спор раздел втори с обратна сила са отпаднали праговите стойности на НСПЕ, установени в решението, което води до извода, че за жалбоподателя не съществува императивно ограничение да продава произведената от него ел.енергия по преференциални цени до определено количество. Неправилно първоинстанционният съд е анализирал ефекта на измененията на ЗЕВИ от м.юли 2015г. върху механизма

на производителите на ВЯЕЦ. Според него с това изменение не се въвеждат нови пазарни механизми или нова регламентация на пазара, още по-малко се преуреждат съществуващите договори и пазарни практики. В този смисъл определените в т.8 и т.9 от Решение Ц-10 преференциални цени остават непроменени и се прилагат, както са се прилагали преди изменението на ЗЕВИ, като единствената промяна, въведена с измененията на ЗЕВИ са максималните количества ел.енергия, които се изкупуват по преференциални цени. Решението е и необосновано, тъй като съдът не е разгледал нито един от аргументите и твърденията на жалбоподателя, не се е произнесъл по валидността на Решение Сп-5.

Въззиваемата страна счита жалбата за неоснователна и моли съда да я остави без уважение, като потвърди обжалвания съдебен акт като правилен и законосъобразен.

Третото лице-помагач на ответника НЕК, ЕАД изразява становище за допустимост и неоснователност на въззивната жалба.

Съдът, за да се произнесе по съществото на въззива, прие за установено следното :

Предявеният иск е с правно основание чл.79 ал.1 ЗЗД вр.чл.86 ЗЗД.

Ищецът „**КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ 2**” ЕООД, ЕИК124701621, със седалище и адрес на управление гр. София, бул. България № 51 Б, ет.4, представлявано от управителя К - К Д претендира от ответника „ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ” АД, ЕИК 103533691, със седалище и адрес на управление гр.Варна, р-н Владислав Варненчик, ВАРНА ТАУЪРС - Г, бул.Владислав Варненчик No258 заплащане на дължимите суми на основание Договор за изкупуване на електрическа енергия, произведена от възобновяем енергиен източник No85 от 11.06.2009г., както следва: главница в размер на 122 994,79лв – произведена и доставена, но незаплатена електрическа енергия за месец **октомври** 2018г., както и обезщетение за забава в размер на 36 454,29лв за периода от 16.12.2018г. до датата на предявяване на иска 17.11.21г., ведно със законната лихва за забава върху горните суми от исковата молба до окончателното изплащане на задължението; главница в размер на 126 184,66лв - произведена и доставена, но незаплатена електрическа енергия за месец **ноември** 2018г., както и обезщетение за забава в размер на 37 399,75лв за периода от 16.12.2018г. до датата на предявяване

на иска 17.11.21г., ведно със законната лихва за забава върху горните суми от исковата молба до окончателното изплащане на задължението.

От събраните по делото доказателства безспорно се установява следната фактическа обстановка:

Ищецът е производител на електрическа енергия от ВяЕЦ, която е присъединена към електроразпределителната мрежа на основание Договор за присъединяване на обект на независим производител на електрическа енергия No ДУА-844/10.09.2008-3086-ВГ-25.09.2008-4060-ВГ-27.10.2008 от 12.11.2008г., а ответното дружество е краен снабдител на електрическа енергия и е титуляр на Лицензия за дейността крайно снабдяване с електрическа енергия NoЛ- 139-11/13.08.2004г. издадена от ДКЕВР /допълнена с последващо Решение NoИ1-Л-139/09.12.2013г. на ДКЕВР/.

По силата на сключения между страните по спора Договор за изкупуване на електрическа енергия ищецът, в качеството си на производител, продава произведената от него електроенергия, която ответникът изкупува при условията на договора, ЗЕВИ и Наредба No 1/14.03.2017г. за регулиране на цените на електроенергията, в редакция към процесния период, на база издадени от производителя фактури по преференциална цена, определена от КЕВР с Решение Ц-10/30.03.2011г.

Съгласно чл.18 от договора цената за продажба на ел.енергия е регулирана и се определя от ДКЕВР, като към датата на сключване на договора същата се определя от Решение № Ц-04/30.03.2009г. и е в размер на 189лв / МВч. Съгласно ал.4 след достигане на 2 250 пълни ефективни годишни часове на работа на електроцентралата, за следващите пълни ефективни годишни часове на работа до края на календарната година, цената е 172лв/МВч без ДДС.

След отмяната на ЗВАИБ и приемането на ЗЕВИ, считано от 03.05.2011г. и в изпълнение на чл.31 от ЗЕВИ преференциалната цена, приложима към договора през процесния период се определя с Решение Ц-10/30.03.2011г. на ДКЕВР.

Безспорно е още, че през м.октомври 2018г. ВяЕЦ на ищеца достигнала НСП от 2 000КВч от 1 КВ инсталирана мощност при работа до 2 250 работни часа. Ищецът произвел и доставил на ответника електроенергия в общ размер на 972,950 МВч, за които издал фактура № 142/31.10.2018г. на

стойност 88 433,47лв с ДДС, като продажната цена за количеството от 391,393 МВч до достигане на НСП е преференциална – 188,29лв/МВч и фактура № 143/12.11.18г. на стойност 8 406,85лв с ДДС, като продажната цена на 581,557 МВч електроенергия над НСП от 2 000 КВч е цена за излишък на балансиращия пазар в размер на 12,04лв/МВч. Когато централата на ищеца надминала 2 250 часа, за произведената електроенергия от 581,557 МВч ищецът издал дебитно известие № 144/30.11.2018г. към фактура № 143/12.11.2018г. на стойност 122 994,79 лв с ДДС, представляващи разликата между преференциалната цена по т.8 от Решение Ц-10 на КЕВР и заплатената сума по цена за излишък, приемайки, че за цялата произведена през м.октомври 2018г. електроенергия му се дължи преференциална цена.

През м.ноември 2018г. ищецът произвел и доставил на ответника 618,443 МВ над НСП от 2 000КВч, за което издал фактура № 145/30.11.2018г. на стойност 136 054,36лв с ДДС, като продажната цена за количеството от 418,443 МВч, произведено преди достигане на 2 250 часа работа и след достигане на НСП от 2 000 КВч е 188,29лв/МВч – преференциална цена по т.8 от Решение Ц-10 на КЕВР, а за количеството от 200 МВч, произведено след достигане на 2 250 часа работа и преди достигане на НСП от 2 300 КВч е 172,95лв/МВч – преференциална цена по т.9 от Решение Ц-10 на КЕВР.

За цялата произведена през м.октомври 2018г. електроенергия ищецът получил заплащане по преференциална цена за 391,393 МВч, а за останалите 581,557 МВч получил плащане по цена за излишък.

За цялата произведена електроенергия през м.ноември 2018г. от 618,443 МВч ищецът получил заплащане по цена за излишък.

Основният спорен между страните въпрос, пренесен и пред настоящата инстанция, се свежда до цената, която следва да бъде заплатена за процесните количества електроенергия – дали това е преференциалната цена, определена с Решение Ц-10 на ДКЕВР или е цената за излишък на балансиращия пазар, определена от ЕСО, ЕАД по реда на ПТЕЕ. В тази връзка съдът съобрази следното :

Договорът за изкупуване на електроенергия от 2009г. е сключен по време на действие на ЗЕВИАЕИБ, който е предвиждал в срок от 15 години изкупуване на цялото производство по преференциални цени, формирани от 80% от средните на пазара с добавка за стимулиране на този вид

производство, определяни периодично от ДКЕВР по критерии в зависимост от вида на първичния енергиен източник. На 03.05.2011г. влиза в сила ЗЕВИ, параграф 7 ал.1 от ПЗР на който определя, че дългосрочните договори за изкупуване на електроенергия от възобновяеми източници запазват действието си, с преференциална цена за изкупуване действаща към датата на влизане в сила на закона. В случая това е цената, определена с Решение Ц-10 на КЕВР. След влизане в сила на ЗЕВИ по тази преференциална цена е изкупувано цялото количество електроенергия, произведена от ищеца до изменението на чл.31 ал5 от ЗЕВИ – ДВ бр.109/13г. в сила от 01.01.2014г., според което крайният снабдител има задължението за изкупуване на произведената от ВИ електроенергия по преференциална цена за количествата до размера на определената средногодишна продължителност на работа, определена от енергийния регулатор за конкретния производител, а за надхвърлящите произведени количества – по утвърдени цени за крайните снабдители и електроразпределителни дружества.

С изменението на нормата на чл.31 ал.5 от ЗЕВИ /обн.ДВ бр.56 от 24.07.2015г./ се въвежда принципна промяна на регламентацията на пазара на произведената от възобновяем източник електрическа енергия. С това изменение законодателят вече ограничава преференциално изкупуваното производство не само като цени, но и като обем, като въвежда праг ("нетно специфично производство" или НСП), до който крайният снабдител е задължен за изкупи по вече замразените за този производител преференциални цени, а съответно остатъкът от производството, доколкото не е договорено за свободна доставка на други клиенти, може да бъде също изкупено от крайния снабдител и съответно доставено на обществения доставчик, но на много по-ниските цени за излишъци на балансиращия пазар. Тъй като критерият за обема на преференциалното производство, определен в § 1 т.29 от ДР ЗЕВИ, е бил въведен именно с това изменение, до този момент не е бил прилаган в отношенията между участниците на пазара. Съгласно легалната дефиниция, съдържаща се в пар.1, т.29 от ДП на ЗЕВИ, „нетното специфично производство“ - НСП е средногодишното производство на ел.енергия от 1 кВ инсталирана мощност съгласно решението на КЕВР за определяне на преференциални цени след приспадане на собствените нужди. В § 17 от ПЗР на ЗИД на ЗЕ е предвидено, че „ в срок до 31.07.2015 г., в съответствие със ЗЕВИ КЕВР приема решение, с което установява нетно

специфично производство на ел. енергия, въз основа на което са определени преференциалните цени в съответните решения на комисията, приети до влизане в сила на този закон.“ В изпълнение на това законово задължение, с решение No СП-1/31.07.2015г. КЕВР определя нетното специфично производство на ел. енергия, като критерият е работа до и над 2 250 годишни часове на ветровите генератори. Произведената и продадена ел.енергия над така определените в Решение СП-1/31.07.2015г. нетни количества се изкупува по цена на излишък. Разпоредбата на чл.31 ал.5 от ЗЕВИ на общо основание намира приложение както към бъдещи производители, така и към тези, които вече имат сключени дългосрочни договори, доколкото ЗИД на ЗЕВИ не съдържа норми, изключващи действието му от определени заварени правоотношения.

Настоящият състав споделя и трайно наложилото се в съдебната практика по приложението на посочената разпоредба разбиране, че ако се допусне, че един и същи производител може да промени началното си планиране и да преминава от една към друга тарифа в рамките на една и съща година, това би довело до получаване на приход на производителя над заложената за съответната група централи норма на възвращаемост на разходите и би обезсмислило самата нова регулация, целяща ограничаване на приход над нормирана обща възвращаемост от инвестиция в полза на обществото. Т.е. – дори и да се приеме, че първоначално страните по спора са договорили заплащане на изкупуваната ел.енергия от ищцовата ВяЕЦ по двете преференциални цени, то след влизането в сила на изменената редакция на чл.31 ал.5 от ЗЕВИ от 25.07.2015г., тази договореност не намира приложение, тъй като противоречи на въведеното с изменението на закона ограничение за изкупуване по преференциална цена. В този смисъл и в мотивите към законопроекта за изменение на чл.31 ал.5 от ЗЕВИ изрично е разписано, че замяната на понятието „средногодишна продължителност на работата“ с „нетно специфично производство на ел.енергия“ цели да създаде условия по преференциални цени да бъдат изкупувани само онези количества ел.енергия, „които осигуряват приходи на производителите от възобновяеми източници, съответстващи на заложената норма на възвръщаемост в определените преференциални цени със съответните решения на КЕВР“. Целта на изменението на закона е да постигне баланс между разходите на обществения доставчик и нормата на възвръщаемост на производителите,

заложена в определените преференциални цени по начин, който изключва възможността от неоснователно обогатяване на последните. Горното налага извода, че липсва законова възможност произведената и продадена от ищеца ел.енергия за процесния период да бъде изкупена по двете преференциални цени.

Другият спорен между страните въпрос касае правните последици от отмяната на решение No СП-1/31.07.2015г. на КЕВР в частта му по т.1.7 с решение № 1115/28.01.2019г. на ВАС по адм.дело № 5284/2018г. С оглед на тази отмяна, която действа с обратна сила и спрямо всички, въззивникът твърди, че към момента на постановяване на обжалваното решение не е съществувало НСПЕ, въз основа на което ответникът да откаже да извърши плащане на дължимите суми към него.

Действително решение No СП-1/31.07.2015г. на КЕВР в частта му по т.1.7, посочваща НСПЕ, което единствено подлежи на заплащане по преференциална цена, е отменено като незаконосъобразно с решение № 1177/23.02.2018г. по адм.д.№ 8522/2015г. на АССГ. С решение № 1115/28.01.2019г. по адм.дело № 5284/2018г. ВАС е потвърдил решение № 1177/23.02.2018г. по адм.д.№ 8522/2015г. на АССГ, в която е отменена т.1.7 от Решение СП-1 и е обезсилил решението в частта, с която е отменена т.1.8 от Решение СП-1. С оглед на това КЕВР е приела Решение СП-5/28.03.2019г., с което на основание пар.17 от ПЗР на ЗИД на ЗЕ / ДВ бр.56/2015г./ установява, считано от 31.07.2015г. НСПЕ в размер на 2 000КВч, въз основа на което е определена преференциална цена за ВяЕЦ, работещи до 2 250 часа по т.8 от Решение Ц-10/30.03.2011г. на КЕВР. Новото решение е прието въз основа на закона, поради което твърдението на въззивника, че със свое решение № 1115/28.01.2019г. ВАС не връща делото на КЕВР за ново произнасяне и не дава на регулатора задължителни указания в тази връзка е ирелевантно.

При това положение твърдението на ищеца, че липсва НПСЕ, което да бъде изкупувано по преференциални цени, се явява неоснователно.

Оплакването в жалбата, че обжалваното решение е постановено в противоречие на Тълкувателно решение No 1/2017г. от 09.07.2019г. по т.д. No 1/2017г. на ОСГТК на ВКС, тъй като е издадено в нарушение на чл.229 ал. т.4 от ГПК, а именно – при наличие на преюдициален спор предвид висящото



производство по проверка на законосъобразността на Решение СП-5/28.03.2019г. е неоснователно.

С решение No 60130/3101.2022г. на ВКС, ТК, второ т.о., постановено по т.д. No 1681/2020г., което настоящият състав изцяло споделя, касационната инстанция приема, че „преценено във връзка с предпоставките по чл.229 ал.1 т.4 ГПК и предмета на конкретния правен спор, обжалването пред административен съд на приетото от КЕВР повторно решение СП-5, след отмяната на първоначално приетото, не обосновава необходимост от спиране на производството по предявените осъдителни иски за парични вземания за цена на произведена от ВИ ел.енергия“. Поради особената значимост на обществените отношения, регулирани с приетите от КЕВР решения, законодателят е допуснал отклонение от общите правила на чл.166 и чл.167 АПК относно обжалването и спирането на изпълнението на индивидуалните административни актове и със специална законова разпоредба – чл.13 ал.9 ЗЕ е предвидил незабавно изпълнение на решенията на регулатора, приети въз основа на § 17 от ПЗР на ЗИД ЗЕ. И тъй като обжалването на тези решения не спира изпълнението им и искането за спирането на изпълнението им от съда е недопустимо. Нещо повече. С оглед препращането към вече приети от регулаторния орган решения за определяне на преференциални цени последващите решения на енергийния регулатор имат само констативен характер и установената от закона тяхна предварителна изпълняемост налага при разрешаване на гражданскоправния спор между страните да бъдат зачетени породените от момента на приемането им правни последици, независимо от обжалването им по административен ред. А тези правни последици се свеждат до установяване на НСП като един от компонентите за формиране на преференциални цени за изкупуване на ел.енергия от ВИ, определени в приети по-рано и влезли в сила решения на КЕВР. Евентуалната последваща отмяна на обжалваните решения ще заличи последиците от допуснатото предварително изпълнение, като в този случай административният орган ще следва да определи възстановителни мерки съгласно чл.301 АПК.

За пълнота на изложението следва да бъде казано и това, че към момента на постановяване на обжалваното решение валидността и законосъобразността на Решение СП-5/28.03.2019г. на КЕВР са потвърдени с влязло в сила решение № 5849/15.06.2022г. на ВАС по адм.дело №

1629/2022г.

Неоснователно е и оплакването в жалбата за допуснато нарушение на материалния закон при постановяване на обжалваното решение предвид липсата на анализ от страна на първоинстанционния съд на ефекта на измененията на ЗЕВИ от м.юли 2015г. върху механизма на заплащане на производителите на електроенергия от ВяЕЦ.

Както бе посочено по-горе, с изменението на л.31 ал.5 ЗЕВИ, в сила от 24.07.2015г., общественият доставчик, съответно крайните снабдители, са задължени да изкупуват произведената ел.енергия от ВИ до определен размер – НСПЕ, въз основа на което са определени преференциални цени в решенията на КЕВР, а за количествата над този размер енергията се изкупува по цена за излишък на балансиращия пазар. В тези решения годишната производителност е поставена в зависимост от прогнозните пълни ефективни часове на работа на ветровите генератори, което предполага различно средно годишно производство за двете ветрови зони и на тази база производителите се категоризират като попадащи или в едната или в другата ветрова зона, но не и в двете едновременно.

Настоящият състав споделя извода на първоинстанционния съд, че ВяЕЦ на ищеца сама се е определила като работеща до 2 250 часа, тъй като цената на изкупуваната електроенергия към момента на сключване на договора е определена за електроцентралите, попадащи в тази именно ветрова зона.

Искането за осъществяване на косвен съдебен контрол по отношение на решение СП-5 на КЕВР по реда на чл.17 ал.2 ГПК съдът намира за лишено от правен интерес. Основният спорен по делото въпрос, както бе посочено по-горе, се концентрира върху това дали по отношение на една и съща електроцентрала, в рамките на една календарна година, са приложими и двете тарифи за изкупуване на произведената ел.енергия по преференциални цени или спрямо една централа, в рамките на една календарна година е приложима само едната тарифа при достигане на размера, след който разликата се заплаща по цени на излишък. Признаването на новоприетите решения на КЕВР за незаконосъобразни/нищожни и следващото от това незначително на правните им последици не би допринесло за разрешаването на този въпрос. Дори и тези решения да бъдат обявени за нищожни, действащият законов лимит за изкупуване на ел.енергия от ВИ по преференциални цени няма да

отпадне.

Поради изцяло съвпадение на фактическите констатации и правни изводи на двете инстанции, обжалваното решение се потвърждава.

С оглед изхода на спора пред настоящата инстанция на въззиваемото дружество се присъждат сторените от него разноски в размер на 11 124лв с ДДС – адв. възнаграждение, съобразно направеното искане и представените към него доказателства. Възражението за прекомерност е неоснователно предвид минималните размери на адв.възнаграждения, установени в чл.7 ал.2 от Наредба № 1/2004г. за МПРАВ, в приложимата към процесния случай редакция ДВ бр.68/31.07.2020г.

Водим от горното, съдът

## **РЕШИ:**

**ПОТВЪРЖДАВА** решение № 283/13.07.2022г. на Варненския окръжен съд, търговско отделение, постановено по т.д. № 793/2021г.

**ОСЪЖДА „КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ 2” ЕООД**, ЕИК124701621, със седалище и адрес на управление гр. София, бул. България № 51 Б, ет.4, представлявано от управителя К - К Д да заплати на **„ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ” АД**, ЕИК 103533691, със седалище и адрес на управление гр.Варна, р-н Владислав Варненчик, **ВАРНА ТАУЪРС - Г**, бул.Владислав Варненчик №258 сумата от 11 124лв с ДДС – адв.възнаграждение за водене на делото във въззивната инстанция.

Решението е постановено при участие на **„Национална електрическа компания” ЕАД**, ЕИК 000649348, със седалище и адрес на управление гр. София, ул. Триадица No8, представлявано от изп.директор М Г, като трето лице – помагач на ответника по иска.

Решението може да се обжалва пред ВКС на РБ в едномесечен срок от съобщаването му по реда на чл.280 ал.1 ГПК.

**Председател:** \_\_\_\_\_

**Членове:**

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

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