

РЕШЕНИЕ

№ 80

гр. Бургас, 29.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АПЕЛАТИВЕН СЪД – БУРГАС в публично заседание на четвърти ноември през две хиляди двадесет и първа година в следния състав:

Председател: Павел Ал. Ханджиев

Членове: Илияна Т. Балтова
Христина З. Марева

при участието на секретаря Станка Ст. Ангелова
като разгледа докладваното от Христина З. Марева Въззивно търговско дело
№ 20212001000207 по описа за 2021 година

Производството по делото е образувано по въззивни жалби срещу решение № 107 от 1-ви април 2021 г. по т. д. № 137/2020 г. по описа на Бургаски окръжен съд, с което О. П. е осъдена да заплати на „Р.“ ООД сумата от 17 038.34, представляваща неустойка за забава по чл. 15 от договор, сключен на 2-ри декември 2016 год., начислена за 349 дни забава, върху сумата от 54 797.10 лв. по фактура № 6578 от 31.03.2017 г. за периода от 30.04.2017 г. до 19.04.2018 г. и сумата от 30 394.60 лв. по фактура № 6579 от 31.03.2017 г., за периода от 30-ти април 2017 г. до 19-ти април 2018 г., след намаляване от съда на основание чл. 92 ал.2 от ЗЗД, като в останалата част до предявения размер от 29 727.80 лв. предявеният иск е отхвърлен; отхвърлена е и претенцията на „Р.“ ООД срещу О. П. за присъждане на законна лихва върху неустойката от датата на подаване на исковата молба до окончателното изплащане на задължението.

Във въззивната жалба на ищеца – „Р.“ ООД, решението се обжалва като неправилно в частта, с която са предявените искове са отхвърлени.

Поддържа се възражение за неправилно приложение на разпоредбата на чл. 92, ал. 2 ЗЗД, като се настоява, че следва да намери приложение нормата на чл. 309 ТЗ. В подкрепа на това са развити доводи за сключване на

договора по реда на ЗОП, поради което възложителят, който е определил условията по договора, не може да иска намаляване на неустойката поради прекомерност и упражняването на това право представлява злоупотреба с права. Общината освен това е имала възможност да прекрати договора с тримесечно предизвестие, но с поведението си е определила периода на забава, което представлявало гаранция за ищеца, че ще получи изпълнение в рамките на ограничението на обезщетението до 20 % от главницата, дори периодът на забава да е повече от една година. Следвало да се отчита освен обезщетителната, но и гаранционната и санкционна функции на неустойката.

Поддържа се, че е допуснато съществено нарушение на процесуалните правила, като съдът намалил размера на неустойката, без да е направено възражение от насрещната страна за това и без да са събрани доказателства относно настъпването на по-големи вреди. Съдът тълкувал договора тенденциозно в полза на ответника, без да съобрази, че същият е сключен по реда на ЗОП, който не допуска изменение на така сключения договор.

Неправилно било кредитирано заключението по назначената ССЧЕ в частта, в която експертът излязъл извън предела на възложените задачи и е изразил правно мнение.

В частта относно претенцията за присъждане на законна лихва съдът съобразил неотнoсима към случая съдебна практика, като се цитира практика на ВКС по чл. 290 ГПК, според която длъжникът дължи обезщетение за забава върху всяко свое парично задължение, възникващо от неизпълнен договор, вкл. за неустойка.

Иска се отмяна на решението и уважаване на предявените иски в пълен размер. Претендират се разноски.

В срока по чл. 263 ГПК ищецът – О. П., е подал отговор, в който въззивната жалба се оспорва като неоснователна. Поддържа се, че разпоредбата на чл. 309 ТЗ е неприложима в отношенията между страните, в която връзка са изложени съображенията, съдържащи се в подадената от ответника въззивна жалба.

Във въззивната жалба на ответника - О. П., решението се обжалва в неговата осъдителна част като неправилно.

Оспорен е изводът на съда, че уговорката по чл. 15 от договора има

характер на неустойка, какъвто термин не се съдържа в посочената клауза, предвиждаща изплащане от неизправната на изправната страна лихва за забава размер на 0,1% върху стойността на дължимото за всеки просрочен ден, но не повече от 20% от стойността на договора.

Ако се приеме, че уговорката по чл. 15 от договора е неустойка, то се поддържа възражение за нищожност на клаузата поради противоречие с добрите нрави съгласно Тълкувателно решение № 1 от 15 юни 2010 година на ОСГТК на ВКС. В противоречие с указанията на тълкувателното решение не е направил анализ на конкретната договорна норма. Същата, според въззивника – ответник, излиза извън обезщетителния и санкционен характер на клаузата. Не била съобразена липсата на краен предел; размера на задължението и на лихвата, надвишаваща този на законната лихва, което се коментира като противоречащо на добрите нрави. Цитира се съдебна практика на ВКС по чл. 290 ГПК в тази насока, за която се твърди, че е задължителна. Ищецът нямал твърдение за настъпили вреди от забавата и с мотив, че е неприложима разпоредбата на чл. 309 ТЗ, съдът изобщо не се произнесъл по искането за намаляване на неустойката. Поддържа се твърдение, че правилото на член 309 от Търговския закон е неприложимо по отношение на процесния договор, тъй като една от страните по него не е търговец.

Иска се отмяна на решението частта, с която О. П. е осъдена да заплати на Р. ООД сумата 17 038.34 лв. като неустойка по чл. 15 от договора сключен между страните на 2-ри декември 2016 година, начислена за 349 дни съгласно издадените фактури, както и в частта за разноските – за осъждането на О. П. да заплати разноски на ищеца. Претендират деловодни разноски и адвокатски хонорар.

В срока по чл. 263, ал. 1 ГПК ищецът е оспорил основателността на въззивната жалба, подадена от ответната община. Изтъква се, че ответникът не е възразил срещу квалификацията на исковете в доклада на съда, като възраженията за неправилност били неоснователни. Волята на страните относно характера на клаузата като неустоечна е установена правилно от съда, като е неоснователно възражението за нейната нищожност. Изложен е анализ сочещ на характера на клаузата като такава за неустойка по чл. 92 ЗЗД.

Оспорва се доводите за нищожност на клаузата, като с оглед погасителната давност от 3 години, уговореният процент не би довел до превишаване размера на главното задължение. Поддържа се също, че евентуалното превишение само по себе си не е основание за нищожност на клаузата за неустойка. Настоява се, че в случая оспорването на нейната валидност представлява злоупотреба с права, като ответникът не би могъл да черпи права от собственото си недобросъвестно поведение и като субект на търговския оборот, общината е длъжна да изпълнява точно и добросъвестно поетите задължения, като в противен случай се дължи неустойка като последица от забавата.

Оспорва се искането за намаляване до размера на законната лихва – чл. 86 ЗЗД. Действителните вреди можело да са както по-малки, но така също и по-големи и противното би обезсмислило института на неустойката при парични задължения.

В с. з. страните се представляват от своите пълномощници, които поддържа подадените от името на доверителите си въззивни жалби, препращайки към изложените в тях доводи и аргументи, като оспорват тези на насрещната страна.

Бургаски апелативен съд със свое определение от 13-ти октомври 2021 г. прие, че въззивните жалби са допустими. По тяхната основателност, в рамките на правомощията си извърши служебно проверка за валидност и допустимост на решението, като не намира основание за произнасяне по чл. 270, ал. 1 и ал. 3 ГПК – за обявяване на обжалваното решение като нищожно или за обезсилването му като недопустимо.

По правилността на решението, съобразно поставените от страните в техните жалби въпроси, Бургаски апелативен съд приема следното:

Предмет на делото са предявените от „Р.“ ООД против О. П. искове по чл. 92 и чл. 86, ал. 1 ЗЗД – за заплащане на сумата 29 727.80 лв., представляваща дължима по чл. 15 от сключен между тях по реда на ЗОП договор от 2-ри декември 2016 г. неустойка, за периода от 30.04.2017 г. до 19.04.2018 г., поради забавено изпълнение на задължения в размер на 30 394.60 лв. по фактура № 6579 от 31.03.2017 г. и 54 797.10 лв. по фактура № 6578 от 31.03.2017 г.

Ответната община е възразила срещу характера на уговореното в чл. 15

от договора обезщетение като неустойка; оспорила е валидността му като неустойка с твърдение за нищожност поради накърняване на добрите нрави, а в условията на евентуалност е поддържано искане за намаляването на неустойката като прекомерна на основание чл. 92, ал. 2 ЗЗД, като във връзка с разпоредбата на чл. 309 ТЗ е възразен, че общината не е търговец.

Поддържано е възражение за погасяване по давност, което не се поддържа пред настоящата инстанция.

Мотивиран от горните съображения Апелативен съд- Бургас, търговско отделение

Освен спора относно наличието на задължение за заплащане на неустойка за забава за изпълнение на паричното задължение на възложителя по смисъла на уговорката в чл. 15 от сключения по реда на Закона за обществените поръчки договор от 2-ри 2016 г. Между страните липсва спор по фактите, като ответната община не е оспорвала твърдението, че е заплатила със забава за периода от 30.04.2017 г. до 19.04.2018 г. дължимите суми - 30 394.60 лв. по фактура № 6579 от 31.03.2017 г. и 54 797.10 лв. по фактура № 6578 от 31.03.2017 г., с предмет – извършване на дейности по сметосъбиране, сметоизвозване, почистване на територията на ответната община, снегочистване и опесъчаване, със срок на действие от 18 месеца или до възлагане на обществена поръчка със същия или сходен предмет или до достигане на максималния финансов ресурс на възложителя в размер на 3 420 000 лв. без ДДС.

Спорът между страните е правен и се свежда до тълкуването на волята им по спорната клауза на чл. 15 от договора като такава за уговаряне на неустойка и евентуално – за валидност на същата клауза като такава за неустойка, евентуално – за намаляването на неустойката като прекомерна. Освен това, предвид отхвърлянето от първоинстанционния съд на иска по чл. 86, ал. 1 ЗЗД като неоснователен, въззивната инстанция дължи произнасяне и по този въпрос.

По въпроса относно характера на уговорката по чл. 15 от договора, въззивната инстанция намира, че същата е за неустойка, въпреки липсата на такава изрична квалификация от страните на уговореното обезщетение за забава. В чл. 15 от договора страните са се съгласили, че забава в изпълнението от която и да е от страните, за нея възниква задължение за

заплащане на лихва за забава в размер на 0.1% върху стойността на дължимото за всеки просрочен ден, но не повече от 20% от стойността на договора. Тълкуването в такава насока следва от същността на изразената от страните воля - за предварително установяване обема на отговорност на длъжника при неточно във времево отношение - забавено изпълнение. Това гарантира изпълнението по договора, като същевременно санкционира неизправната страна и репарира изправната за претърпените вреди от неточното изпълнение, което съвпада с функциите на неустойката по смисъла на чл. 92 ЗЗД.

Последното дава и отговор на въпроса относно валидността на неустоечната клауза в аспекта на задължителните указания по Тълкувателно решение № 1 от 15 юни 2010 година на ОСГТК на ВКС. Уговорената отнапред отговорност гарантира постигането на обществено значимите цели на договора, с които се свързват дейностите по сметосъбиране, сметоизвозване, почистване на територията на ответната община, снегочистване и опесъчаване, в интерес на които е както своевременното извършване на дейностите, така и заплащане на възнаграждението като предпоставка за осъществяването им. Цели да обезщети насрещната страна за неточното изпълнение следва априори за изпълнителя относно паричното задължение на възможителя за заплащане на уговорената цена за извършване на дейностите, като в полза на възложителя генерира паричен ресурс, евентуално необходим за заплащане на възнаграждение при заместващо извършване на дейностите от друг изпълнител. Уговореният размер – над този на законната лихва се явява и санкция за неизправната страна, избягването на която стимулира целената по договора точност и ритмичност в продължителното изпълнение на обществено значимите дейности по сметосъбиране, сметоизвозване, почистване на територията на ответната община, снегочистване и опесъчаване.

Така изяснените цели на конкретната неустоечната клауза не накърняват добрите нрави само поради превишаване на законно установената вреда при забава на паричното задължение. Уговарянето на различен и по-висок размер на неустойката от този на законната лихва е законно признато право, поради което няма как упражняването му да противоречи на добрите нрави. По аргумент от разпоредбата на чл. 309 ТЗ и чл. 92, ал. 2 ЗЗД, вкл. нейната прекомерност не води до нищожност, когато с оглед характера на

отношенията и задълженията неустойката постига във взаимовръзка визираните в Тълкувателно решение № 1 от 15 юни 2010 година на ОСГТК на ВКС функции. Следователно, прекомерният размер сам по себе си не представлява основание за нищожност на неустойката като накърняваща добрите нрави. Преценката в такава насока е обусловена от констатацията, че прекомерността не обслужва или излиза извън типичните функции на неустойката, като преследва недопустима от закона и конкретния договор цел и/или способ за неоснователно обогатяване, каквато в случая не може да се обоснове.

С оглед отговора на въпросите относно характера на уговорката по чл. 15 от договора като такава за неустойка и изводите за валидност на същата, на следващо място се поставя въпроса относно наличието на предпоставките за основателност по чл. 92, ал. 2 ЗЗД – по искането за намаляване на неустойката, каквото – противно на възражението във въззивната жалба на ищеца, ответникът е повдигнал надлежно пред първоинстанционния съд и произнасянето по него е допустимо.

Съгласно чл. 120 ЗОП за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на Търговския закон и на Закона за задълженията и договорите. Приложението на чл. 309 ТЗ, установяваща недопустимост за намаляване поради прекомерност на уговорената неустойка по търговски сделки, сключени от търговец, в отношенията между страните в случая е изключено. Съгласно чл. 1 от Търговския закон търговец е всяко физическо или юридическо лице, което по занятие извършва някоя от изброените сделки. Макар и сделката, предвид качеството на изпълнителя като търговец съгласно чл. 1, ал. 1 ТЗ, да има търговски характер по смисъла на чл. 286, ал. 1 и ал. 3 ТЗ, общината като юридическо лице съгласно чл. 14 ЗМСМА не е встъпила в това правоотношения като търговец. Общината осъществява търговска дейност само чрез създадените с решение на общинския съвет търговски дружества или дружествата, в капитала на който участва с общинско имущество, в които случаи страна по сделката е съответното търговско дружество, а не общината като основна административно-териториална единица по смисъла на чл. 2, ал. 1 ЗМСМА, участваща по договора за обществена поръчка като възложител чрез кмета на

общината съгласно чл. 5, ал. 2 ЗОП. В този смисъл - Решение № 4299 от 20.04.2015 г. на ВАС по адм. д. № 10021/2014 г., III о., докладчик съдията С. Б..

Възражението, че намаляването на неустойката по договора за обществена поръчка представлява недопустимо изменение на договора извън реда на чл. 35 и чл. 116 ЗОП, е неоснователно. Неустойката по договора за обществена поръчка не засяга съществените елементи и предмета на договора, а урежда единствено последиците от неизпълнението и/или неточното изпълнение на договора. Както се посочи по-горе, съгласно чл. 120 ЗОП за неуредените в този закон въпроси намират приложение съответните разпоредби на Търговския закон и Закона за задълженията и договорите. При неприменимост на разпоредбата на чл. 309 ТЗ за неустойката по договора за обществена поръчка, сключен с публичен възложител, приложение намира разпоредбата на чл. 92 ЗЗД, която във втората алинея регламентира правото на длъжника по повод уговорената предварително отговорност, след възникването ѝ при настъпване на предвидения в договора отрицателен факт, да поиска намаляването ѝ в размер, определен при съотнасянето ѝ към размера на действително настъпилата вреда.

Неизпълнението на парично задължение е винаги забавено и е съизмеримо със законната лихва по смисъла на чл. 86, ал. 1 ЗЗД, която за размера от 30 394.60 лв. по фактура № 6579 от 31.03.2017 г. и 54 797.10 лв. по фактура № 6578 от 31.03.2017 г., за периода от 30.04.2017 г. до 19.04.2018 г., е съответно 2 997.24 лв. и 5403.60 лв. – общо 8 400.84 лв., спрямо който неустойката е повече от три пъти по-висока. Освен обезщетителна, уговорената между страните неустойка има присъщите ѝ гаранционна и санкционна функции, според които и при съобразяване на възприетия от самите страни ограничителен подход в чл. 15 от договора, при забава за плащане на пълния размер на стойността по договора, максималният който би получила изправната страна е 20 %. В това съотношение съдът намира за справедливо, какъвто подход е възприел и първоинстанционния съд, да бъде намалена конкретно претендираната неустойка – или 20 % върху размера на забавените плащания за процесния период, представляващ сумата от 17 038.34 лв.

Предвид гореизложеното относно основателността на предявения иск

по чл. 92, ал. 1 ЗЗД до посочения размер, решението на първоинстанционния съд в тази му част следва да се потвърди.

Основателна, обаче е и претенцията на ищеца за присъждане на законна лихва, по който въпрос цитираната от първоинстанционния съд практика - решение №307/14.04.05г. и решение №305/14.05.1996г. и двете на ВКС-ТК е изоставена, като в решение N 225/22.12.2011 година по т. д. № 1107/2010 година, II т.о. на ВКС е направено позоваване, без обсъждане на доводи и аргументи. По въпроса за разлика от това е създадена е константна практика на ВКС, обективизирана в решение № 73/29.06.2011 г. по т. д. № 683/2010 г. на ВКС, ТК, I т. о., решение № 230/13.07.2011 г. по т. д. № 1088/2009 г. на ВКС, ТК, II т. о., решение № 59/29.04.2010 г. по т. д. № 687/2009 г. на ВКС, ТК, I т. о. – съобразена и към настоящия момент в Определение № 226 от 15.04.2020 г. на ВКС по т. д. № 2407/2019 г., II т. о., ТК, докладчик съдията Е. С.. Застъпеното в посоченото определение и съобразно цитираната в него практика се споделя становището, „...че дори когато размерът на неустойката е определен като лихвен процент, неустойката за забава не се превръща в лихва, а запазва същността си на обезщетение за вреди от неизпълнение в срок на парично задължение. Мерадавно за допустимостта на претенцията за неустойка за забавено парично задължение, когато неустойката е уговорена като лихвен процент, е същата да бъде определена по размер към датата на исковата молба, (какъвто е настоящия случай), а не да се претендира като неустоечна лихва до окончателното изплащане на главницата – последния случай би се стигнало до кумулиране както на неустойка, така и на мораторна лихва като обезщетение за един и същи вид неизпълнение, което е недопустимо - решение № 68 от 9.07.2012 г. на ВКС по т. д. № 450/2011 г., I т. о., ТК, докладчик съдията Т. К.. Извън случаите на кумулиране между неустойка за забава за неизпълнение на парично задължение и обезщетение по чл. 86, ал. 1 ЗЗД в размер на законна лихва за същото неизпълнение, присъждането на законна лихва върху възникналото задължението за неустойка като самостоятелно и независимо от задължението за плащане на обезщетение по чл. 86, ал. 1 ЗЗД и предвид различните правопораждащи двете вземания на кредитора факти, присъждането на мораторна лихва за забава при неплащане на падежа на уговорената неустойка за неизпълнение на парично задължение, не се явява недопустимо кумулиране на еднородни обезщетения за едно и също неизпълнение.

Следователно, предявеният иск по чл. 86, ал. 1 ЗЗД – за присъждане на законна лихва върху претендираната неустойка, също е основателен, като решението на първоинстанционния съд, с който тази претенция е отхвърлена следва да се отмени и същата да се уважи в размера на законната лихва върху неустойката от 17 038.34 лв., считано от завеждане на делото до окончателното изплащане.

Мотивиран от гореизложеното, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по въззивната жалба на „Р.“ ООД решение № 107 от 1 - ви април 2021 г. по т. д. № 137/2020 г. по описа на Бургаски окръжен съд, **В ЧАСТТА, с която е отхвърлена претенцията на „Р.“ ООД с ЕИК *****, със седалище и адрес на управление гр. Е. П., ул. „К. и М.“, № 23, представлявано от управителя Н. Г. И. срещу О. П., ЕИК *****, с адрес на управление в гр. П., ул. „С.“, № 5, представлявана от кмета И. А. за присъждане на законна лихва върху сумата 17 038.34 (седемнадесет хиляди тридесет и осем 0.34) лева, представляваща неустойка за забава по чл.15 от договор, сключен на 02.12.2016 год., от датата на подаване на исковата молба до окончателното изплащане на задължението, като вместо това постановява**

ОСЪЖДА О. П., ЕИК *****, с адрес на управление в гр. П., ул. „С.“, № 5, представлявана от кмета И. А. да заплати на „Р.“ ООД с ЕИК *****, със седалище и адрес на управление гр. Е. П., ул. „К. и М.“, № 23, представлявано от управителя Н. Г. И. **законна лихва върху сумата 17 038.34 (седемнадесет хиляди тридесет и осем 0.34) лева, представляваща неустойка за забава по чл.15 от договор, сключен на 02.12.2016 год., от датата на подаване на исковата молба съгласно чл. 62, ал. 2 ГПК – от 14-ти април 2020 г., до окончателното изплащане на задължението**

ПОТВЪРЖДАВА решение № 107 от 1-ви април 2021 г. по т. д. № 137/2020 г. по описа на Бургаски окръжен съд в останалата обжалвана част.

Решението подлежи на касационно обжалване в едномесечен срок от връчването му на страните пред ВКС на РБ.

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____