

РЕШЕНИЕ

№ 55

гр. Варна, 20.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

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

Председател: Магдалена Кр. Недева

Членове: Диана Д. Митева
Даниела Д. Томова

при участието на секретаря Ели К. Т.
като разгледа докладваното от Магдалена Кр. Недева Въззивно търговско дело № 20223001000539 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 1" ЕООД, ЕИК 124701637, със седалище и адрес на управление гр. София, бул.“България“ № 51 Б, ет.4 против решение № 155/27.04.2022г. на Варненския окръжен съд, търговско отделение, постановено по т.д. № 791/2021г., с което са отхвърлени предявените от дружеството искове против "ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ" АД, ЕИК 103533691, гр. Варна с правно основание чл.79, ал.1 ЗЗД и чл.86, ал.1 ЗЗД за заплащане на сумата от **196 611.18 лева**, представляваща цена за произведена и доставена, но неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018 г. по дебитно известие № 135/30.11.2018 г. към фактура № 134/12.11.2018 г. и на сумата от **58 273.40 лева** обезщетение за забава върху главницата 196 611.18 лева за периода от 16.12.2018 г. до датата на подаване на исковата молба, както и на сумата от **51 985.29 лева**, представляваща неизплатения остатък от цената за произведена и доставена електрическа енергия месец ноември 2018 г. по фактура № 136/30.11.2018 г., ведно с **15 407.84 лева** обезщетение за забава

върху главницата за периода от 16.12.2018 г. до датата на подаване на исковата молба, заедно със законната лихва върху главниците, считано от датата на завеждане на исковата молба – 17.11.2021г. до окончателното им изплащане на задължението и с което дружеството е осъдено още да заплати на "ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ" АД, гр. Варна **11 028 лева** разноски по делото, на основание чл.78, ал.3 от ГПК.

Въззивникът счита обжалваното решение за неправилно поради постановяването му в нарушение на материалния закон, при съществени нарушения на съдопроизводствените правила и поради 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. 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, а количествата ел.енергия, подлежащи на изкупуване по преференциални цени, се определят чрез въвеждане на допълнителен критерий – НСПЕ, но без да се променят преференциалните цени. В този смисъл преференциалните цени, определени в т.8 и т.9 от Решение № Ц-10 остават непроменени и се прилагат, както са се прилагали преди изменението на ЗЕВИ от юли 2015г. Неправилно са приложени последствията от отмяната на Решение СП-1/31.07.2015г., липсва анализ по какъв начин тази отмяна се е отразила върху отношенията между страните. НСПЕ по т.1-7 от Решение СП-1 е окончателно отменено с обратна сила и спрямо всички с решение на ВАС по адм.д.5284/18г. Съдът е пропуснал да вземе предвид този факт, като по-нататък само е констатирал, че има издадено Решение СП-5 и че то е обявено

за нищожно с решение, което още не е влязло в сила, но не е изследвал дали това решение има обвързваща сила и ефект по отношение на исковата претенция. Обжалваното решение е постановено и при съществени нарушения на съдопроизводствените правила, тъй като делото не е спряно до окончателното влизане в сила на Решение СП-5, нито пък съдът се е произнесъл по неговата валидност по реда на чл.17 ал.2 ГПК, а лаконично е оставил искането за това без разглеждане с мотива, че липсват конкретни доводи за незаконосъобразност, както и правен интерес. Решението е и необосновано, тъй като съдът не е разгледал съществуващата до момента на промените практика между страните по спора на прилагане и на двете точки на Решение Ц-10. Ако беше направил това съдът би стигнал до извода, че няма как да се разграничат различни видове електрически централи, работещи само в категорията до или само над 2 250 ефективни часа годишно. Съдът не е обсъдил и факта, че отказът за плащане от страна на ответника се обосновава само и единствено с тълкуванието на НЕК. Невярна е констатацията на съда, че ВяЕЦ на ищеца сама се определя като работеща до 2 250 часа. Още повече, че такава класификация на ВяЕЦ не съществува.

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 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 1” ЕООД, ЕИК 124701637, със седалище и адрес на управление гр. София, бул. България No 51 Б, ет.4, представлявано от управителя Каталина-Кристиана Драгои 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 No 84/11.06.2009г., както следва: **196 611.18 лева**, дължима от "Енерго-Про Продажби" АД като цена за произведена и

доставена, но неплатена електрическа енергия за месец октомври 2018 г. по дебитно известие № 135/30.11.2018г. към фактура 134/12.11.2018г.; **58 273.40 лева**, представляваща обезщетение за забава върху главницата за периода от 16.12.2018 г. до датата на подаване на исковата молба; **51 985.29 лева**, представляваща неизплатен остатък от цената за произведена и доставена електроенергия за м.ноември 2018г. по фактура № 136/30.11.2018г.; както и **15 407.84 лева**, представляваща обезщетение за забава върху главницата за периода от 16.12.2018 г. до датата на подаване на исковата молба, ведно със законната лихва върху главниците, считано от датата на подаване на 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 възобновяеми енергийни източници, присъединен към електроразпределителната мрежа на "ЕЛЕКТРОРАЗПРЕДЕЛЕНИЕ СЕВЕР" АД на основание Договор за присъединяване на обект на независим производител на електрическа енергия No ДУА-371/17.08.2007- 3062/17.08.2007-4018-ВГ-27.05.2008 от 04.08.2008 г., сключен между него и ответника. По силата на Договор за изкупуване на електрическа енергия No 84/11.06.2009 г. с ответното дружество "ЕНЕРГО-ПРО ПРОДАЖБИ" АД (с предишно наименование „Е.ОН България ПРОДАЖБИ“ АД), произведената от ищеца електроенергия следвало да бъде изкупувана ежемесечно, на база издадени от него фактури, на цена, определена от ДКЕВР.

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 No Ц-04/30.03.2009г. и е в размер на 189лв / МВч. без ДДС. 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.

За месец октомври 2018 год. ищецът издал фактура No 133/31.10.2018 год. на стойност 27 524.76 лева с ДДС, с продажна цена за количеството от 121,819 MWh в размер на 188.29 лева/MWh, а именно преференциалната цена, дължима по т.8 от Решение Ц-010. Няма спор, че тази фактура е заплатена изцяло от ответника. Ищецът е издал и фактура No 134/12.11.2018 г. с продажна цена от 12,71 лева/MWh., която също е заплатена от ответника изцяло. След като през м.ноември 2018г. ВяЕЦ достигнала 2 300 KVч НСПЕ, ищецът издал на ответника дебитно известие No 135/30.11.2018 г. към фактура No 134/12.11.2018 г. за сумата от 196 611.18 лева с ДДС, с което е коригирал продажната цена за излишък от балансиращ пазар до размера на преференциалната цена, дължима по т.1.7 от Решение СП-1. Ответникът не е заплатил сумата по Дебитното известие № 35 в размер на 196 611,18лв с ДДС.

За месец ноември 2018 г. ищецът издал фактура No 136/30.11.2018 г. на стойност 56 604.49 лева с ДДС, с продажна цена за количеството от 66,814 MWh в размер на 188.29 лева/MWh, а продажната цена за количеството 200,000 MWh е 172.95 лева/MWh. – дължима преференциална цена по т.9 от Решение Ц-10, след достигане на 2 250 часа ефективна работа. Страните не спорят, че ответникът е заплатил част от сумата по фактура No 136 в размер на 4 619.20 лева на ищеца, като остава дължима и незаплатена сумата от 51 985лв с ДДС.

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 ал.5 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 No 1115/28.01.2019г. на ВАС по адм.дело No 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 No 1177/23.02.2018г. по адм.д.No 8522/2015г. на АССГ. С решение No 1115/28.01.2019г. по адм.дело No 5284/2018г. ВАС е потвърдил решение No 1177/23.02.2018г. по адм.д.No 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 No 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 искове 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 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 след постановяване на обжалваното решение валидността и законосъобразността на Решение СП-5/28.03.2019г. на КЕВР са потвърдени с влязло в сила решение No 5849/15.06.2022г. на ВАС по адм.дело No 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.

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 незачитане на правните им последици не би допринесло за разрешаването на този въпрос. Дори и тези решения да бъдат обявена 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 разноси в размер на 11 028 лв 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 No 1/2004г. за МРАВ, в приложимата към процесния случай редакция ДВ бр.68/31.07.2020г.

Водим от горното, съдът

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА решение № 155/27.04.2022г. на Варненския окръжен съд, търговско отделение, постановено по т.д. № 791/2021г.

ОСЪЖДА от "КЕЙ ЕНД ЕС ЕНЕРДЖИ 1" ЕООД, ЕИК 124701637, със седалище и адрес на управление гр. София, бул.“България“ № 51 Б, ет.4 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“ No 258 сумата от 11 028 лв – адв.възнаграждение за водене на делото в настоящата инстанция.

Решението е постановено при участие на „Национална електрическа компания” ЕАД, ЕИК 000649348, със седалище и адрес на управление гр. София, ул. Триадица No 8, представлявано от изп.директор Иван Йончев, като трето лице – помагач на ответника по иска.

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

Председател: _____

Членове:

1. _____

2. _____