

КЪМ ВЪПРОСА ЗА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА ПОРАДИ ПРЕКОМЕРНОСТ

Проф. д-р Иван Русчев, БСУ

MORE ON THE ISSUE OF DECREASING THE PENALTY BECAUSE OF EXCESSIVENESS

Prof. Ivan Rushev Ph.D, BFU

Abstract: The present article reviews the subject of the penalty decrease, making an attempt to rationalize the main concepts in the theory in the context of the recently adopted Interpretative Judgement of the Supreme Court of Cassation №1/2009 of the General Assembly the Commercial College.

По същината си неустойката представлява предварително определена по съдържание, основание и обем вторична санкционна правна последица, възникваща от факта на неизпълнението на едно валидно поето облигационно задължение, за което неизпълнение длъжникът отговаря. Тя **обезпечава изпълнението на дадено задължение и обезщетява вредите, които изправната страна би претърпяла от неизпълнението или лошото изпълнение** и се явява специфична форма на договорна отговорност, за която характерни видови признаци са: автоматично възникване на неустоечното задължение - със самият факт на виновното неизпълнение и независимо от наличието и конкретния обем на реално претърпените вреди; възможност за ограничаване размера на дължимото обезщетение, какъвто е случаят с изключителната неустойка или алтернативната, възможността за намаляване на дължимата неустойка, тоест за редуциране на дължимото обезщетение.

Що се отнася до законово установеното в чл. 92, ал. 2 ЗЗД право да се иска намаляване на неустойката поради прекомерност, то се явява частно проявление на общия правен принцип за справедливост и добросъвестност, като същият намира израз и в случаите, в които неустойката се намалява по право, както и хипотезите, в които неустоечната клауза е нищожна. Правото на намаляване на неустойката е потестативно, което се упражнява по съдебен ред и предварителният отказ от него от страна на длъжника, е недопустим. На последващ отказ от това право съдебната практика приравнява случаите, в които неустойката е платена изцяло, когато тя е възпроизведена в съдебна спогодба. За възникване на правото е необходима една от следните алтернативни положителни предпоставки: прекомерност, съпричиняване от кредитора по чл. 83 ЗЗД, а в случай на неустойка, уговорена за пълно неизпълнение – некачествено изпълнение или частично изпълнение.

1 . Прекомерност на неустойката-опити за дефиниране

Намаляването на дължимата неустойка не е предназначено да установи аритметично равенство между две стойностни величини, а само да възстанови мярката, т.е. да установи едно относително съответствие между размера на дължимата неустойка и обема на действителните вреди. В този контекст възниква въпросът в кои случаи сме изправени пред прекомерност на неустойката. Разпоредбата на чл. 92, ал. 2 в предвиждаща намаляване на неустойката в случаите когато последната се явява **прекомерно голяма в сравнение с претърпените вреди, е относително определена**, като преценката за „прекомерност“ изглежда да се предоставя на вътрешното убеждение на съда. Едва ли може да се приеме безкритично разбирането¹, че критерий за категоризирането на дадена неустойка като прекомерно голяма, е именно съотнасянето ѝ към размера на реално претърпените вреди. Законовият текст дава само основата за преценката („претърпените вреди), но не и точния мащаб, за да може автоматично да се извърши тази преценка. Това налага да се дефинират критерии, съобразно които да може еднозначно да се определи една неустойка като прекомерна. Нещо повече, изхождайки от обезщетителната функция на неустойката би могло да се каже, че тя следва да е равна на претърпените вреди. Като се отчете обаче, че неустойката служи и за обезпечение и има и наказателна функция, е логично е да се приеме, че размерът ѝ може да надвишава този на вредите. Неслучайно едно от особените преимущества на неустойката като форма на договорна отговорност е освобождаването на кредитора от необходимостта да се доказват вредите и техния размер. Именно от това дава възможност например да се обезщетят и косвени вреди, което в общия случай не се обхваща от задължението за обезвреда. Като погрешно следва да се оцени и възприетото в някои съдебни решения (вж. вместо други ВАД 29/1994 на АС БТПП, Р. № 228/14.02.2002 г. по гр. д. № 1046/2001 г. ВКС) разбиране, че неустойката не може да надвишава лихвата за забава. Аргументи срещу подобно разбиране са както липса на горна граница за договорната лихва (вж. § 1 ПМС № 72/1994), така и това, че дори когато законовата уредба е предвиждала такава горна граница, тя е можела да бъде само предел на допустимост, отвъд който клаузата за неустойка е щяла да бъде недействителна, а не основание за намаляване поради прекомерност.

Съмнителна е и верността на други лансирани в литературата възможности за дефиниране на прекомерността на неустойката, обосновани с нейния абсолютен размер *per se*, със съотношението ѝ към имуществото на длъжника или интересът на кредитора и др.

Интересен е въпросът доколко видът на неустойката може да способства за определяне границите на понятието прекомерност. Следва да се приеме², че видът на неустойката с оглед специфичния алгоритъм на нейното формиране може да има значение при преценката на прекомерността ѝ. При **зачетната неустойка** ще трябва да се установи общия размер на всички вреди, за да може да се прецени, дали неустойката ги превишава и с колко. Подобно е положението и при **алтернативната неустойка**. При **кумулятивната** (наказателна, пенална) неустойка вредите пак трябва да се докажат, за да могат да се прибавят към нея. Тук е по-вероятно да се стигне до прекомерност поради

¹ Калайджиев, А. Облигационно право, Обща част, IV изд., Сиби, 2007 г.с.466

² В този смисъл и К.Таков „Към въпроса за намаляване на неустойката” Сборник Ж.Сталев,Сиби, С. 2005

това, че неустойката се дължи наред с вредите. По този начин сумарният обем на обезщетението може да нарастне драстично.

При **непаричната неустойка** се дължи не парична сума, а предаване (прехвърляне) на вещь, или на право, или, най-сетне, тя може да се изрази в загубване на право от длъжника (например на дивидент в търговско дружество или на правото да се иска индексирание на цена по даден договор и т.н.). Във всички тези случаи следва да се преценява цената на вещта или правото. Моментът за определянето на тази цена трябва да е моментът на дължимостта на неустоечната престация. Ако би се избрал друг момент – например на сключването на договора, или на реалното простиране на предмета на неустойката, или на постановяването на съдебното решение – би се стигнало до несправедливо разрешение. Същевременно житейското усещане диктува, неустойката да се сметне за **прекомерна тогава, когато в пъти** (два, три или повече) **надвишава вредите и обратното** - има особени хипотези, в които под внимание се взема именно ниският абсолютен размер на неустойката, която макар и да надвишава вредите в пъти, не може да бъде определена като прекомерна. Налага се като че ли изводът, че основанието „прекомерност“ отвъд общо установения мащаб на вредите следва да се преценява от съда във всеки отделен случай, т.к. *не съществува* общовалидно правило за определяне на прекомерността.

Изключение от правилото, според което прекомерността на неустойката е основание за нейното намаляване въвежда специалният режим на чл. 309 ТЗ. Разпоредбата не само дисквалифицира прекомерността като предпоставка да се иска намаляване на неустойката, но и въвежда забрана „да се **намалява поради прекомерност неустойката, дължима по търговски сделка, сключена между търговци**“. Търговското право отдава предпочитание на сигурността в оборота, пред ограничаването на възможността за обогатяване на кредитора чрез получаване на прекомерна неустойка. Мотивът на нормотвореца за това законодателно решение е, че качеството на търговец предполага по-висока степен на професионализъм и изисква завишена грижа, вкл. и към собствените работи, поради което типичните защитни мерки, приложими към обикновените, инцидентни участници в оборота, нямат място между тях. Нужно е да се подчертае, че ограничението важи само при кумулативната даденост и на двете предпоставки: по търговска сделка, сключена между търговци. Това уточнение е важно, т.к. съгл. чл.287 ТЗ разпоредбите за търговските сделки се прилагат и за двете страни, (и) когато (само) за едната от тях сделката е търговска и не следва друго от този закон. Чл.309 представлява такова **“друго”** по смисъла на чл.287 ТЗ.

Тази недопустимост обаче не следва да се разбира като изрична забрана при договаряне между страните, а по-скоро е отречено правото да се иска едностранно намаляване на неустойката. Пресилено би било да се твърди, че нормата има императивен характер и въобще отрича възможността по договорен път търговците да се споразумеят по отношение на хипотезите, в които между тях е допустимо да се стигне до намаляване на неустоечното задължение. При липса на уговорка в обратен смисъл, длъжникът няма право да иска намаляване на неустойката от съда. **Чл. 309 ТЗ не пренява възможността, да се иска намаляване на неустойката в случаите на лошо или частично изпълнение**, ако тя е уговорена за пълно неизпълнение³, като практиката приема също, че и при **съпричиняване на вредите** правилото на чл. 309 ТЗ не важи - виждания които заслужават да бъдат подкрепени⁴.

³Вж. ВАД 95/1999, ВАД 79/2002.

⁴ МАД 14/1998, ВАД 97/1999.

Следвайки категоричност на буквата на закона, в някои случаи в практиката се приема, че независимо от степента на прекомерност (над 350% над размера на главницата) неустойката се дължи в пълен размер, щом е уговорена в търговска сделка между търговци – (вж. Р. по ВАД № 40/2001 от 14.12.2001 г.) В друг случай решаващият орган е приел, че неустойката е определена в противоречие с добрите нрави и е обявил клаузата за нищожна – (вж. р. по ВАД №62/2000 от 20.04.2001 г.) В разглеждания казус става въпрос за неустойка, тройно надвишаваща обезщетението за вредите (лихвата за забава за съответния период). В доктрината се приема, че ограничението по чл. 309 ТЗ не отменя общата забрана неустойката да не противоречи на добрите нрави. Излиза, че забраната за намаляване на прекомерните неустойки между търговци по 309 ТЗ не означава, че може да се уговаря неморално висока, а не просто прекомерна неустойка. Това е така наречената “екзорбитантна” неустойка, такава, която излиза извън пределите на нравствено допустимото. (така и К.Таков стр.51 цит. съчинение). ***Поставя се въпросът дали поради противоречие с морала такава неустойка ще е нищожна на основание чл. 26, ал. 1, предл. 3 ЗЗД.***

Възможен подход е да се приеме, че уредбата на прекомерността е извадена от полето на недействителността с правилото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Според някой (напр. М.Марков) обявяването на прекомерната неустойка за нищожна е *contra legem*, т.к. законът забранявал намаляването ѝ, а прокламирането на нищожност отивало дори отвъд забраната – анулирало я.

2. Способи за преодоляване на прекомерността в гражданското и в търговското законодателство

Оттук би последвало привидно логичното съждение, че щом законът забранява намаляването на неустойката поради прекомерност, то пълната ѝ отмяна поради същата причина се разминава изцяло с духа на уредбата. Подобно съждение не само че не държи сметка за различията между института на недействителността и прекомерността като основание за намаляване на неустойката, а и неоправдано съотнася като обща към специална законови уредби, които дори нямат общ предметен обхват. Да не говорим, че разпоредбата на чл. 309 ТЗ изключва възможността в полза на една от страните да възникне при определени предпоставки потестативното право да иска намаляване на неустойката и едва ли следва да се приеме като изключване на хипотезата, при която прекомерният размер на същата противоречи на закона, морала, добрите нрави (като законовоустановени основания да се търси нищожност).

Очевидно е, че при приложението на чл. 309 ТЗ трябва да се постави прагът, над който прекомерността на неустойката, нетърпима изобщо в гражданските отношения, става релевантна и в отношенията между търговци, т.к. се определя не като прекомерна, а като неморална. В текста не се поставя количествена граница за допустимата прекомерност и в този смисъл би могло да се приеме, че двукратното надвишаване на вредите например изглежда справедливо, доколкото води до същия икономически резултат като кумулативната неустойка. По-големи стойности може да доведат обаче до такова обогатяване на кредитора, което е несправедливо и го поставя в привилегировано положение. както по отношение на длъжника, така и в общ план с оглед позициите му на пазара. Мислимо е договарянето на прекомерна неустойка да се разглежда и в светлината на забраната за злоупотреба с господстващо положение. То може да се квалифицира като нелоялно търговско условие по смисъла на чл. 18, т. 1 ЗЗК.

Неизяснените критерии за определянето на една неустоечна клауза като „екзорбитантна“ поражда известни трудности. В съдебната практика липсва

еднозначност при определяне условията и предпоставките, при наличието на които уговорената в приватизационните и търговските договори неустойка ще е нищожна поради накърняване на добрите нрави. Така например в редица решения на Търговската колегия на ВКС е прието, че уговаряне на неустойка без краен предел или без фиксиран краен срок, до който тя може да се начислява, е **нищожна договорна клауза поради накърняване на добрите нрави (чл. 26 ал. 1 ЗЗД)**. Друго виждане, зразено в доктрината (К. Таков, цит съчинение стр.10) приема, че когато за нарастването на неустойката няма определена горна граница или краен момент, до който тя да се начислява, трябва да се прецени, дали длъжникът може да препятства по-нататъшното ѝ нарастване чрез свое действие или не. Обратното разбиране е застъпено в други решения, с които е прието, че поради липса на императивни правила за определяне размера на неустойката и съществуващата свобода на договаряне, начинът, по който страните по договора са уговорили неустойката без краен предел или без фиксиран срок, до който тя може да се начислява, не противоречи на добрите нрави.

Интерес заслужава възприетото в ТР 1/2009, ОСТК на ВКС г., (15.06.2010 г.) разбиране, че уговаряне на неустойката в твърде голям (значителен) размер или без краен предел или фиксиран срок, до който тя може да се начислява, не превръща такава неустоечна клауза в нищожна поради накърняване на добрите нрави.

Приема се, че автономията на волята на страните да определят свободно съдържанието на договора и в частност да уговорят неустойка, е ограничена от разпоредбата на чл. 9 ЗЗД в две посоки: съдържанието на договора не може да противоречи на повелителни норми на закона, а в равна степен и на добрите нрави. В този смисъл ограничението се отнася както за гражданските, така и за приватизационните договори, а също и за търговските сделки - арг. от чл.288 ТЗ.

От друга страна, добрите нрави са морални норми, на които законът е придал правно значение, защото правната последица от тяхното нарушаване е приравнена с тази на противоречието на договора със закона (чл. 26, ал.1 ЗЗД). Добрите нрави не са писани, систематизирани и конкретизирани правила, а съществуват като общи принципи или произтичат от тях, като за спазването им при иск за присъждане на неустойка съдят следи служебно. Един от тези принципи е принципът на справедливостта, който в гражданските и търговските правоотношения изисква да се закриля и защитава всеки признат от закона интерес.

Условията и предпоставките за нищожност на клаузата за неустойка произтичат от нейните функции, както и от принципа за справедливост в гражданските и търговските правоотношения. Преценката за нищожност на неустойката поради накърняване на добрите нрави следва да се прави за всеки конкретен случай към момента на сключване на договора, а не към последващ момент, като могат да бъдат използвани някои примерно изброени критерии: естеството им на парични или на непарични и размерът на задълженията, изпълнението на които се обезпечава с неустойка; дали изпълнението на задължението е обезпечено с други правни способности - поръчителство, залог, ипотека и др.; вид на уговорената неустойка (компенсаторна или мораторна) и вида на неизпълнение на задължението - съществено или за незначителна негова част; съотношението между размера на уговорената неустойка и очакваните от неизпълнение на задължението вреди;

При конкретната преценка за нищожност на неустойката могат да се използват и други критерии, като се вземат предвид конкретните факти и обстоятелства за всеки отделен случай.

Неустойката следва да се приеме за нищожна, ако единствената цел, за която е уговорена, излиза извън присъщите ѝ обезпечителна, обезщетителна и санкционна

функции. Прекомерността на неустойката не я прави а priori нищожна поради накърняване на добрите нрави. Тя се преценява към момента на неизпълнение на договора, чрез съпоставяне с вече настъпилите от неизпълнението вреди.

Не е нищожна неустойка, която е уговорена без краен предел или без фиксиран срок, до който тя може да се начислява, тъй като преценката за накърняване на добрите нрави поради свръхпрекомерност не може да се направи към момента на сключване на договора.

Какви са обаче Към вече изложениет критерии за преценяване нищожността на неустоечната клауза поради накърняване на добрите нрави следва да се съобрази и с възможни други **критерии за “екзорбитантност”**? Така например в някои арбитражни решения се приема, че кумулацията на няколко фактора (без непременно да отдават предпочитание на някой от тях) води до този феномен. Такива са **(1)** огромният номинален размер, **(2)** надвишението над вредите от порядъка на десетки пъти, **(3)** липсата на краен предел, **(4)** опасността от перпетуиране на неустоечното задължение чрез автоматизираното му превръщане в задължение за главница, **(5)** това, че неустойката не цели избягване на опасност от обезценка на валута или нещо друго, а явно преследва обогатяване на кредитора. Вижда се, че тези критерии за екзорбитантност са подобни на предложеното по-горе мерило за прекомерност, но в степен, която накърнява усещането не само за справедливост, а за моралност въобще.

Друг въпрос при евентуалното обявяване на неустойката за екзорбитантна, е: **замества ли се нищожната клауза за неустойка от императивна разпоредба** (чл. 26, ал. 4 ЗЗД)? **Такава императивна разпоредба няма.** При това договорът като цяло най-вероятно няма да се засегне от частичната недействителност. Оказва се, че екзорбитантната неустойка не се замества от нищо, нито се намалява, **тя е изцяло нищожна** и остава да се доказват вредите. Освен това, при претендиране на неустойката най-вероятно лихва по чл. 86 ЗЗД (при парично задължение) няма въобще да е поискана, защото кредиторът ще смята, че лихвата е “погълната”, “заместена” от неустойката. В този случай съдът няма да присъди нищо, нито дори и тази лихва за забава поради забраната за plus petitum. Това обаче поражда следната опасност: кредиторът, който е уговорил неморално високата неустойка, ще поиска нея. Докато тече процесът, част от вземанията му за лихви могат да се погасят с тригодишната давност по чл. 111 ЗЗД. Така при отхвърляне на иска за неустойката кредиторът ще може да търси лихви само за три години назад.