

За характера на неустойката в приватизационния договор

Ивайло Костов

I. Въведение

Договорите за приватизационна продажба на държавна или общинска собственост по правило съдържат клаузи за неустойка в полза на продавача при неизпълнение на поетите задължения от страна на купувача. Исковете за неустойки, предявени от оправомощените държавни органи, които осъществяват контрола за изпълнението на задълженията по тези договори, са огромен брой. Към момента висящите съдебни и арбитражни производства надхвърлят деветстотин, а над четиристотин и петдесет дела са приключили и решенията по тях са влезли в сила.

Съдебната и арбитражна практика не е категорична по някои от основните въпроси, които се поставят във връзка с тези искове. Нещо повече, в много случаи се наблюдава противоречие в тълкуването на почти идентични договорни клаузи, което обуславя и различните правни изводи на отделните съдебни и арбитражни състави. В този смисъл трудно може да се говори за установена съдебна практика по делата, чийто предмет е претенция за неустойка при пълно неизпълнение или неточно изпълнение на предвидените в договорите за приватизационна продажба задължения.

Основният въпрос, който ще бъде разгледан в изложението, е за характера на неустойката: дали тя е уговорена единствено за пълно неизпълнение или се дължи и при забавено изпълнение (т. IV). Във връзка с изясняването му ще бъдат разгледани въпросите за това кой има активна процесуална легитимация по искове за неустойки (т. II) и за личния характер на задълженията по договорите за приватизационна продажба (т. III). С оглед на застъпеното в изложението становище за мораторния характер на неустойката, най-накрая ще бъде разгледан и въпросът за възможността Агенцията за следприватизационен контрол (АСК, Агенцията) да предяви съединени искове за неустойка и за реално изпълнение (т. V). Настоящата статия има за цел да потърси отговори на тези въпроси въз основа на прегледа на част от съществуващата съдебна и арбитражна практика¹.

¹ Разгледаните в изложението съдебни и арбитражни решения са цитирани по техните оригинали. Статията е съобразена с практиката и законодателството към 1 ноември 2005 г.

II. Относно процесуалната легитимация на АСК

Със Закона за приватизация и следприватизационен контрол (ЗПСК)² се създава специален държавен орган – АСК, овластен да осъществява следприватизационния контрол по договорите за приватизация на търговски дружества с повече от 50 % държавно участие в капитала или обособени части от тях. Преди създаването на Агенцията контролът по изпълнение на задълженията на купувачите по договорите, сключени по реда на отменения Закон за преобразуване и приватизация на държавни и общински предприятия (ЗППДОП)³, се осъществяваше от структури в отделните министерства към съответните министри, овластени да представляват държавата при подготовката и сключването на приватизационните договори, или в Агенцията за приватизация.⁴ Съгласно § 15 от допълнителните разпоредби на ЗПСК, Агенцията поема всички права и задължения във връзка с осъществяването на следприватизационен контрол по приватизационни договори, сключени от оправомощени държавни органи по реда на ЗППДОП (отм.) след влизане в сила на Устройствения правилник на Агенцията за следприватизационен контрол (УПАСК)⁵. Поставя се въпросът дали нормата на § 15 създава процесуално основание Агенцията да бъде конституирана като страна по висящи съдебни или арбитражни дела на мястото на съответния министър или на Агенцията за приватизация. Макар че в началото съществуваша известни колебания в съдебната практика относно възможността Агенцията да встъпва като страна по вече образувани дела, въпросът следва да се счита за напълно изяснен, още повече предвид изменението на ЗПСК от 2003 г.⁶ АСК е единственият процесуално легитимиран орган, който може да

² Обн., ДВ, бр. 28 от 19.03.2002 г., посл. изм., бр. 39 от 10.05.2005 г.

³ Обн., ДВ, бр. 38 от 8.05.1992 г., отм., бр. 28 от 19.03.2002 г.

⁴ В министерствата или Агенцията за приватизация се образуваха отдели или дирекции „Следприватизационен контрол“ и служителите в тях осъществяваха контрола по изпълнението на поетите от купувачите задължения в приватизационните договори, сключени от съответния орган.

⁵ Приет с ПМС № 245 от 01.11.2002 г., обн., ДВ, бр. 105 от 08.11.2002 г., в сила от 08.11.2002 г.

⁶ С промяната в ЗПСК (ДВ, бр. 84 от 2003 г.) беше добавено ново, второ изречение в разпоредбата на § 15, съгласно което висящите към 19 март 2002 г. (датата на обнародване на ЗПСК) дела се продължават от Агенцията до тяхното приключване във всички инстанции, а прекратените на основание липсващо правоприемство дела се възобновяват служебно от съда. Макар че целта на законодателя беше да се преодолее недостатъчната прецизност във формулировката на законовата разпоредба, опитът за решаване на единия проблем създаде друг. Остана неизяснен въпросът с процесуалната легитимация по отношение на делата, образувани след 19 март 2002 г., но преди 8 ноември 2002 г. (когато влезе в сила УПАСК). Създаде се правен вакуум, тъй като, от една страна, органите по чл. 3 от ЗППДОП (отм.) не бяха процесуално легитимирани да бъдат страна в съдебни производства с предмет спорове относно

осъществява следприватизационен контрол за изпълнение на задълженията по договорите, обхванати от ЗППДОП (отм.) и ЗПСК. Наред с определянето на това основно правомощие на АСК, разпоредбата на чл. 19, ал. 2 от ЗПСК урежда основните функции на Агенцията във връзка с предоставената ѝ компетентност, като съгласно т. 1 Агенцията „осъществява действия по предявяване и събиране на предвидените в договорите неустойки в случаите на неизпълнение“. Член 5 от УПАСК допълва и доразвива предвидените в закона действия, които тя може да предприема.

Преди да бъде разгледан проблемът за характера на уговорената в приватизационния договор неустойка, следва да бъде изяснен въпросът при кои случаи на неизпълнение ще възникне отговорност на купувача за заплащане на уговорената неустойка. В общия случай, при неизпълнение на поето с договора задължение, за което страните са уговорили като санкция неустойка в определен размер, неустойката ще се дължи⁷. Има обаче хипотези, при които е налице изпълнение, различно от уговореното. Такива са случаите на изпълнение от страна на трето за приватизационното правоотношение лице, както и закъснялото изпълнение на поетото задължение.

III. Личен характер на задълженията на купувача

Едва ли има съмнение, че задължението на купувача по приватизационния договор за плащане на цената може да бъде изпълнено от трето лице. Разпоредбата на чл. 73 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) изрично урежда тази възможност. Изключение от правилото е предвидено при наличието на интерес от страна на кредитора задължението да бъде изпълнено лично от длъжника. Такъв интерес от страна на продавача по договорите за приватизационна продажба трудно би могъл да

неизпълнение на задължения по приватизационните договори, а от друга страна, буквата на закона като че ли създава впечатление, че АСК не би могла да встъпи като страна в производства, започнали в периода между тези две дати. Нововъзникналата неяснота беше преодоляна някак мълчаливо от съдебната практика, като се имаше предвид общата воля на законодателя да концентрира функциите по контрола единствено в новосъздадения орган.

⁷ Естествено, купувачът няма да дължи уговорената неустойка в случаите на обективна невъзможност за изпълнение на поетото задължение. Хипотезите, при които купувачът би могъл да бъде освободен от отговорността за неизпълнението, са различни и те не са предмет на настоящото изложение. При всички случаи преценката следва да бъде направена от съответния съдебен или арбитражен състав съобразно доказателствата по конкретното дело.

бъде аргументиран⁸. Дали купувачът лично или трето по отношение на възникналото продажбено правоотношение лице ще плати договорената цена, е без значение за държавата-продавач, а и чл. 73 от ЗЗД изрично предвижда възможността изпълнението да стане въпреки волята на кредитора.⁹

Не така безспорен е въпросът за характера на поетите задължения за извършване на инвестиции и за поддържане или създаване на определена трудова заетост в приватизираното дружество. В немалък брой случаи формулировките на договорните клаузи включват изразите „лично да извърши“, „да извърши за своя сметка“, „лично да инвестира“, „да поддържа и да разкрие“ и пр. Буквалното им тълкуване като че ли определя личния характер на задълженията. Установената от АСК практика при контролирането на тези задължения не признава изпълнението от страна на трети лица на договорените задължения и Агенцията налага санкции за неточното им изпълнение.

Аргументи в подкрепа на личния характер на задължението за извършване на инвестиции могат да се търсят както във възприетата формулировка и граматическото тълкуване на съответните договорни клаузи, така и в особения характер на договорите за приватизационна продажба и преследваната от държавата цел при сключването им. Макар по същината си да се доближават до продажбено правоотношение по смисъла на ЗЗД и Търговския закон (ТЗ)¹⁰, те твърде много се различават от него, най-малкото

⁸ Вж Хорозов, Г., Приватизационният договор, С., 2000, с. 122 и сл.; Хорозов, Г., Следприватизационният контрол, С., 2002, с. 73. Авторът застъпва становището, че нито едно задължение на купувача по приватизационния договор не е *intuitu personae*, поради което изпълнение, направено от трето лице, безусловно освобождава купувача от задълженията му към продавача, стига то да е точно изпълнено в количествено и качествено отношение и да е извършено в срок.

⁹ Така Апостолов, Ив., Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. Фототипно издание, С., 1990, с. 175 и сл.; Кожухаров, Ал., Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Книга първа. Нова редакция Огнян Герджиков, С., 1992, с. 145-146; Калайджиев, А., Облигационно право. Обща част, С., 2001, с. 202 и сл.;

¹⁰ Трайната практика на ВКС определя договорите за приватизационна продажба като търговски сделки. Всъщност ВКС се произнася единствено относно възможността да бъдат обжалвани постановените решения по граждански и търговски дела с цена на иска до/над 5000 лева (респективно 25 000 лева за решенията на апелативния съд като въззивна инстанция) съгласно разпоредбата на чл. 218а, б.б. „а“ и „б“ от ГПК. В Определение № 562/ 14.10.2003 г. по гр.д. № 878/03, ВКС, 5-членен състав, макар и без аргументация, се застъпва становището, че договорите за приватизационна продажба представляват търговски сделки. В Определение № 67/ 06.07.2004 г. по гр.д. № 107/ 04, ВКС, 5-членен състав, е възприето разбирането, че макар материята за приватизационните сделки да е уредена в специален закон, не се изключва приложението на търговското право, поради което приватизацията се включва в параметрите на една от посочените в чл. 1, ал. 1 от ТЗ търговски сделки – продажбата, независимо от качеството на лицата - страни по сделката. Обратно, Решение № 716/ 23.11.2004 г., по т.д. № 63/2004 г, ВКС, ТК, I отд., в което подробно се излагат аргументи за това, че приватизационния договор не се вменява в понятието търговска сделка. Съгласно тези аргументи уредената законодателно правна природа на приватизационната сделка съчетава елементите на договора за продажба с елементи от административен характер по повод процедурите по закона – цитирано по Бюлетин на ВКС, бр. 4/2005 г., с. 41 и сл.

поради особената социална цел, която държавата като продавач преследва при сключване на приватизационния договор. В този смисъл за продавача не е безразлично точното в количествен, качествен и времеви аспект изпълнение на поетите задължения, както и обстоятелството кой именно е изпълнил задължението. Трябва да се отбележи, че купувачите по договорите за приватизационна продажба се избират след приключване на особена процедура, предвидена в закона. При избора на съответния купувач се преценява в цялост направеното от него предложение по обявените основни параметри, като предложената цена не винаги има решаващо значение. С оглед спецификата на дружеството в процес на приватизация, от значение са и притежаваните от купувача възможности за подобряването на състоянието на придобитото дружество или обособена част от него, опитът му в сферата, в която ще се развива дружеството, добрата му репутация и пр. От друга страна, в договорите за приватизационна продажба се включват условия, които са нетипични за обикновеното продажбено правоотношение и по същество ограничават купувача при изпълнението на поетите задължения с оглед постигането на целите на приватизацията.

Изложената аргументация относно личния характер на задълженията на купувача е трудно приложима по отношение на задължението за извършване на инвестиции. Член 73 от ЗЗД изисква наличието на интерес от страна на кредитора за лично изпълнение от страна на длъжника. Правната доктрина изрично ограничава изискването за лично изпълнение до задълженията за бездействие и за лично незаместимо действие¹¹. Очевидно задължението за инвестиране по смисъла на договорите за приватизационна продажба не попада в нито една от посочените хипотези. За кредитора в лицето на държавата няма да настъпят вреди от обстоятелството, че друг, а не купувачът по договора, е вложил договорените средства. Законът не изисква и наличие на правен интерес като предпоставка за изпълнението от страна на третото лице. Интересът има значение единствено с оглед на възможността, предвидена в чл. 74 от ЗЗД, за встъпване в правата на кредитора. В този смисъл е и трайната практика по дела с предмет искове за неустойки за неизпълнение на задълженията за влагане на

¹¹ В този смисъл Апостолов, цит. съч., с. 175-176, Кожухаров, Ал., Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Нова редакция с допълнения от П. Попов, с. 186, Калайджиев, цит. съч., с. 202-204.

инвестиции по приватизационни договори на Арбитражния съд при Българската търговско-промишлена палата (БТПП)¹².

Не така стои въпросът по отношение на задължението за поддържане и разкриване на работни места, особено при продажбата на обособени части от дружества с държавно участие. В този случай купувачът е работодател по смисъла на действащото трудовоправно законодателство и тази функция не може да бъде прехвърляна на трети лица. Още повече, при избора на купувач, за продавача има значение и бонитетът на работодателя – дали има добра история като работодател, дали редовно ще плаща възнагражденията и осигуровките на работниците и служителите и пр. Съгласно практиката на ВКС¹³, задължението на ответника, който е предпочетен за купувач на приватизирания обект – обособена част от търговско дружество, е за поддържане и разкриване на работни места в качеството му на работодател и не може да бъде изпълнено от трето лице¹⁴. При договори за продажба на акции или дялове на дружество с преобладаващо държавно участие и задължение в приватизираното дружество да се запазят, поддържат или разкрият определен брой работни места, работодател се явява приватизираното дружество. И в този случай купувачът ще дължи уговорената неустойка при неизпълнение, тъй като той има задължение да осигури договореното ниво на заетост.

От изложеното може да бъде направен изводът, че кредиторът е задължен да приеме изпълнението от трето лице на задължението за плащане на цената и за извършване на инвестиции. В този случай купувачът няма да дължи предвидената в договора неустойка. Що се отнася до задълженията във връзка с трудовата заетост, ако купувачът лично не е поддържал заварените работни места или не е разкрил нови съобразно поетото в договора задължение, ще е налице неизпълнение и за кредитора ще възникне възможността да претендира уговорената неустойка.

¹² Решения по МАД 36/02 от 21.04.2004 г., МАД 4/04 от 28.04.2005 г., ВАД 101/03 от 17.05.2005 г., МАД 36/03 от 03.06.2005 г.

¹³ Например Решение № 337 от 28.04.2004 г. на ВКС по гр.д. 1118/2003 г., ТК, I отд.

¹⁴ Обратно, решението по МАД 36/02 с аргументи, че целта на задължението е в приватизирания обект да продължат да работят поне толкова работници и служители, колкото са били назначени към момента на влизането на договора в сила. Струва ми се обаче, че личният характер на поетото задължение се определя не от целта на договора, а от възможността трето лице да замести длъжника при изпълнението на поетото задължение.

IV. Отговорност при забавено изпълнение. Характер на уговорените в приватизационните договори неустойки

1. Общи положения

Неизпълнението на задълженията за плащане на цената, извършване на инвестиции или осигуряване на определено ниво на трудова заетост в приватизираното дружество обикновено се санкционира с неустойка в определен размер¹⁵. Тези задължения са част от основното съдържание на приватизационния договор. Поради това при сключването му се приема, че при тяхното неизпълнение неустойката в най-голяма степен би обезпечила продавача. Не е без значение и обстоятелството, че уговорката за неустойка „спестява“ на кредитора необходимостта да доказва вредите от неизпълнение на поетите договорни задължения. Както беше изяснено по-горе, АСК е компетентният орган, който предявява по съдебен ред исковите за присъждане на неустойките¹⁶. В приватизационното законодателство не

¹⁵ За задълженията на купувача по приватизационния договор вж подробно Хорозов, Г., Приватизационният договор, с. 193 и сл.; Хорозов, Г., Следприватизационният контрол, с. 67 и сл. В настоящото изложение се засягат единствено задълженията за плащане на цената, за извършване на инвестиции и за запазване и разкриване на определен брой работни места, тъй като именно те са типичните задължения по приватизационните договори.

¹⁶ Според едно изолирано становище, застъпено в решение от 19.08.2005 г. по арбитражно дело № 1/2005 г. на АС при Българската стопанска камара, АСК не можела да претендира неустойки за забавено изпълнение на задължението за извършване на инвестиции по договора за приватизационна продажба, а ищец по подобен иск трябвало да бъде приватизираното дружество. Невъзможността била предопределена от правното съдържание на приватизационния договор, който бил сключен в полза на трето лице. Така за бенефициера по договора (приватизираното дружество) възниквало правото да иска реалното изпълнение на обещаната за него престация, да иска обезщетение за забавеното изпълнение, както и обезщетение за пропуснати ползи при пълното неизпълнение на престацията. За стипуланта възниквало правото да иска реално изпълнение на обещаната за бенефициера престация, да развали договора и да иска обезщетение за претърпяната загуба от пълното неизпълнение на престацията. Същото становище се поддържа и от Коларов, Кр., Проблеми на отговорността за неизвършване на инвестиции в приватизационните договори, сп. Съвременно право, бр. 3/2005, с. 18-33. Изложеното тълкуване трудно може да бъде споделено. Неустойките в приватизационните договори във всички случаи са уговорени в полза на продавача. Както беше посочено по-горе, единствено АСК има правомощието да предявява искове за неустойки за неизпълнение на задълженията по договора за приватизационна продажба. Несъмнено, всяка от страните по договора може да се ползва от всички уговорени в него права. В този смисъл са възраженията в мотивите към особеното мнение, с което един от членовете на арбитражния състав е подписал решението. В допълнение следва да се отбележи, че макар приватизационният договор да е търговска сделка, той има редица специфики, уредени от специалния закон, една от които е компетентният орган, натоварен с осъществяването на контрола по изпълнението на задълженията. АСК трудно се вписва като стипулант, а приватизираното предприятие – като бенефициер, в предложената правна конструкция. За разлика от хипотезата на договор в полза на трето лице по смисъла на чл. 22 от ЗЗД, приватизираното дружество няма възможност да предяви иск срещу купувача при неизпълнение (така Решение № 518/25.07.2005 г. по д № 825/04 на ВКС, ТК, II отд.). Струва ми се, че предявяването на иск от страна на приватизираното дружество е практически невъзможно и предвид обстоятелството, че купувачът по договора за приватизационна продажба притежава и мажоритарния пакет от акциите или дяловете на приватизираното дружество. Дори и да се

съществува специална уредба по отношение на отговорността на купувачите при неизпълнение, поради което се прилага общото гражданско законодателство. Единствено Наредбата за конкурсите¹⁷ (в редакцията до изменението от 2001 г.), в която се уреждаха редът и условията за провеждане на конкурси съгласно ЗППДОП (отм.), предвиждаше в договорите да бъдат включвани санкционни клаузи, съгласно които при неизпълнение на поетите задължения по условията на конкурса купувачът да заплаща неустойка в размер 50 % върху стойността на договорените, но неизвършени инвестиции и 150 % върху средната работна заплата за страната за всяко неосигурено работно място за съответния период (чл. 16, ал. 2, т.т. 1 и 2). При забавено плащане на цената предвидената неустойка е в размер на законната лихва (чл. 16, ал. 2, т. 3), а „[з]а останалите условия на конкурса, включени в договора, размерът на неустойката се определя от страните при сключване на договора“ (чл. 16, ал. 3).

Тази уредба е приложима единствено по отношение на договорите, сключвани по реда на ЗППДОП (отм.) чрез конкурс. Формулировката на третата алинея на чл. 16 от Наредбата оставя впечатлението, че неустойка трябва да бъде уговорена за всички задължения, поети от купувача в договора. Такива задължения могат да бъдат забраната да бъдат прехвърляни за определен период дяловете, акциите или обособената част от приватизираното дружество, които са предмет на договора, или забраната за извършване на разпоредителни сделки с тях, задължението за поддържане на определено ниво на екологичните параметри (в зависимост от отрасъла, в който работи приватизираното дружество), задължението за съхраняване на определено количество продукция във връзка с поддържането на военновременни запаси, задължението за представяне на писмен отчет за изпълнение на поетите ангажименти и пр. Считаю, че подобно тълкуване на разпоредбата на чл. 16, ал. 3 от Наредбата не може да бъде възприето. Преценката дали трябва да бъде уговорена

приеме становището, че приватизационният договор е договор в полза на трето лице по смисъла на чл. 22 от ЗЗД, нелогично е при неизпълнение само бенефициерът да може да търси вредите от него и тази възможност да бъде отречена за стипуланта предвид обстоятелството, че именно той е страна по договора.

¹⁷ Приета с ПМС № 155 от 14.08.1992 г., обн., ДВ, бр. 68 от 21.08.1992 г., доп., бр. 30 от 9.04.1993 г., изм. и доп., бр. 30 от 11.04.1997 г., бр. 50 от 5.05.1998 г., бр. 39 от 18.04.2001 г., в сила от 18.04.2001 г., отм. бр. 24 от 5.03.2002 г., в сила от 5.03.2002 г.

санкция за неизпълнение на поето с договора задължение е изцяло на страните по договора и в този смисъл разпоредбата има по-скоро пожелателен характер¹⁸.

В някои изолирани случаи предвидената санкция при неизпълнение на основните задължения по договорите за приватизационна продажба е неустойка наред с разваляне на договора. Предвид ограниченото приложение на посочената хипотеза, в изложението ще бъдат разгледани единствено противоречията в практиката, свързани с характера на неустойката, дължима като санкция при неизпълнение, без да е необходимо да се търси кумулативно и разваляне на договора.

2. Характер на неустойката. Последици

Съдебната и арбитражна практика не е последователна относно характера на уговорената в договора за приватизационна продажба неустойка. Спори се дали се дължи неустойка при късно изпълнение от страна на длъжника-купувач, или неустойката обезщетява вредите единствено при пълно или частично неизпълнение на поетото задължение, независимо от момента на осъществяване на дължимия резултат.

Неизпълнението на задължението за плащане на цената, което представлява парично задължение, е винаги забавено. Оттук и неустойката, уговорена за това неизпълнение, е винаги мораторна. Предвид безспорния характер на неустойката за неизпълнение на задължението за плащане на цената, следващото изложение засяга единствено характера на неустойките за неизпълнение на инвестиционните задължения и задълженията за осигуряване на трудовата заетост.

Неустойката е уредена в чл. 92, ал. 1 от ЗЗД и в чл. 309 ТЗ. От законовите разпоредби се извеждат двете ѝ основни функции – обезпечителната (обезпечава се реалното изпълнение на задължението) и обезщетителната (обезщетяват се вредите от неизпълнението). Обезпечителната функция на неустойката се състои в косвения натиск върху длъжника, упражняван от условното задължение за заплащане на уговорената сума (неустойка) в случай на неизпълнение. Обезщетителната функция на неустойката се проявява в качеството ѝ на предварително определено по размер обезщетение за вредите от непълнението, при което кредиторът е освободен от необходимостта да

¹⁸ Обратно, Решение № 900/ 18.10.05 по д. 177/05 на ВКС, ТК, II отд., според което неустойката се дължи съгласно Наредбата за конкурсите, независимо дали страните са я предвидили в договора.

доказва другите предпоставки на задължението за обезщетение, освен неизпълнението¹⁹. С оглед на вида на неизпълнението, неустойката може да бъде уговорена като компенсаторна (за неизпълнение) или като мораторна (за забавено изпълнение), както и за частично или лошо изпълнение.

Обичайно в договорите за приватизационна продажба задълженията се уговарят като периодични. В рамките на няколкогодишен (най-често тригодишен или петгодишен) период, купувачът се задължава да изпълни определена инвестиционна програма или програма за трудова заетост. Задължението има общ размер за определения период, като в рамките на този период се конкретизират параметрите за всяка от годините. При неизпълнение предвидената санкция е неустойка в определен размер „върху договорените, но неизвършени инвестиции“ или „върху договорените, но неподдържани или неразкрити работни места“. Често се включва и добавката „за съответния период“ или „за всеки отчетен период“.

Съдебната и арбитражната практика не е единна при определяне на характера на неустойката по договорите за приватизационна продажба. В част от постановените решения се приема, че неустойката е компенсаторна²⁰. Мотиви в подкрепа на това разбиране съдът намира в спецификата на договорите за приватизационна продажба по отношение на договора за покупко-продажба, уреден от ЗЗД и ТЗ. Защитата на обществения интерес предполага отчитането на задълженията по договора като краен резултат, като в съвкупност се преценяват отделните елементи и задължения по приватизационната сделка. Приема се, че кредиторът има интерес от забавеното изпълнение, щом го е приел, поради което междинните срокове, уговорени в договора по години, обезпечават цялостното изпълнение на инвестиционната програма и са ориентировъчни²¹. Допълнителни аргументи в подкрепа на компенсаторния и против

¹⁹ Така Апостолов, Ив., цит. съч., с. 312., Кожухаров, Ал., Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Книга първа. Нова редакция Огнян Герджиков, С. 1992, с. 322 и сл., Калайджиев, А., цит. съч., с. 408.

²⁰ Решение № 306/ 04.04.2005 г. по д № 575/04 на ВКС, ТК, II отд.; Решение № 361/ 18.04.2005 г. по д № 645/04 на ВКС, ТК, II отд., Решение от 03.06.2005 г. по МАД 36/03 на АС при БТПП. Възщност в арбитражното решение по МАД 36/03 от една страна неустойката декларативно се определя като компенсаторна, а от друга се преценява, че за неизпълнение на задължението за инвестиции през първата година от общо тригодишен период на инвестиционната програма, при констатирано преизпълнение за целия период, неустойката се дължи и следва да бъде заплатена. Неустойката или е компенсаторна и не се дължи поради обстоятелството, че инвестиционната програма е изпълнена, макар периодите в нея да не са спазени, или е мораторна и при констатиране на неизпълнение за всеки от отчетните периоди същата се дължи, тъй като обезщетява кредитора за забавеното изпълнение.

²¹ Изрично в този смисъл решение № 361/ 18.04.2005 г. по д № 645/04 на ВКС, ТК, II отд.

мораторния характер на неустойката могат да бъдат извлечени от уговорения твърд размер на неустойката²², от липсата на клауза в договорите, че неустойката се дължи за всеки просрочен ден, или че тя се дължи в точно определен срок от падежа на задължението, от големия абсолютен размер на неустойката.

Становището, поддържано в практиката, че претендираната неустойка е компенсаторна, може да бъде илюстрирано със следния пример. Купувачът Х придобива мажоритарния пакет акции от дружеството Y с договор, сключен в края на 1998 г. Наред със заплащането на цената по договора, купувачът е поел задължение да извърши инвестиции за срок от три години в общ размер на 5 000 000 щ.д., като задължението за първата година от периода (1999 г.) е в размер на 500 000 щ.д. През следващите години са разпределени и останалите договорени инвестиции. При неизпълнение на поетото задължение, страните са уговорили санкционна клауза – на продавача да бъде заплатена неустойка в размер на „50 % от договорените, но неизвършени инвестиции за всеки отчетен период“. През 1999 г. са извършени инвестиции в размер на 200 000 щ.д. (с 300 000 по-малко от уговореното) През 2000 г. са извършени договорените инвестиции за целия период. След констатиране на размера на неизпълнението, на купувача е начислена неустойка в размер на 150 000 щ.д за 1999 г. (50% от уговореното, но неизпълнено задължение) и след отказ тя да бъде заплатена доброволно, е предявен иск за събирането ѝ по съдебен ред. Няма спор по фактите, спори се единствено по отношение на дължимостта на уговорената неустойка. В решението си първоинстанционният съд обосновава мораторния характер на претендираната неустойка и осъжда купувача Х да я заплати. Въззивната инстанция, без да поставя под съмнение основателността на предявения иск, намалява неустойката с мотива, че присъждането ѝ в пълния уговорен размер ще доведе до неоснователно обогатяване на кредитора, тъй като за него не са настъпили вреди от неизпълнението в срок. ВКС, до който казусът е стигнал за разглеждане, преценява уговорените междинни срокове за изпълнение на задължението като „не строго фиксирани и с изтичането им купувачът не се лишава от възможността за изпълнение

²² Например 50 % от договорените, но неизвършени инвестиции, 150% от средната работна заплата за страната за всяко неосигурено работно място за съответния период.

през следващ период”. Поради това той определя неустойката като компенсаторна и постановява решение по същество, с което отхвърля предявения иск²³.

Тезата, че в посочената хипотеза купувачът не се лишава от възможността за изпълнение на задължението в един по-късен етап, едва ли може да бъде поставена под съмнение. От това обстоятелство обаче не следва компенсаторният характер на претендираната неустойка. Тя се дължи при неизпълнение на договореното задължение във всеки от отчетните периоди съгласно договора. Възприемането на противното означава съдът безпрепятствено да дерогира действителна договорна клауза и да отнеме възможността за защита на едната от страните по договора при неточното изпълнение на поетото задължение. Дори в неустоечната клауза да не е включено уточнение „за всеки отчетен период”, следва да се приеме, че неустойката е уговорена като мораторна, ако от самата формулировка на задължението в договора ясно може да се извлече наличието на периодичност и отделни падежи, на които да трябва да е налице изпълнение за съответната година²⁴.

Според застъпеното в тази статия становище и последиците за длъжника при мораторния характер на неустойката, неизпълнението на всяка част от поетото задължение води до ангажиране на отговорността на длъжника. Обстоятелството, че страните са уговорили ясни междинни периоди и краен срок, в който задължението следва да бъде изпълнено, обуславя извода, че общото изпълнение за целия срок не освобождава купувача от отговорността за неизпълнение през предходните години. Фактът, че задължението е уговорено по години, предопределя и настъпването на резултат в посочения размер за всяка отделна година²⁵. ВКС промени виждането си,

²³ Решение № 361/ 18.04.2005 г. по д № 645/04 на ВКС, ТК, II отд.

²⁴ Установената от АС при БТПП арбитражна практика по въпроса дали е налице точно изпълнение при наличие на несъответствие между уговорената между страните инвестиционна програма по години и предназначение на инвестиционните разходи е противоречлива. В решението по ВАД 78/03 се приема, че „преизпълнението в стойностно отношение е достатъчно, за да се приеме, че е налице пълно изпълнение, което води до извод, че правото на неустойка (независимо дали неговото възникване се свързва с пълно или само със забавено изпълнение) не е възникнало. (...) С оглед на констатираното изпълнение Решаващият орган намира, че не следва да се обсъждат въпросите относно природата на уговорената неустойка – дали е уговорена за случай на забава или само за пълно неизпълнение”. В следващи решения се възприема обратната позиция. В мотивите към решението по МАД 34/03 например се посочва, че: „[в]ъпросът за темпоралното действие на задължението се поставя във връзка с ефекта му в рамките на всяка отделна договорна година, доколкото отговорността за неговото неизпълнение е уговорена годишно”. По МАД 14/03 Арбитражният съд категорично определя, че е „[н]евъзможно да се компенсират инвестиции от други обекти и инвестиции, извършени през следващата година”.

²⁵ В този смисъл решение № 608/ 17.04.2003 по д № 505/02 на ВКС, V г.отд.; решение № 337/ 28.04.2004 г. по д № 1118/03 на ВКС, ТК, I отд.; решение № 1003/ 19.11.2004 г. по д № 130/04 на ВКС, ТК, II отд.

изразено в цитираното решение № 361/ 18.04.2005 г., относно компенсаторния характер на неустойката²⁶. В мотивите си съдът изрично посочва, че неизпълнението на задължението по инвестиционната програма следва да се преценява за всеки отчетен период от тригодишната инвестиционна програма. В този смисъл въпросът за преизпълнение на поетото задължение в цялост е без значение с оглед на обстоятелството, че през първата година задължението не е изпълнено²⁷.

В допълнение на изтъкнатите по-горе съображения може да се отбележи, че клаузите за неустойка, предвидени при неизпълнение на задължения по приватизационните договори, обезпечават интереса на държавата от точното изпълнение на тези задължения и във времеви аспект. Именно заради по-добрите условия, предложени от съответния купувач, той е предпочетен пред останалите кандидати и с него е сключен договор. Приватизационните правоотношения имат специфичен характер и макар в същината си да са продажбени, те коренно се различават от договора за продажба по ЗЗД и ТЗ най-малкото поради особената социална цел, която държавата като продавач преследва при сключване на всеки от приватизационните договори, и специфичните задължения в тях. Ето защо за кредитора не би трябвало да е безразлично как във времето ще бъдат изпълнени задълженията по съответния договор.

Ако се приеме тезата, че неустойките имат компенсаторен, а не мораторен характер, кредиторът би бил лишен от възможността да предяви иск за реално изпълнение на задълженията, за които са уговорени неустойки. Съобразно правилото на чл. 79 от ЗЗД, при неизпълнение кредиторът може да иска или реално изпълнение заедно с обезщетение за забавата (респ. неустойка за забава), или обезщетение за неизпълнение (респ. компенсаторна неустойка). Предвид спецификата на задълженията, поети с приватизационните договори, кредиторът може да предяви иск за реално изпълнение на задълженията заедно с иск за неустойките за забава. Няма пречка неустойката да се претендира наред с иск за реално изпълнение на поетото

²⁶ Решение № 662/ 21.06.2005 г. по д № 986/2004 г., ТК, II отд.

²⁷ ВКС утвърди становището си за мораторния характер на неустойката, изразено в решение № 662/ 21.06.2005 г. по д № 986/2004 г., ТК, II отд. В мотивите към решение № 821/ 18.10.2005 г. по д № 80/2005 г., ТК, II отд. съдът посочва, че „[п]риемането на график за извършване на инвестициите е напълно достатъчно основание да се счита, че волята на страните е инвестициите да бъдат извършени в точно определени размери и срокове в рамките на общия уговорен размер. (...) Фактът на преизпълнението на инвестициите за целия тригодишен период е ирелевантен”.

задължение по чл. 79 от ЗЗД, което произтича от мораторния ѝ характер²⁸. Тази възможност съществува за кредитора *ex lege* по силата на разпоредбата на чл. 79, ал. 1 от ЗЗД. Процесът на раздържавяване на собствеността се характеризира с установяването на определени правила в обществен интерес. Като се отказва от правото си на собственост върху приватизирания обект, държавата губи възможността да влияе пряко и непосредствено върху стопанската политика, но за тази цел в приватизационните договори се предвиждат механизми, които да осигурят икономическото развитие на приватизирания обект. Чрез приватизационните договори купувачите поемат задължения, присъщи само на този вид договори – да извършват инвестиции, да осигурят определено ниво на трудова заетост в обекта, да не се разпореждат с дълготрайни материални активи и др. За да бъде обезпечено изпълнението на тези нетипични за частноправните сделки задължения, в приватизационните договори се уговарят неустойки за неизпълнението им.

Свидетелство за мораторния характер на неустойките за неизпълнение на задълженията по приватизационните договори е и начинът на определяне на размера им (например в размер на 50 % от договорените, но неизвършени инвестиции). В случай, че неустойката имаше компенсаторен характер, нормално щеше да е тя да бъде уговорена в по-голям размер. Очевидно целта при формулирането на подобна клауза не е уговорената неустойка да замени изпълнението, като обезщети причинените от неизпълнението вреди. В противен случай съществува възможността поетите задължения за извършване на инвестиции да бъдат заобикаляни, а купувачите да заплащат неустойката в размер два пъти по-малък от този на дължимите инвестиции.

²⁸ Така решение по МАД 14/03 от 22.06.2004 г. на АС при БТПП, МАД 4/04 от 28.04.2005 г. на АС при БТПП. В решението по МАД 4/04 мораторният характер на неустойката се обосновава с формулировката на санкционната клауза, според която неустойката се дължи при неизпълнение на задължението за всеки отчетен период и наред с реалното изпълнение на договорените, но неизвършени инвестиции. В мотивите на цитираното решение се поддържа тезата, че: „[з]а да направи извода си за характера на неустойката, решаващият орган се основава на изричното кумулиране на неустойката с реалното изпълнение – определените в договора задължения да се изпълнят инвестициите и да се плати обезщетението за забава – договорната неустойка”. „Този извод се определя от изричното съдържание на договорната клауза, която е в хармония с разпоредбата на чл. 79, ал. 1 ЗЗД”. Правилността на крайния извод по същество не предполага непременно правилност на мотивите, въз основа на които е възприето становището на Арбитражния съд. Щеше ли да е по-различен изводът на съда при липсата на уговорката, че заплащането на неустойката се дължи наред с реалното изпълнение? Инкорпорирането или не на отделен законов текст в договора едва ли определя възможността за неговата приложимост между страните. Считаю, че в случая кредиторът има възможност и би могъл да търси реалното изпълнение по силата на закона. Обстоятелството как е уговорено главното задължение (разпределение на инвестициите по години с установени конкретни падежи) и неустойката (при

Евентуалното възражение, че неустойката е с компенсаторен характер, тъй като не е уговорена за всеки ден забава, а като процентна част от неизпълнената престация, съвсем не е безспорно. Мораторната неустойка не предполага непременно такава формулировка. Уговарянето на периода на забава може да е един от критериите, които да определят неустойката като мораторна, но от липсата на подобна формулировка не следва непременно, че неустойката е компенсаторна.

На следващо място следва да се отбележи, че инвестиционната програма трябва да бъде изпълнена в определен срок, като в голямата част от договорите съществува разпределение по години, т.е. налице са няколко на брой падежи за изпълнение на инвестиционната програма, които са определени към края на всеки отчетен период. Неизпълнението се установява към края на всеки отчетен период, като при забава на изпълнението на инвестиционното задължение към така определените падежи се дължи неустойка, определена в размер на 50% от стойността на договорените, но неизвършени инвестиции за всеки отчетен период. Уговорена по този начин, неустойката се дължи не само в случаите на пълно неизпълнение на задължението, а във всеки случай на частично неизпълнение или забавено изпълнение на разглежданото задължение²⁹.

Най-сетне, ако бъде възприето становището, че уговорената неустойка е компенсаторна, ще се изправим пред крайно неприемливата хипотеза длъжникът сам да определя срока, в който следва да изпълни задължението си, като не се държи сметка за волята на страните при сключване на договора. И когато изпълни в срок, следващ уговорените в договора падежи, това изпълнение да трябва да бъде признато от кредитора, без оглед на обстоятелството, че е изпълнено късно.

V. Възможност за предявяване на иск за реално изпълнение по чл. 79 от ЗЗД наред с иска по чл. 92 от ЗЗД от страна на АСК

Предвид застъпеното виждане, че неустойката в приватизационния договор е мораторна по своя характер, няма пречка тя да бъде претендирана наред с реалното

неизпълнение за всеки отчетен период), а не включването в договора на разпоредбата на чл. 79, ал. 1 от ЗЗД, определя мораторния характер на неустойката.

²⁹ В тези случаи може да бъде поставен въпросът за намаляване на неустойката. Подробно по този въпрос вж Таков, Кр., Към въпроса за намаляване на неустойката, Юбилеен сборник в чест на професор Живко Сталев, С., 2005, с. 391-446.

изпълнение на поетото задължение. Поставя се въпросът изчерпателно ли са изброени функциите на АСК и възможно ли е да бъдат предприемани действия, които не са предвидени в правомощията на АСК. Конкретният проблем, който възниква в практиката, е доколко е допустимо при констатирано неизпълнение на поето задължение, наред с иска за неустойка АСК да предяви и иск за реално изпълнение на основание чл. 79 от ЗЗД. В съществуващата специална правна уредба подобно правомощие на Агенцията не е предвидено.

Съдебната практика се лута между принципната допустимост на претенция за реално изпълнение, предявена от АСК, и отказа да бъде признато подобно правомощие на контролиращия орган. Често за изходна позиция се приема предвиденото в договора и ако страните изрично са се съгласили уговорените неустойки да се дължат наред с реалното изпълнение на поетото задължение, съдебните състави не отричат възможността за кумулиране на исковете за реално изпълнение и за неустойка³⁰. Обратно, при липса на уговорка между страните, като че се отрича допустимостта на такава претенция от страна на Агенцията.

Съгласно действащата уредба в специалните нормативни актове, които определят правомощията на АСК, „[с]ледприватизационен контрол е дейността по контрола върху изпълнението на задълженията на купувача, поети с приватизационен договор“ (чл. 1, ал. 3, т. 3 от ЗПСК). Разпоредбата на чл. 18, тълкувана във връзка с чл. 1, ал. 3, т. 3 и § 15 от ПЗР на закона, определя Агенцията като единствен държавен орган с правомощия по осъществяването на контрола по приватизационните договори, а оттам и като единствен активно легитимиран държавен орган, който, при установено неизпълнение, да претендира пред съд или арбитраж уговорените санкции или реалното изпълнение на поетите и неизпълнени задължения. В този смисъл изброените в чл. 19 от ЗПСК действия на Агенцията не биха могли да представляват изчерпателно изброен списък от правомощия, които да определят компетентността ѝ³¹.

³⁰ Решение по МАД 14/03 от 22.06.2004 г. на АС при БТПП, МАД 4/04 от 28.04.2005 г. на АС при БТПП.

³¹ В този смисъл е и направеното от Върховния административен съд, 5 чл. с-в, решение № 4431/17.05.2004 г. по адм. д. 3836/03, тълкуване на разпоредбата на чл. 19 от ЗПСК. Съставът изрично приема, че изброяването е примерно, а не изчерпателно, като „в него е дадена само основната рамка, очертаваща правомощията на Агенцията“, тъй като „на Агенцията за следприватизационен контрол са възложени не само надзора, проверката и наблюдението върху изпълнението на сключените приватизационни договори, но и извършването на ефективни действия, свързани с отстраняването на нежелани последици от неизпълнението на договорите, както и предотвратяването им.“

Аргумент в подкрепа на изразеното становище може да се извлече от разпоредбата на чл. 5, т. 3, *in fine*, от УПАСК, съгласно която АСК може да извършва „(...) и други правни действия в случаите на констатирано неизпълнение по приватизационните договори”, наред с предявяване и събиране на предвидените в договорите неустойки, лихви, задатъци, обезщетения, предявяване на банкови гаранции, претендиране на суми по доверителни сметки. Следва да се има предвид и обстоятелството, че при осъществяването на своите функции Агенцията представлява държавния интерес и е процесуален субституент на кредитора в правоотношението, възникнало при сключване на приватизационния договор³². Тя участва в съдебните производства с купувачите по приватизационните договори в качеството си на равнопоставен субект с всички права и задължения, предвидени в материалноправните и процесуалноправните норми. Ако се отрече възможността АСК да предявява иски за реално изпълнение по чл. 79 от ЗЗД наред с исковите за неустойки или лихви, ще се окаже, че такива иски въобще не могат да бъдат предявявани, тъй като по отношение на договорите за приватизационна продажба няма друг процесуално легитимиран орган, който да защитава правата на държавата, и следователно интересите ѝ като кредитор в приватизационните правоотношения ще бъдат сериозно накърнени.

VI. Изводи

Изложеното становище относно спорните моменти в съдебната и арбитражна практика, предмет на настоящата статия, налага следните изводи:

- Агенцията за следприватизационен контрол е единственият процесуално легитимиран орган, който осъществява контрола върху изпълнението на задълженията по договорите за приватизационна продажба, сключени по реда на ЗППДОП (отм.) и ЗПСК;
- При осъществяване на своите функции, Агенцията за следприватизационен контрол не е ограничена единствено от

³² Изрично в мотивите към решение № 4431/ 17.05.2004 г. на ВАС се изтъква, че от определената в ЗПСК и УПАСК обща компетентност на АСК следва, че „тя представлява държавния интерес и има правата на кредитор във възникналото след сключване на приватизационния договор правоотношение”.

правомощията, предвидени в специалния закон, който урежда нейните компетенции. В този смисъл, при констатирано неизпълнение на задълженията по договора за приватизационна продажба, е допустимо АСК да бъде страна по искове за реално изпълнение с правно основание чл. 79 от ЗЗД;

- Задълженията на купувача за плащане на цената по договора и за извършване на инвестиции в определен размер не са лични по своя характер и могат да бъдат изпълнени от трето лице;
- Задължението на купувача за поддържане и осигуряване на определено ниво на заетост в обособена част, предмет на договор за приватизационна продажба, е лично и купувачът не може да бъде заместен от трето лице при изпълнението му; той носи отговорност и при неизпълнение на задължението за поддържане и разкриване на работни места в приватизираното дружество, когато предмет на приватизационния договор е продажбата на акции или дялове на приватизираното дружество;
- Уговорената в приватизационния договор неустойка за неизпълнение на задълженията за извършване на инвестиции и за осигуряване на определено ниво на трудова заетост е мораторна по своя характер, освен ако изрично не е уговорена като компенсаторна. Последниците от мораторния характер на неустойката обуславят дължимостта ѝ винаги при констатирано неизпълнение и за срока, за който задълженията са поети, без значение от последващо изпълнение от страна на купувача. Неизпълнението във всеки от уговорените периоди на инвестиционната програма или програмата за трудова заетост поражда неустоечни задължения за купувача;
- Няма пречка при неизпълнение от страна на купувача, кредиторът да претендира кумулативно реално изпълнение по чл. 79 от ЗЗД и неустойка по чл. 92 от ЗЗД.