

Кристиан Таков

КЪМ ВЪПРОСА ЗА НАМАЛЯВАНЕТО НА НЕУСТОЙКАТА

ПРОБЛЕМИТЕ

ЗАКОНОДАТЕЛНАТА ИДЕЯ
ДОСЕГАШНИТЕ ИЗСЛЕДВАНИЯ НА ПРОБЛЕМА
ПЛАН НА ИЗЛОЖЕНИЕТО. НЕЗАСЕГНАТИ ВЪПРОСИ

ПРЕКОМЕРНОСТ НА НЕУСТОЙКАТА И ПОСЛЕДИЦИТЕ ѝ

ПОНЯТИЕТО ЗА ПРЕКОМЕРНОСТ

Съдебната практика
Възможни ориентири за определяне на
прекомерността

- Първи ориентир – дали неустойката надхвърля вредите
- Втори ориентир – може ли критерий за прекомерност да бъде високият ѝ абсолютен размер, или решаваща е степента на превишението на неустойката над вредите?
- Трети ориентир – може ли алгоритъмът на изчисляването на неустойката да е критерий за прекомерност?
- Четвърти ориентир – може ли видът на неустойката да е критерий за прекомерност?

Изводи и предложение

Изводите
Предложението: Теорията за “подвижната система” (теория на натрупващите се факти или теория на купчината пясък)

Възможни критерии за преценка
ОСОБЕНИ ОСНОВАНИЯ ЗА НАМАЛЯВАНЕ НА
НЕУСТОЙКАТА ИЗВЪН ПРЕКОМЕРНОСТТА

НАМАЛЯВАНЕ ПОРАДИ ТРАНСФОРМАЦИЯ НА ЕДИН ВИД НЕУСТОЙКА В ДРУГ

КУМУЛАЦИЯ НА ОСНОВАНИЯТА ЗА НАМАЛЯВАНЕ

ПРАВО НА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА

ПРЕДПОСТАВКИ ЗА ВЪЗНИКВАНЕ НА ПРАВОТО И
НЕГОВИЯТ ХАРАКТЕР

ТРЯБВА ЛИ НЕУСТОЙКАТА ВЕЧЕ ДА Е СТАНАЛА
ДЪЛЖИМА, ЗА ДА СЕ НАМАЛЯВА?
НЕОБХОДИМО ЛИ Е ИСКАНЕ НА ДЪЛЖНИКА, ИЛИ
СЪДЪТ МОЖЕ СЛУЖЕБНО ДА НАМАЛЯВА
НЕУСТОЙКАТА?

ИМА ЛИ ЧЛ. 92, АЛ. 2 ЗЗД ОБРАТНО ДЕЙСТВИЕ?
КАКВО МОЖЕ ДА НАПРАВИ СЪДЪТ, КОГАТО
НАМАЛЯВА НЕУСТОЙКАТА?

ИЗВОД: ХАРАКТЕРИСТИКА НА ПРАВОТО НА
НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА ПО ЧЛ. 92, АЛ. 2
ЗЗД

ПАРАЛИЗИРАНЕ НА ПРАВОТО НА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА

СПЕЦИФИЧНИ СЛУЧАИ НА ПРЕКОМЕРНИ НЕУСТОЙКИ,
ВОДЕЩИ ДО НИЩОЖНОСТ

ОСОБЕНИ ПРЕЧКИ ПРЕД ИСКАНЕТО ЗА НАМАЛЯВАНЕ
НЕДОПУСТИМОСТ НА НАМАЛЯВАНЕТО НА
НЕУСТОЙКАТА

МОЖЕ ЛИ ДА СЕ НАМАЛЯВА ПОРАДИ ПРЕКОМЕРНОСТ ЗАКОНОВАТА НЕУСТОЙКА?

ОСОБЕНИ РЕЖИМИ НА НАМАЛЯВАНЕТО НА НЕУСТОЙКАТА ПРИ ПРИВАТИЗАЦИОННИ ДОГОВОРИ

ОСОБЕН РЕЖИМ НА НЕУСТОЙКАТА В ПРАВОТО ЗА ЗАЩИТА НА ПОТРЕБИТЕЛЯ

ЕКЗОРБИТАНТНОСТ НА НЕУСТОЙКАТА

ИЗВОДИ

ПРОБЛЕМИТЕ

Кога неустойката може да бъде намалявана?

Има ли случаи извън чл. 92, ал. 2 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД), в които може да се стигне до намаление?

Какво означава прекомерност и според какви критерии следва тя да се преценява?

Каква е правната характеристика на правото на намаляване на неустойката?

Кога неустойката няма да може да се намалява, дори и да е прекомерна?

Може ли да се намалява поради прекомерност законовата неустойка?

Тези въпроси и множество произтичащи от тях допълнителни питання не намират еднозначно или задоволително разрешение в правната ни литература. Тази статия търси техните отговори.

ЗАКОНОДАТЕЛНАТА ИДЕЯ

Възможността, неустойката да се намали поради прекомерност, е частно проявление на общия правен принцип за справедливост и добросъвестност. Други специфични проявления на същия правен принцип са случаите, в които неустойката се намалява по право, както и хипотезите, в които неустоечната клауза е нищожна. Винаги обаче, когато се провежда справедливост и се налага добросъвестност, това става чрез ограничаване на принципа за свободата на договарянето.

В едни случаи противоборството между споменатите принципи може да завърши с абсолютна победа на “доброто и справедливото” над “свободното”

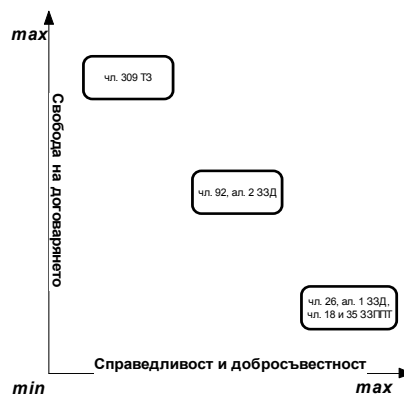
Такива са ситуацията, в които се стига до **нищожност** на екзорбитантната неустойка (чл. 26, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)) и на несъразмерната и изключителна неустойка при потребителски договори (чл. 18 и 35 от Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия (ЗЗППТ)).

В други хипотези между тези начала може да се установи известно равновесие.

Така е при намаляването на неустойката поради прекомерност (чл. 92, ал. 2, предл. 1 ЗЗД). Тук може да се говори за “равновесие” между свободата и справедливостта, тъй като прекомерната неустойка по начало е действително задължение. То само може да бъде намалявано, без обаче да отпадне изцяло. При това намаляването става чрез предприемане на активни действия от страна на длъжника и то – по усложнения път на съдебен процес.

В една трета група случаи пък свободата на договарянето може да остане свършено незасегната от конкуриращите ѝ добросъвестност и справедливост.

Това може да се наблюдава при недопустимостта на намаляване на неустойка между търговци поради прекомерност по чл. 309 ТЗ.



ДОСЕГАШНИТЕ ИЗСЛЕДВАНИЯ НА ПРОБЛЕМА

Досегашните изследвания¹ се основават на изменено, отменено или остаряло законодателство и не обхващат някои новопоявили се проблеми; те не са могли да съобразят и съдебната практика от последните години. В тях се засягат само част от въпросите, свързани с намаляването на неустойката. Така например не са разглеждани случаите, в които клаузата за неустойка е нищожна, нито тези, в които неустойката се намалява по право. Прекомерността на неустойката се е смятала за въпрос, предоставен изцяло на вътрешното усещане на съдията. Феноменът на екзорбитантната неустойка е непознат по времето, когато тези съчинения са писани.

Повечето от тези въпроси не са и били актуални по времето, когато тези изследвания са били правени. Днес обаче те се поставят с особена острота.

ПЛАН НА ИЗЛОЖЕНИЕТО. НЕЗАСЕГНАТИ ВЪПРОСИ

В това изследване е разгледана прекомерността на неустойката и са предложени критерии за установяването ѝ, както и една нова за нашата доктрина теория за преценка – “теорията на подвижната система”. Анализирани са особените основания за намаляване на неустойката извън прекомерността ѝ. Обсъден е и въпросът за трансформирането на неустойката за пълно изпълнение в такава за лошо или частично изпълнение. Изследвана е възможната кумулация на основанията за намаляване.

¹ Вж. напр. трудовете на *Таджер, В.*, “Намаление на неустойката”, Социалистическо право, бр. 4/1956, на *Тодоров, Д.*, “Намаляване на неустойките по типови договори” Социалистическо право, бр. 10/1962, както и тези на *Рачев, Ал.*, “Намаление на размера на неустойките, уговорени между социалистическите организации”, Правна мисъл, бр. 4/1963 и разглеждането на същия проблем от същия автор в “Неустойките между социалистическите организации”, в Известия на Института за правни науки на БАН, бр. 1/1964.

По-нататък студията се съсредоточава върху предпоставките за правото на намаляване на неустойката, върху правната характеристика на това право и следствията от нея.

Разгледани са евентуалните пречки пред осъществяването на намалението, както и отделните способности за намаляване. Особеното понятие за “несъразмерност” на неустойката е сравнено с “прекомерността” ѝ и са предложени критерии за определянето му при *leges propterea* за потребителите.

Екзорбитантността на неустойката е ново за българската доктрина, но познато на съдебната ни практика понятие. Изследвани са критериите на правораздаването за екзорбитантност и са предложени някои нови.

Извън обсега на изследването остават процесуалните аспекти на намаляването на неустойката. Не е засегнат въпросът, как следва да се предяви искането за намаляване – с иск или чрез възражение. Само отчасти, но изобщо не в пълнота е засегната проблематиката на неустойките при приватизационните договори. Не е дирен отговор и на въпроса, дали намалението на неустойката може да има алтернатива в институтите на крайната нужда и явно неизгодните условия по чл. 33 ЗЗД и на стопанската непоносимост по чл. 307 ТЗ. Тези въпроси ще се разгледат в бъдещо изследване.

ПРЕКОМЕРНОСТ НА НЕУСТОЙКАТА И ПОСЛЕДИЦИТЕ ѝ

Класическият случай на засягане на неустоечната клауза е нейното намаляване от съда поради прекомерност. Нормата на чл. 92, ал. 2 ЗЗД изглежда сравнително ясна. Приложението ѝ обаче може да породви сериозни проблеми. За да бъдат те разрешени, трябва да се изясни понятието “прекомерност” и критериите за определянето му и да се открият случаите, в които неустойката може да бъде намалявана независимо от прекомерността си. Трябва освен това да се изясни правната характеристика на правото на намаляване и да се отговори, дели нормата на чл. 92, ал. 2 ЗЗД има обратно действие или не. Най-сетне, трябва да се разгледат случаите, в които намаляването ще е изключено на различни основания.

ПОНЯТИЕТО ЗА ПРЕКОМЕРНОСТ

Член 92, ал. 2 ЗЗД използва израза “*е прекомерно голяма в сравнение с претърпените вреди*”.

Какво означава обаче “прекомерност”? Както се казва, “един косъм на главата е нищо, но един косъм в супата вече е прекалено много”². Ако перифразираме Кенет Кларк, можем елегантно да кажем, че “никой не може да дефинира прекомерността, но като я видим, веднага ще я познаем”³.

Законовият текст ни дава само основата за преценката (“претърпените вреди”), но не и точния мащаб, за да можем автоматично да извършим тази преценка. Изразът “прекомерно голяма” означава, че нормата е относително определена и че преценката е предоставена на вътрешното убеждение на съда.

Вътрешното убеждение на съда е свободно, без обаче да може да е произволно. Това поражда въпроса, **как да се определи, че една неустойка е “прекомерна”, а друга е в рамките на търпимостта.**

СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

В някои, макар и малко на брой съдебни решения, се застъпва схващането, че **неустойката не може въобще да надвишава лихвата за забава по чл. 86 ЗЗД** (№ 2807/1972 I⁴, ВАД 29/1994⁵, № 1046/2001⁶).

² Приписват изречението на А. Айнщайн, който с него пояснявал понятието “относителност”.

³ Изказването му се отнася всъщност за понятието “цивилизация”.

⁴ Решение № 2807 от 30.09.1972 г. по гр. д. № 1797/72 г. на 1 Г.О.: “Договорът или клаузата от него, с която е поето задължение за заплащане на лихва върху парично задължение над законния размер на същата, е недействителна поради невъзможен предмет и противоречието им със закона.

Аргументацията в тези решения смесва института на неустойката със забраната на чл. 10, ал. 2 ЗЗД, която обаче в момента е изпразнена от съдържание. Според тези решения неустойка, която надвишава размера на законната лихва, всъщност заобикаля императивната норма на чл. 10, ал. 2 ЗЗД. След отпадането на горния праг на договорната лихва през 1994 година (вж. § 1 ПМС № 72/1994) тази аргументация губи всичките си основания. В този смисъл странна изглежда инерцията в мисленето, демонстрирана от последното цитирано решение на ВКС (№ 1046/2001). Въпросното решение се позовава на противоречие със закона (може би все пак съдът е имал предвид "заобикаляне на закона"), но със закон, който не е действал вече седем години (!) преди постановяването на решението.

Поради отпадането на горния праг на договорната лихва днес не може да се твърди, че неустойката не може да надвишава лихвата по чл. 86 ЗЗД. Освен това, както днес е, така и по времето на постановяването на цитираните решения е било несъстоятелно да се поддържа, че неустойка, която надвишава максимално допустимия размер на лихвата, подлежала на намаляване. А неудържимо е това твърдение, защото ако уговорката между страните противоречи на закона или го заобикаля, последицата ще е не намаляване по чл. 92, ал. 2 ЗЗД, а нищожност по чл. 26, ал. 1, предложения 1 и 2 ЗЗД.

В заключение, горната граница на договорната лихва (каквато в момента няма) не може и никога не е могла да се използва като критерий за определяне на неустойката като "прекомерна". Докато е действала, тя е можела да бъде само горна граница на допустимост, отвъд която клаузата за неустойка е щяла да бъде недействителна.

Преобладаващата част от съдебната практика не използва този погрешен критерий. В нея прекомерността на неустойката се преценява според вътрешното убеждение на съда, но тази преценка не се обосновава. Така сме изправени пред констатации, които обаче не са аргументирани. А липсата на аргументация винаги крие в себе си опасността от произвол.

ВЪЗМОЖНИ ОРИЕНТИРИ ЗА ОПРЕДЕЛЯНЕ НА ПРЕКОМЕРНОСТТА

И така, от съдебната практика не може да се извлече някакъв ясен критерий за установяването на прекомерността. При тази ситуация критериите трябва да се установят по теоретичен път. При това като опора за диренето могат да се имат предвид функциите на неустойката, съотношението ѝ с вредите, абсолютният ѝ размер. Трябва освен това да се изследва възможната приложимост на критерии, използвани в други правни институти, както и някои специфични хипотези на определени видове неустойки.

Недействителни са и договорът или клаузата от него, с които под формата на процент или глобална сума е уговорено заплащането на неустойка за забава при изпълнението на парично задължение в размер, надвишаващ този на законната лихва."

⁵ В мотивите на посоченото решение четем: "В чл. 10, ал. 2 ЗЗД е определен особен ред за уговаряне на дължимата лихва. Страните имат ограничена договорна автономия и могат да договарят само до размера на лихвата, определен от МС. Ако уговореният размер е по-голям, той се намалява по право до този размер.

Систематическото и логическо тълкуване на чл. 10, ал. 2 и чл. 86, ал. 1 от ЗЗД налага извода, че макар в чл. 86, ал. 1 ЗЗД мораторната лихва да е квалифицирана като обезщетение при неизпълнение на парично задължение, то олихвяването на това обезщетение, както и определянето на неговия размер, е подчинено на специален нормативен режим - този, посочен в чл. 10, ал. 2 от ЗЗД, който е съвършено различен от общия режим за олихвяване на обезщетения за претърпени вреди, претендирани по общия ред. Аргумент в подкрепа на този извод е разпоредбата на чл. 86, ал. 1, изр. 2-ро ЗЗД, според която за действително претърпени вреди в по-висок размер кредиторът може да иска обезщетение съобразно общите правила. Тези общи правила са разпоредбите на чл. 82 и 92 ЗЗД, които като "общ закон" се изключват от чл. 10, ал. 3 ЗЗД като "специален закон", предвиждащ особен ред на олихвяване на изтекли лихви (анатоцизъм). От всичко това се налага изводът, че лихвата е особен вид обезщетение, чийто размер е отнапред определен от МС и режимът на неговото олихвяване се подчинява, съгласно чл. 10, ал. 3 ЗЗД, на специалните наредби на БНБ. Обратно, неустойките и обезщетенията за претърпени вреди, претендирани по общия ред (извън лихвите), могат да бъдат олихвяване на общо основание.

В същия смисъл са и постановените решения по ВАД № 30/93, 56/93, 79/93 и 8/94 г."

⁶ Решение № 228 от 14.02.2002 г. по гр. д. № 1046/2001 г.: "Недопустимо е уговарянето на компенсаторна неустойка за вреди от неизпълнение на парично задължение, защото това неизпълнение е винаги забавено изпълнение и отговорността за него не може да надхвърля ограничения от закона максимален размер."

ПЪРВИ ОРИЕНТИР – ДАЛИ НЕУСТОЙКАТА НАДХВЪРЛЯ ВРЕДИТЕ

Може ли да се твърди, че ако неустойката надхвърля вредите, тя вече ще е прекомерна? При отговора на този въпрос трябва да се имат предвид **функциите на неустойката**.

Според общоприетото в българската доктрина схващане функциите на неустойката са⁷ а) обезпечителна, б) обезщетителна, в) наказателна и г) в случаите на изключителна неустойка – ограничаваща обема на вредите. Разбира се, не е задължително, всяка неустойка да има едновременно всички тези функции⁸.

Като се изхожда от тези функции, може да се направи изводът, че **неустойката може да надхвърля обема на вредите**. Обезщетителната ѝ функция наистина предполага, тя да е равна на вредите. Обезпечителната и наказателната ѝ функция обаче ще бъдат осъществени единствено и само ако неустойката надвишава вредите. В противен случай длъжникът не би бил стимулиран да изпълни от неустоечната клауза, нито би бил наказан за неизпълнението си.⁹

Това, разбира се, не означава, че неустойката не може да е по-малка от вредите. Такава тя може да е например поради недоглеждане или грешна преценка на кредитора, поради желанието на страните да ограничат обема на обезщетението и т.н.

ВТОРИ ОРИЕНТИР – МОЖЕ ЛИ КРИТЕРИЙ ЗА ПРЕКОМЕРНОСТ ДА БЪДЕ ВИСОКИЯТ Й АБСОЛЮТЕН РАЗМЕР, ИЛИ РЕШАВАЩА Е СТЕПЕНТА НА ПРЕВИШЕНИТО НА НЕУСТОЙКАТА НАД ВРЕДИТЕ?

Видяхме, че неустойката може да надхвърля вредите. Кога обаче това надхвърляне на вредите ще е допустимо и от коя граница нагоре ще се счете за “прекомерно”?

В правната ни литература са предлагани критерии като “не да е просто голяма, а да е прекомерно голяма”, “да превишава чувствително ... вредите”, “да има значително несъответствие”. Изтъква се също така, че неустойката ще е прекомерна, когато “*вместо да спомага за договорната дисциплина, тя я руши, чрез стопански нецелесъобразно разместване на оборотни средства*”¹⁰.

Изтъква се, че **не абсолютният размер на неустойката е от значение, а съотношението ѝ с вредите**.¹¹ Така като че ли житейското усещане ни диктува, неустойката да се сметне за **прекомерна тогава, когато в пъти (два, три или повече) надвишава вредите**.

Това усещане обаче може да се разколебае, ако се разгледат някои особени хипотези.

Така надали някой възприема нормативно установената неустойка за пътуване без билет като “прекомерна” с оглед размера ѝ (в софийския градски транспорт тя е 10 пъти стойността на съответния билет). Надали като особено несправедливо може да се прецени и условието в договора, при забава за плащане на месечна наемна вноска с повече от 14 дни да се дължи еднократна неустойка в размер на 30% от неизпълненото (всъщност, това е повече от 2 пъти годишния размер на лихвата по чл. 86 ЗЗД). В изброените случаи обаче усещането ни за допустимост е силно повлияно от сравнително ниския абсолютен размер на неустойката (в първия случай става дума за сума под 10 лева, във втория – за една трета от месечната наемна цена, която ние възприемаме като поносим разход).

Ако обаче неустойката е уговорена като два пъти уговорената цена, а тази цена е няколко милиона? Ако абсолютният размер на неустойката (макар и изчисляван като 50, 60 или 70 % от договореното) се равнява на годишната печалба на дадено предприятие или дори на годишния му оборот, ще продължаваме ли да възприемаме такава неустойка като нормална, само защото била “само” няколко пъти или дори няколко десетки процента от обема на неизпълнението? Смятам, че такава мислене освен антисоциално в крайна

⁷ Вж. *Калайджиев, А.*, Облигационно право, обща част, I. изд. 2001, стр. 408 и сл.; *Кожухаров, Ал.*, Облигационно право, общо учение за облигационното отношение, нова редакция Герджиков, О., книга първа, 1992, стр. 321 и сл. и *Марков, М.*, Облигационно право, помагало, стр. 145. Макар и да използват различни термини и да подреждат по специфичен начин тези функции, авторите всъщност са единни по отношение на броя и същината им.

Това схващане между другото се поддържа и от германската правна доктрина – вж. така Staudinger, Kommentar zum BGB und Einführungsgesetz, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Band §§328 – 361, 1995, SS. 205 ff.

⁸ Обрато: *Кожухаров, Ал.*, op.cit., стр. 324, който на стр. 326 като че ли се отклонява от това си разбиране и *Таджер, В.*, Намаление на неустойката – чл. 92, ал. 3 ЗЗД, Социалистическо право, бр. 4/1956, стр. 7, но без особено убедителна аргументация.

⁹ В този смисъл вж. *Вж. Таджер, В.*, op.cit., стр. 7.

¹⁰ Вж. *Таджер, В.*, op.cit., стр. 9.

¹¹ Така *Таджер, В.*, op.cit., стр. 8, в същия смисъл и *Калайджиев, А.*, op.cit., стр. 415.

сметка е и антипазарно, защото може да причини неплатежоспособност или дори несъстоятелност на страната по договора, а при големи стопански субекти да доведе и до т.нар. "системен риск".

От друга страна, неустойката, дори да е огромна по абсолютния си размер, може да не е прекомерна. Нека си представим договор за доставка, при който доставчикът е търговски представител, оторизиран дилър или изключителен дилър на голям производител. Нека е уговорено, че купувачът предплаща част от цената, за да започнат доставките. И най-сетне, нека доставяното оборудване да е в известна степен уникално и да не може да се продаде на друг краен клиент. В изпълнение на договора доставчикът поръчва оборудването на производителя, който го произвежда. Ако купувачът откаже да плати уговорената авансова сума, производителят най-вероятно ще претърпи сериозни вреди и няма да има вече възможността да пласира продукцията си другаде или поне не на разумна цена. Неизпълнението от страна на купувача обаче ще рефлектира най-сериозно върху търговския представител. Тъй като е най-вероятно той да е гарантирал плащането, той ще е този, който ще трябва да покрие загубите на производителя. Нещо повече – най-вероятно този неприятен случай ще означава край на търговските му взаимоотношения с производителя. Трябва да се има предвид, че производителят може да използва влиянието си и да причини допълнителни неприятности на (бившия си вече) представител. Най-сетне, при монополно положение на производителя на даден пазар нашият доставчик ще трябва въобще да забрави идеята, да работи в същия бранш. Е, нима в тази ситуация неустойка, дори и възлизаща на няколко милиона, няма да е в границите на съразмерността?

Дали при определянето на прекомерността не може да се мисли и за аналогично приложение на други правни институти? Пригодни в тази връзка изглеждат да са следните разрешения: **а)** в римското право при някои случаи на кражба е познато обезщетение, възлизащо на 2, съответно на 4 пъти стойността на откраданото; **б)** правилото на чл. 197, ал. 2 от Кодекса на търговското корабоплаване (КТК) установява обезщетението при несвоевременно връщане на нает кораб на двойната стойност на дължимия наем; **в)** Диоклециановото разбиране за *laesio enormis*, според което такова е налице при разлика с повече от 50% от пазарна цена (според *Code civil* пък разликата трябва да е 7/12).

Предложението, да се използват наготово точните критерии на тези институти е изкусително, но е опасно. Както вече се демонстрира, никакви проценти или пъти, нито пък абсолютни размери на неустойката могат по достатъчно прецизен и справедлив начин да я дефинират като "прекомерна".

В някои специални хипотези законът установява изрична забрана, неустойка да бъде уговаряна над определени размери или по определена формула. Първият такъв случай е уреден в чл. 206, ал. 3 ЗЗД – не може да се уговаря, платените вноски при продажба на изплащане да останат като неустойка за продавача при разваляне на договора. Вторият случай е "маскиран" зад забраната на "лъвското дружество" (*societas leonina*) – чл. 361, ал. 2 ЗЗД – независимо, каква е хипотезата на такава уговорка (например – неизпълнение на задължения по дружествения договор), тя е нищожна.

Тези две разпоредби обаче така или иначе не установяват твърд критерий за прекомерност, а "само" забраняват изначално такива уговорки независимо от конкретния резултат, до който би се стигнало при прилагането им.

Изводът, до който стигам е, че **не могат да се установят точни формули**. Не може да се каже, че неустойката ще е в нормални граници, ако е до X пъти или X% от размера на вредите. Не може също така да се твърди, че високият ѝ абсолютен размер би обосновал усещането за нейната прекомерност, нито пък, че този висок абсолютен размер винаги ще е ирелевантен.

ТРЕТИ ОРИЕНТИР – МОЖЕ ЛИ АЛГОРИТЪМЪТ НА ИЗЧИСЛЯВАНЕТО НА НЕУСТОЙКАТА ДА Е КРИТЕРИЙ ЗА ПРЕКОМЕРНОСТ?

Клаузата за неустойка може да има най-различен словесен израз. Може да са използвани множество формули за определянето ѝ. Тя може да е абсолютна сума, може да е процент от дадена величина, може да се определя по усложнена функция, съдържаща дори и неопределени детерминанти (борсови индекси, валутни курсове и т.н.). Тя може да е еднократна или да се натрупва; при натрупването ѝ да има или да няма горна граница или краен период. Неустойката най-сетне може да е кумулативна или алтернативна. И за да стане объркването пълно – може към момента на съдебното решение тя да не е станала прекомерна, но да има опасност да стане такава впоследствие.

Такава би била ситуацията при неустойка, която се начислява всеки месец. От нея се претендират само първите три или четири вече дължими части, които са в границите на търпимото. Две години и половина след това обаче кредиторът претендира още 30 такива части, чийто падеж междувременно е настъпил. Общата им сума вече може да се окаже прекомерна.

Смятам, че в тези случаи **трябва да се има предвид** не отделното неустоечно задължение, а **целият (окончателният) размер на неустойката**, независимо, дали той в даден момент е изискуем в пълнотата си или не. При промяна на индекси, от които зависи размера на неустоечното задължение, трябва отново да се търси окончателния му размер или поне той да се определи приблизително, ако тези индекси са неизвестни към момента на съдебното решение.

Това схващане се обосновава по следния начин. Ако прекомерността на неустойката би се преценявала само към момента на съдебното решение (т.е. би се вземала предвид само изискуемата част от нея към този момент), това би означавало проблемът да се “замете под килима”, а в бъдещето да се хвърлят семената на нови процеси по същия въпрос. Такъв подход би противоречал на принципа на процесуалната икономия и ефективното правораздаване. Освен това той би довел до несигурност в гражданския оборот, защото поради промяна в подсъдността, неконстантна съдебна практика или, най-сетне, поради промяна дори на съдебния състав, при последващо дело може да се стигне до различен резултат. Наред с другото, правото да се иска намаление на неустойката не е ограничено само до станалите вече изискуеми части от нея. Член 92, ал. 2 ЗЗД говори въобще за “неустойка”, а не за “изискуема” или “дължима” неустойка. Идеята, че искът по чл. 92, ал. 2 може да се води и за неизискуеми още задължения косвено се потвърждава и от правилото на чл. 97, ал. 2 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК). Макар че искът по чл. 92, ал. 2 ЗЗД не е осъдителен, това правило на ГПК следва да се прилага по аналогия и за конститутивните иски.

Най-сетне, **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**. Ако се окаже, че **ходът на нарастването ѝ е “неудържим”**, тя по принцип би следвало да се квалифицира като прекомерна.

Тази теза може да се илюстрира със следните примери:

- (1) Ако върху длъжника вече тежи огромно задължение за неустойка и е установена поредност за погасяване най-напред на неустойката, а след това на главницата, длъжникът ще се окаже “заробен” от неустойката. В този случай, макар длъжникът формално да може да спре хода на неустойката чрез плащане (на изтеклата до този момент неустойка и на главницата), той de facto няма да може да извърши такова плащане и ще затъва все повече и повече. (Разбира се, такъв по принцип е и случаят с поредността на погасяване на лихвата по чл. 76, ал. 2 ЗЗД. При по-сериозни неустоечни проценти обаче положението на длъжника лесно може да стане критично.)
- (2) Ако престацията на длъжника е станала невъзможна по негова вина, а за неизпълнението е уговорена мораторна неустойка, длъжникът на практика е осъден на стопанска смърт, защото няма как да спре нарастването на неустойката.

Трябва да се подчертае, че **сама по себе си липсващата горна граница или краен момент на начисляването не са самодостатъчни, за да квалифицираме неустойката като прекомерна**. При положение, че длъжникът може да изпълни и по този начин да пресече безкрайното нарастване на неустойката, тази неустойка не може да се твърди да е прекомерна. Тя просто го стимулира да изпълни. Да приемем всяка неустойка без горна граница за прекомерна, би означавало да защитим неизправния и недобросъвестен длъжник в по-голяма степен, отколкото той заслужава. При такова разрешение бихме дори стимулирали длъжника след определен момент въобще да не изпълнява.

Ето един пример: в наемен договор е уговорено, че при прекратяването му наемателят трябва да освободи имота в 3-дневен срок, а ако не го стори, ще дължи по 50 лева за всеки ден, в който е останал там. Няма горна граница или момент, в който начисляването на неустойката се спира. Ако възмутен от “прекомерността” на такава неустойка съд я намали, като постанови, че неустойка се дължи за не повече от 500 лева или за не повече от 10 дни, това ще стимулира недобросъвестния наемател “да си плати глобата” (която може и да се окаже не толкова сериозна) и след това да остане безконечно в апартамента, защото знае, че ще плаща само досега дължимия наем (чл. 236, ал. 2 ЗЗД). Ако си представим, че междувременно цените на наемите са се увеличили значително, следва да се запитаем, на кого помагаме? По този начин наемодателят, който чрез неустойката е искал да стимулира наемателя да освободи имота своевременно, ще трябва да води съдебен процес, за да постигне търсения с неустойката резултат.

Изводът е, че алгоритъмът на изчисляването сам по себе си също не може да е достатъчен критерий, за да определим неустойката като прекомерна.

ЧЕТВЪРТИ ОРИЕНТИР – МОЖЕ ЛИ ВИДЪТ НА НЕУСТОЙКАТА ДА Е КРИТЕРИЙ ЗА ПРЕКОМЕРНОСТ?

Видът на неустойката може да има значение при преценката на прекомерността ѝ. Това е така поради специфичния алгоритъм, по който се формират отделните видове неустойка и който може да доведе до съвършено различен неин размер в зависимост от вида ѝ.

При **зачетната неустойка** ще трябва да се установи общият размер на всички вреди, за да може да се прецени, дали неустойката ги превишава и с колко. Подобно е положението и при **алтернативната неустойка**.

Тези два вида неустойка са дължат принципно вместо вредите, а не наред с тях. Така, ако вредите са 1.000, а неустойката, която трябва да плати длъжникът, е 1.200, ще имаме разлика между вреди и неустойка от 200.

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

Нека вредите отново да са 1.000, а неустойката да е пак 1.200. Тъй като длъжникът трябва да плати и вредите, и неустойката, общото му задължение вече ще е 2.200. Така в разглеждания случай сумарният дълг при кумулативна неустойка е близо 2 пъти по-голям, отколкото при алтернативната/зачетната.

При **непаричната неустойка** се дължи не парична сума, а предаване (прехвърляне) на вещ, 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 престаиране на предмета на неустойката, или на постановяването на съдебното решение – би се стигнало или до неадекватно, или до произволно, или до несправедливо разрешение.

Неадекватно, защото въпросната стойност например към момента на сключването на договора може да е съвършено различна от момента на дължимостта, индексите да са особено изгодни или неизгодни за едната или другата страна; произволно, защото не може благоволенieto на длъжника да престаи към даден момент или случайният момент на съдебното решение да са определящи за прекомерността; несправедливо, защото всяка от посочените неадекватност и произволност водят до несправедливост.

Изводът е, че при кумулативната неустойка е по-вероятно (без обаче да е задължително) да се стигне до прекомерност, отколкото при алтернативната. При непаричната неустойка всичко зависи от стойността на непаричната престация към момента на дължимостта ѝ.

ИЗВОДИ И ПРЕДЛОЖЕНИЕ

ИЗВОДИТЕ

Въз основа на горния анализ могат да се направят следните изводи (които са тържество на негативизма):

- Неустойката може да надвишава вредите и те *в никакъв случай не представляват горна граница* на нейната допустимост;
- *Не съществува* общовалидно правило за определяне на прекомерността. В някои случаи прекомерност ще е налице, едва когато неустойката надвишава вредите десетки пъти, в други случаи за прекомерността ѝ ще е достатъчно и надвишение само с няколко десетки процента от вредите;
- Абсолютният размер на неустойката *също не може* да е ориентир за това, дали тя е прекомерна или не. Когато съдът прави преценката за прекомерността, той

трябва да изхожда не от критериите на собствения си джоб, а от всички обстоятелства по случая;

- *Не могат* да се използват като достатъчен критерий за прекомерност мащабите, които са установени за други правни институти или тези, които действат в специални хипотези – например *furtum manifestum* или *pec nanifestum*, *laesio enormis*, наказателния наем в двоен размер по чл. 197, ал. 2 КТК, явно неизгодните условия по чл. 33 ЗЗД, нито пък специалните правила на чл. 206, ал. 3 и чл. 361 ал. 2 ЗЗД.

Единствените две позитивни правила са, че:

- При преценката на прекомерността трябва да се има предвид не само станалата дължима до момента на съдебния спор неустойка, а целия възможен размер на неустойката, както и че
- Неудържимата в хода си неустойка, която нараства безкрайно, без длъжникът фактически или дори теоретично да може да я спре, по принцип следва да се качествява като прекомерна.

Тези последни два случая обаче (макар и нерядко срещани в договорната практика) не изчерпват останалите възможни хипотези и освен това не могат да служат като основа за аналогичното им разрешаване. И така, дотук се посочи, как *не може* да действа съдът, когато преценява прекомерността. Същевременно положителните правила за преценка се оказват недостатъчни. Редно е обаче, разрушителното отрицание да се увенчае със съзидателно позитивно предложение. Кое то пък отново поставя стария въпрос: Как да действа съдът, когато прави преценката за прекомерност, за да не бъде упрекнат в произволност или пристрастие?

ПРЕДЛОЖЕНИЕТО: ТЕОРИЯТА ЗА “ПОДВИЖНАТА СИСТЕМА” (ТЕОРИЯ НА НАТРУПВАЩИТЕ СЕ ФАКТИ ИЛИ ТЕОРИЯ НА КУПЧИНАТА ПЯСЪК)

При такива несигурни изходни позиции може да се използва една особена схема на преценка и подсумиране. Тя е формулирана през 50-те години на 20. век и е известна под името “теория за подвижната система” (*Theorie des beweglichen Systems*) или е назовавана също “теория на купчината пясък” (*Sandhaufentheorie*)¹². Може да се предложи и наименованието “теория на натрупващите се факти”, но важно е не името, а същината ѝ. А тя е следната: за да настъпи определена правна последица, трябва да са кумулативно дадени няколко житейски факта. Тези факти обаче поради същината си могат да са налице в различна степен. Дори някои от тях могат да липсват! Недостатъчната наличност или дори липсата на някой от фактите обаче не винаги осуетява настъпването на правните последици. Такава недостатъчна осъщественост на някой от фактите или отсъствието му могат да се компенсират от сериозно количествено натрупване при някой от другите факти. Така в крайна сметка се оказва, че общата сума, или генералният житейски резултат, или сумарната нравствена преценка на фактите трябва да достигнат определена “критична маса”, за да настъпи правната последица. Може да се запита – това не е ли всъщност скрито алтернативно изброяване, което само е наречено кумулативно? Не. При алтернативното изброяване на предпоставки ще е достатъчно наличието само на една от всички, за да настъпи

¹² Теорията на “подвижната система” е разпространена предимно в Австрия и е формулирана представително от следните автори: *Wilburg, W.*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Rechts*, Graz 1950; *Bydliński, Fr.*, in: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien 1951, S. 529 ff.; *Schilcher, B.* *Gesetzgebung und Bewegliches System*, in: Franz Bydliński/Heinz Krejci/Bernd Schilcher/Viktor Steiningger (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien 1986, S. 287 ff.; *Kozioł, H.*, *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*, JBL 120 (1988), 619 ff.. както и от *Flessner, Al.*, *Europäisches Privatrecht und Bewegliches System*, JBl 125 (2003), S. 205 ff.

Като аналог на тази теория в Германия могат да се посочат разработките на Heinrich Hubmann, в които той се опитва да формулира принципите, съобразно които съдията трябва да извършва преценката си. Вж. по-специално *Hubmann, H.*, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, *die Methode der Abwägung*, S. 145 ff. Самият автор обаче нееднократно признава в това и в други свои съчинения, че точни математически формули не могат да се прилагат при оценъчната дейност. На няколко пъти такива формули предлага самият той, но част от техните детерминанти са съвършено произволно определени.

правната последица. Алтернативното изброяване обаче е твърде опростен механизъм, при който не може да се държи сметка за всички особености на разрешавания случай. Класическата кумулация на предпоставки пък понякога поставя твърде високи, дори непреодолими изисквания. Може да се приеме следователно, че теорията на купчината пясък е компромис между кумулативното и алтернативното изброяване на изисквания. Тази теория изисква да има количествено натрупване на някакви обстоятелства, за да настъпи определен резултат. При това тя определя абстрактно вида на обстоятелствата, които могат да “участват” в натрупването, без обаче при това да изисква, всяко от посочените обстоятелства да е “представено” в крайното количествено натрупване.

Това може да се илюстрира по два начина:

Първи начин. Искаме да получим гъвкава връзка, дълга 10 метра. Разполагаме с корабно въже, с метален лост, със стоманено въже, с метална верига и със синтетично въже за теглене на автомобил. Тъй като искаме връзката да е гъвкава, ще трябва да изключим металния лост от възможните ѝ съставни части. Безразлично ни е обаче, от какво ще се състои самата гъвкава връзка. Така, ако имаме 13 метра корабно въже, въобще няма да ни е необходимо да привързваме към него който и да е от другите предмети. Ако обаче имаме 3 метра корабно въже, 2 метра верига, 1 метър стоманено въже и 4 метра синтетично въже, ще трябва да използваме всички тях, за да стигнем до търсената дължина от 10 метра. При това няма значение, че някоя от съставките преобладава като количество. Същата ще е ситуацията, при която имаме 9 метра стоманено въже и по 3 метра от корабното, синтетичното въже и от веригата. Ще ни е достатъчно да използваме стоманеното въже (9 метра) и който и да е от другите предмети (3 метра), за да достигнем желаните 10 метра. Сами по себе си обаче трите парчета от по 3 метра (общо 9 метра) няма да са ни достатъчни.

Втори начин. Да си представим 3 скачени съда – първият с диаметър 1 метър, вторият – 2, а третият – 3 метра. Ако искаме да постигнем определено ниво на течността в системата от тези скачени съдове (например – 70 см), винаги ще трябва да налеем едно и също минимално количество течност в тях. При това няма никакво значение, какъв е обемът на течността във всеки отделен съд. Важен е сумарният резултат.

Трябва да се отбележи, че макар тази теория да не е позната на нашата доктрина, тя – без да бъде назовавана по определен начин – на практика често се използва.

Такъв е случаят при тълкуването на закона – чл. 46, ал. 1 от Закона за нормативните актове – използват се няколко критерия, без да е задължително, всички те да са налице. Така например систематичното и телеологичното тълкуване може да са достатъчни и да е излишно да се отправяме към “основните начала на правото”. Ако пък става дума за данъчен закон или за норма от ЗУТ, тълкуването с оглед “правилата на социалистическия морал” ще е немислимо – както е известно, този тип норми нямат особено интензивно съотнасяне с нравствеността.

При тълкуването на договора (чл. 20 ЗЗД), ако действителната обща воля на страните може да бъде еднозначно установена, няма да е нужно да прибъгваме до обичаите в оборота и до целта на договора.

При преценката, дали един брак е “дълбоко и непоправимо разстроен” (чл. 99 от Семейния кодекс) се вземат предвид неограничен кръг обстоятелства. При това тежестта на всяко едно обстоятелство се определя не според твърд критерий, а според конкретния случай.

Въобще, тази теория може да се използва, а и на практика се използва при повечето относително определени норми.

Смятам, че тази “теория на купчината пясък” може в най-задоволителна степен да разреши и проблема за преценката, дали една неустойка е прекомерна.

ВЪЗМОЖНИ КРИТЕРИИ ЗА ПРЕЦЕНКА

За да се използва представената теория обаче, трябва да се знае, какви са всъщност въпросните “натрупващи се” факти. По-нататък се предлагат множество такива факти. Сумарният им резултат следва се преценява съобразно алгоритъма на тази теория. При това трябва да се има предвид, че **изброяването на тези факти нито е изчерпателно, нито задължително**. Правораздаването може да установи нови критерии или да отхвърли някои от предложените. Целта е, в течение на времето да се установи относително ясна система от такива факти, за да се постигне предвидимост на съдебните решения. И така, предлаганият “списък” е следният:

- какво е превишението на неустойката над вредите;
- какво е съотношението между неустойката и цената на договора;
- какъв е абсолютният размер на неустойката;

Тези първи три критерия са своеобразна "червена лампа" за съдията. Ако никой от тях не е изпълнен, е малко вероятно да е налице прекомерност. Поради това проверката на останалите критерии може да отпадне. Ако обаче един или няколко от тези критерия са удовлетворени, това не означава автоматично и само по себе си, че неустойката непременно е прекомерна. Проверката в такъв случай трябва да продължи с останалите критерии. При това не претендирам, да съм ги подреждал по някаква йерархия или в определена субсидиарност.

- каква е формата на вината на този, който дължи неустойката;

Формата на вината в гражданското право има ограничено значение (напр. чл. 82 ЗЗД и други случаи, в които грубата небрежност и умисълът имат самостоятелни правни последици). Следва ли "по-виновният" длъжник да е по-малко защитен от "просто виновния"? Струва ми се, че да, без при това да се ръководя от някакъв особен нравствен патос. Тъй като една от функциите на неустойката е обезпечителната – да принуди длъжника под страх от плащане на неустойка да положи всички усилия, за да изпълни – ми се струва, че умисленото или грубо небрежно неизпълнение може да бъде наказано с по-сериозна сума, отколкото неизпълнението, причинено от лека небрежност. С други думи, неустойката, която би била прекомерна при лека небрежност, може да се окаже съразмерна при умисъл или груба небрежност. Досегашната съдебна практика обаче застава на противоположната позиция – вж. така решения № 138/1956 IV и № 1460/1955 IV.

- има ли съпричиняване на неизпълнението от страна на кредитора;

Този критерий всъщност е възприет от константната съдебна практика (вж. по-долу, в точката "Особени основания за намаляване на неустойката извън прекомерността" и цитираните там решения). Неустойка, която е съразмерна в случай, че неизпълнението се дължи само на поведението на длъжника, може да се окаже прекомерна, ако за това неизпълнение е отговорен и кредиторът. Разрешение, аналогично на чл. 83, ал. 1 ЗЗД дава член 9:504 от Европейските принципи на договорното право¹³

- дали кредиторът е могъл да сключи заместваща сделка, която да задоволи в достатъчна степен интереса му от изпълнението на договора;

Този критерий всъщност се свежда до изначално установеното като мащаб от чл. 92, ал. 2 ЗЗД съотношение между вредите и неустойката. Чрез сключването на заместваща сделка кредиторът всъщност намалява вредите си. При това не е нужно, кредиторът наистина да е сключил такава сделка; достатъчно е да е могъл да я сключи. Защото, ако е могъл, но не го сторил, той всъщност попада в хипотезата на чл. 83, ал. 2 ЗЗД. Укоримото му бездействие не може да води до облаги за него. Подобно е и разрешението на чл. 9:506 от Европейските принципи на договорното право.

- предвидена ли е горна граница на неустойката или краен момент, до който тя се начислява;

Вече стана дума, че липсващата горна граница на неустойката дава сериозни, но не самостоятелни основания да се мисли, че тя е прекомерна. (За подробности вж. по-горе, в т. "Трети ориентир – може ли алгоритъмът на изчисляването на неустойката да е критерий за прекомерност?") Ако страните са пропуснали да впишат в клаузата горна граница или краен момент, и ако това е резултат на тяхна небрежност, тази небрежност следва да се поправи от съда; ако ли "пропусъкът" е резултат на умисъл, той трябва да се предотврати.

- дали неустойката не се използва от кредитора, за да реализира значим приход, без да полага допълнителни или каквито и да било усилия за изпълнението на собственото си задължение;

Ако такова нещо се докаже, исковете на кредитора следва да се отхвърлят поради шиканьозно упражнение на права (чл. 57, ал. 2 от Конституцията на Република България, чл. 8, ал. 2 ЗЗД). Особено укоримо ще е поведението на такъв кредитор, ако неустойката се използва за паразитно съществуване на чужд гръб при съдействието на подкупни представители на длъжника. Чест такъв случай в българската договорна практика бяха, а и тепърва ще бъдат договори с предприятия с преобладаващо държавно или общинско участие. При тези (нерядко стопански безсмислени) договори се уговаря престация, за чието неизпълнение са предвидени сериозни неустойки. Престацията не се изпълнява било защото публичният мастодонт не може да изпълни, било защото недобросъвестните му ръководители се погрижват, изпълнението да не се осъществи. Получените от неустойката пари, разбира се, се разпределят съответно на вложените "усилия". В случая става дума не за неустойка, а за скрито преразпределение на национално богатство не по пътя на приватизацията. Тъй като подобна "схема" изпълва не един наказателно-правен състав, напълно неприемливо е, гражданският съдия да остава сляп за извършеното престъпление и да закрепя с *res judicata* последиците му, като откаже намаление на неустойката.

(Между другото, поради исторически обусловеното издигане на "китайска стена" между гражданското и наказателното право твърде често се стига до нравствено нетърпим резултат – договор, сключен при престъпление (обикновено стопанско), от гледище на гражданското право най-често е напълно действителен. Новите идеи за отнемане на имущества, придобити по престъпен начин всъщност си поставят за цел не да възцарят стопанска справедливост (която може да се постигне само с граждански средства), а да репресират

¹³ За коментара на тези принципи вж. Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I & II, Kluwer Law International, 2000, както и Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts III, Kluwer Law International, 2003. Чистият текст на Принципиите може да се намери на множество езици на http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law.

извършителите на престъпленията с необичайни за наказателното право механизми. De jure condendo трябва да се помисли, дали престъпното обстоятелство при сключването на договора не трябва да се въздигне до основание за някой от видовете недействителност.

- **обичайно ли е уговарянето на такъв вид неустойка при подобни договори;**

Необичайността на уговарянето на такъв вид неустойка може да послужи за индичия, че неустойката в конкретния случай цели не да задоволи имуществения интерес на кредитора, а да "облече" в правно приличие недобросъвестността или дори престъплението.

- **какво е съотношението между неустойката и имуществото на този, който дължи (дали няма да доведе до неоправдани затруднения или до самоцелното му стопанско унищожение);**

Предлагам този критерий при пълно съзнание за опасността, да ме упрекнат в левичарски подхлъзвания. Същност, идеята ми не е, неустойката да се намалява винаги, когато някой представи *testimonium pauperitatis*. Ако обаче даден правен субект се е съгласил да дължи неустойка, съизмерима с годишната му печалба, с оборота му, или дори със стойността на активите му, това съгласие явно не е възплъщение нито на свободната му воля, нито на добросъвестността на партньора му (кредитора по неустойката), а най-малко – на убеждението на двете страни, че неустойката е съразмерна. Ако посоченият критерий поражда съмнения, е много вероятно да става дума за прикрито паразитиране, за натиск при уговарянето, който е несъвместим с почтеността в оборота или за престъпление при сключването на договора. Тъй като е най-вероятно да липсват основания, такава неустойка да бъде прогласена за изцяло нищожна, е добре тя поне да бъде намалена. Наред с другите доводи може да се приведе и вече споменатият аргумент, че гражданското право не може да търпи, а още по-малко да поощрява самоцелното довеждане на страните по договора до несъстоятелност.

- **дали след сключването на договора има рязко изменение на индекси или други детерминанти, от които зависи размерът на неустойката;**

В този случай може да се мисли, че неустойката в реалния си размер е повече изненада за страните, отколкото да е била тяхна цел. В такава ситуация намалението на неустойката би се посрещало от длъжника с облекчение, от кредитора – с разбиране, а съдът с решението си би възцарил действителната воля на страните.

Към това схващане може да се отпрати упрека, че увеличението на индексите/детерминантите ще обоснове намаляване на неустойката, но обратното няма да е вярно – намалението им не поражда право да се иска увеличаване на уговорената неустойка. Преди всичко, това не е вярно. Кредиторът, който се чувства ощетен от спадането на размера на неустойката под очакванията му, може да поиска изменение на договора съгласно чл. 307 ТЗ. Наред с това чл. 92, ал. 1, изр. 2 ЗЗД дава право на кредитора да търси и действителните си вреди, които надвишават неустойката.

- **дали неустойката се дължи за всяко отделно договорно нарушение или след извършването на първото нарушение всички последващи се "поглъщат" от него.**

Смятам, че ако неустойката се дължи общо за всички или за множество еднообразни нарушения на договора, е по-малко вероятно тя да е прекомерна; за разлика от ситуацията, при която неустойката се дължи за всяко следващо неизпълнение (например, ако наемател, който "системно" пречи на спокойствието на другите обитатели, дължи определена неустойка независимо от това, колко пъти е празнувал "рождения си ден" през последните две седмици или пък бъде наказван за всяко отделно нарушение).

Могат да се предложат и други критерии, при които особена тежест е придадена на нравствените измерения на неизпълнението, например¹⁴:

- **степента на укоримост на поведението на длъжника (наред с формата на вината);**

Счита се, че неустойката, която по принцип би се преценила като прекомерна, ще е нормална и търпима, ако неизпълнението осъществява състава на административно нарушение или на престъпление.

- **опасностите, произтекли от поведението на длъжника;**

Преценява се обществената опасност на поведението на длъжника, включително и дали с действията си той не дава лош пример, както и това, дали от неизпълнението му са косвено засегнати и други лица.

- **вредните последици за длъжника от собственото му неизпълнение;**

Релевантно в случая е, дали длъжникът вече не е в някаква степен наказан за неизпълнението си на друго основание – например с административна глоба, с пенална санкция и т.н. Смята се, че ако към такава санкция от друг правен клон или наложена на друго основание се прибави и неустойката, сумарното наказание за длъжника може да се окаже несъразмерно. Затова при намаляването ѝ съдът следва да я използва като "изравнител" на санкционните последици.

¹⁴ Вж. Staudinger, loco citato, S. 367 ff.

- *опити за поправяне на последиците от неизпълнението от страна на длъжника или на кредитора;*

Ако кредиторът се е опитал да поправи последиците, той може да бъде обезщетен за усилията си (дори и те да са напразни) с по-малко или никакво намаление на неустойката. И обратно – ако длъжникът е правил опити да отстрани вредите от собственото си неизпълнение, той следва да бъде “възнаграден” за това чрез по-осезателно намаление.

- *опасността от “рецидив” на неизпълнението;*

Ако неизпълнението явно се е превърнало в линия на поведение на длъжника, неустойката, която при общия случай би се намалила поради прекомерност, няма да бъде намалена. Защото намалението ѝ би било незаслужена снизходителност или дори би поощрило и бъдещи неизпълнения от този длъжник.

- *когато има неустойки, налагани на лица, принадлежащи към една и съща група, те трябва да са еднакви.*

Този критерий изхожда от идеите на изравнителната справедливост (aequitas commutativa). Така например, ако един кредиторът има множество договори с различни лица с подобен или еднакъв предмет, но във всеки един от тях е уговорена различна неустойка, при евентуалното намаляване трябва да се цели еднакъв мащаб за един и същи вид неизпълнение.

Дали засиленият нравствен патос на тази последна група критерии е прекомерен или подходящ, ще се прецени от съдебната практика. Тази преценка би дала донякъде и отговор на принципния въпрос, дали на гражданското право трябва да се придават наказателни функции или то трябва да остане само в границите на имущественото изравняване.

ОСОБЕНИ ОСНОВАНИЯ ЗА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА ИЗВЪН ПРЕКОМЕРНОСТТА

Дори неустойката да не е прекомерна, тя ще може да се намали, ако има **съвина на кредитора за неизпълнението** (така: ВАД 46/1993, ВАД 52/1995, МАД 14/1998, ВАД 88/1999). Това правило разширява приложното поле на чл. 92, ал. 2 ЗЗД и е изведено от съдебната и арбитражна практика. То почива върху идеята на чл. 83, ал. 1 ЗЗД. Тъй като неустойката е обезщетение за вреди, след като те следва да се намалят, трябва да се намали и неустойката, която е техен измерител, определен отнапред.

Макар да няма прекомерност, неустойката ще може да се намалява и в случай, че **К не е положил грижата да ограничи вредите си** (чл. 83, ал. 2 ЗЗД). Всъщност, неограничаването на вредите по чл. 83, ал. 2 ще доведе до правото на намаляване не само по себе си, а само при положение, че неустойката е несъразмерна с първоначалните вреди, които впоследствие са нараснали поради укоримото бездействие на кредитора. Именно това нарастване на вредите поради бездействието на кредитора е довело до изкуствена съразмерност между тях и неустойката. Ако вредите не бяха изпуснати от контрол, първоначалният им размер може би щеше да е такъв, че на неговия фон неустойката щеше да е прекомерна.

По този въпрос – дали чл. 83, ал. 2 ЗЗД ще доведе подобно на чл. 83, ал. 1 ЗЗД до намаляване на неустойката – съдебната практика не е имала повод да се произнесе. Смятам обаче, че разрешението трябва да е аналогично на това при чл. 83, ал. 2 ЗЗД. Но не защото институтите на ал. 1 и ал. 2 на чл. 83 са еднакви, а понеже и в двата случая има недобросъвестност на кредитора или дори злоупотреба с право и трябва да действа правилото *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. В случая на чл. 83, ал. 1 кредиторът ще е съпричинил вредите и ще иска да се ползва от последиците на собственото си укоримо поведение, а в хипотезата на ал. 2 кредиторът ще “скрие” прекомерността на неустойката зад паравана на нарасналите поради собственото му поведение вреди и ще се брани с възражението, че тя не била прекомерна.

Друго особено основание за намаляване на неустойката е във връзка с **ограниченията на отговорността на производителя по чл. 17, ал. 1 ЗЗППТ** – при законово установената максималната горна граница на отговорността, ако се натрупат много неустойки от много договори, които надхвърлят сумата 100 милиона лева, тези неустойки ще се намалят, независимо от ЗОЗТЗ. Това намаление освен това **става не по реда на чл. 92, ал. 2 ЗЗД, а автоматично**.

До такава хипотеза на намаляване ще може да се стигне при положение, че в тежест на производителя са уговорени неустойки. Неясно остава обаче, как ще се проведе съразмерното намаляване на дължимите обезщетения (в случая – неустойки). Проблемът е, че към момента на предявяването на исковете няма да е нито ясно, нито установимо, колко ще е общата сума на дължимите обезщетения. Дори това да може да се

установи, яснотата ще цари твърде кратко – винаги впоследствие могат да се предявят нови претенции за обезщетение, които вече прекриват границата от 100 милиона лева. Означава ли правилото на ЗЗППТ, че тези предявени по-късно искове ще трябва да се отхвърлят изцяло? Или то трябва да се тълкува в смисъл, че новопредявените искове ще трябва да се пренасочат към други ответници – лицата, вече получили съразмерно намалено обезщетение? А как да се намерят тези лица? И как да се предявят искове срещу тях? Въобще нормата на чл. 17, ал. 1 ЗЗППТ освен че повече или по-малко е пропуснала целта си, е недомислена по отношение на практическата си реализация. Винаги ще се случва така, когато директиви на ЕИО се преписват частично и без да се съобразяват механизмите, които гарантират провеждането им.

Трябва да се подчертае, че докато в случаите на чл. 83, ал. 1 и 2 ЗЗД намалението на неустойката става по съдебен ред и при аналогично приложение на чл. 92, ал. 2 ЗЗД, то при ограничената отговорност на производителя тази норма е неприложима, тъй като намалението по чл. 17, ал. 1 ЗЗППТ става *ipso jure* и то – съразмерно на всички уговорени в тежест на производителя неустойки.

НАМАЛЯВАНЕ ПОРАДИ ТРАНСФОРМАЦИЯ НА ЕДИН ВИД НЕУСТОЙКА В ДРУГ

Освен поради прекомерност неустойката може да се намалява и в случай, че “задължението е изпълнено **неправилно или отчасти**” (чл. 92, ал. 2, предп. 2 и 3 ЗЗД). При тези две алтернативни хипотези на намаляване съотношението между неустойката и вредите е ирелевантно.

Може да се каже, че тези две основания са всъщност едно **тълкувателно правило**¹⁵. То ще се прилага тогава, **когато страните са уговорили неустойката само за в случай на пълно неизпълнение, но не са предвидили неустойка за други два вида неизпълнение – некачествено (лошо) и частично изпълнение**. В тази ситуация би било несправедливо, длъжникът, който макар и лошо или, макар и частично, все пак е изпълнил, да плати пълния размер на неустойката. Все пак тази неустойка е била предназначена да покрие вредите при пълно неизпълнение и размерът ѝ съответства именно на това пълно неизпълнение. Несправедливо би било също така, на кредитора да се откажат всички предимства, които неустойката му дава, само защото той не се е досетил да предвиди всички възможни форми на неизпълнението. Поради това именно законът създава това тълкувателно правило, като трансформира неустойката за пълно неизпълнение в такава за частично или за лошо изпълнение.

Ако страните са уговорили неустойки не само за пълно, но и за частично, и за некачествено изпълнение, тогава за намаление на неустойката по чл. 92, ал. 2, предп. 2 и 3 ЗЗД въобще не може да се говори – в зависимост от вида на неизпълнението ще се дължи съответната предвидена конкретно за него неустойка, а останалите неустойки просто няма да са “активирани”.

Намалението в тези два случая може да бъде извършено сравнително лесно, защото както лошото, така и частичното изпълнение се намират **в просто установимо съотношение с точното изпълнение**.

Ако престацията не е с уговореното качество, а с друго, по-ниско, тогава трябва да се установи пазарната цена на некачественото изпълнение, тя да се раздели на пазарната цена на точното изпълнение и така да се получи коефициент, с който да се умножи уговорената неустойка за пълно неизпълнение.

Например, ако цената на доставената некачествена стока е 65 единици, а цената на качествената стока е 100 единици, този коефициент ще е 0,65. Уговорената неустойка за пълно неизпълнение (нека тя да е 2.000 лева) трябва да се умножи по 0,65 и така се получава, че макар и да не е уговорена неустойка специално за лошо изпълнение, тя се предполага да е мълчаливо установена, като стойността ѝ в конкретния случай ще е 1.300 лева.

Ако има частично изпълнение, сметката ще е още по-проста. Установява се процентът на изпълненото и уговорената за пълно неизпълнение неустойка се умножава по този процент. Така се получава стойността на (мълчаливо уговорената) неустойка за частично изпълнение.

¹⁵ В този смисъл вж. *Калайджиев, А.*, *op.cit.*, стр. 416.

Предлагам за установяването на съотношението да се използва пазарната стойност, защото тя е най-лесно установима. Същевременно обаче **вредите по принцип се пресмятат не по пазарна, а по особена стойност**¹⁶. Именно съотношението между стойностите на точното и на неточното изпълнение **в имуществото на кредитора** трябва да бъдат определящи. Ако обаче кредиторът твърди, че съотношението следва да се определи съобразно особената стойност, той е този, който ще трябва да доказва било нея, било промененото от нея съотношение на неустойката за пълно неизпълнение с вредите (чл. 127, ал. 1 ГПК).

Разбира се, тези правила ще важат **само в случай, че кредиторът приеме некачественото или частичното изпълнение**. Ако той няма интерес от неточното изпълнение, то некачественото, съответно – частичното, изпълнение ще се приравнят на пълно неизпълнение и тогава неустойката, уговорена за пълно неизпълнение, ще се дължи в целия си размер.

Заслужава да се подчертае, че тълкувателното правило на чл. 92, ал. 2, предл. 2 и 3 ЗЗД се отнася само до некачественото и частичното изпълнение, но **не може да се прилага спрямо забавеното изпълнение**. Отсъствието на този трети вид неточно изпълнение от правилата за трансформация на неустойката не е случайно. Както се вижда, при лошото и при частичното изпълнение чрез сравнително прости механизми може да се установи, как тези два вида неизпълнение се съотнасят към пълното изпълнение. При забавеното изпълнение обаче такава проста схема на изчисление е неприложима.

Ако е (сравнително) лесно да изчислим съотношението между некачественото изпълнение и пълното неизпълнение и тривиално да установим процента на частичното изпълнение, не можем да кажем, че X дни забава се равняват на Y% от стойността на изпълнението.

Поради тази причина при забавеното изпълнение кредиторът няма да може да се ползва от предимствата на неустоечния институт, а ще трябва да доказва вредите си изцяло.

КУМУЛАЦИЯ НА ОСНОВАНИЯТА ЗА НАМАЛЯВАНЕ

Възможна ли е кумулацията на основанията за намаляване? Може ли уговорената неустойка да се намали едновременно поради прекомерност, после поради неправилно и най-сетне – заради частично изпълнение? Не виждам никаква пречка пред такова намаляване едновременно на няколко основания¹⁷.

Това е така, защото ако неустойката за пълно неизпълнение е прекомерна, тя ще продължи да бъде прекомерна и при трансформирането ѝ в неустойка за некачествено или частично изпълнение. Поради това длъжникът, който претендира намаляване на неустойката, ще може да кумулира основанията.

Пример: Уговорена е прекомерно голяма неустойка от 1.000 лв. (за пълно неизпълнение), изпълнено е некачествено (стойността на некачественото е 65% от стойността на точното изпълнение) и само отчасти (30% от уговореното). В този случай съдът ще трябва първо да намали неустойката поради прекомерност (нека да приемем, че намалението е наполовина) и да я сведе до 500 лв. После така намалената неустойка ще трябва да се редуцира, като се умножи по 65% (получава се междинен резултат 325 лв.). Най-сетне, тъй като е изпълнено само частично, тази вече намалена на две основания неустойка ще трябва да се намали и с още 30% (частта на изпълнението). В крайна сметка се получава резултат от 227, 50 лв.

¹⁶ Вж. Апостолов, Ив., Облигационно право, част първа. Общо учение за облигацията, 1947, 1990, стр. 124, Кожухаров, Ал., op.cit., стр. 291, Калайджиев, А., op.cit., стр. 397.

¹⁷ Така и Таджер, В., op.cit., стр. 7-8.

ПРАВО НА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА

ПРЕДПОСТАВКИ ЗА ВЪЗНИКВАНЕ НА ПРАВОТО И НЕГОВИЯТ ХАРАКТЕР

От досегашното изложение се вижда, че предпоставките за намаляването на неустойката са следните:

Преди всичко, трябва да има **виновно неизпълнение на задължение**, за което неустойката е уговорена.

При неизпълнение, за което длъжникът не отговаря, няма да се дължи обезщетение за вредите, следователно няма да се дължи и неустойка¹⁸. Уговорката, че длъжникът ще дължи обезщетение/неустойка за вредите независимо че не е виновен за неизпълнението е допустима, но по характера си тя не е неустоечна уговорка. Такава клауза – независимо как е наречена – има характер на квази-застрахователен договор. Спрямо такъв особен вид договор обаче няма да може да се прилага правилото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД, защото няма неустойка, която да се намалява. Има друг вид вземане и за него ще важат други правила, но не и намаляването поради прекомерност.

Трябва да е налице едно от следните **условия**:

- прекомерност в сравнение с претърпените вреди или
- уговорена е неустойка за цялостно неизпълнение, а е изпълнено частично, или
- уговорена е неустойка за цялостно неизпълнение, а е изпълнено лошо
- има съпричиняване на вредите от кредитора (чл. 83 ЗЗД)¹⁹.

Наред с това, трябва да **липсва която и да е отрицателна предпоставка**, която препятства намаляването на неустойката (вж. подробно по-долу, в точката “Парализиране на правото на намаляване на неустойката”), а именно:

- клаузата за неустойка да не е нищожна (напр. чл. 206, ал. 3 ЗЗД; “необосновано висока” неустойка по чл. 35, ал. 2, т. 4 ЗЗППТ, да не е неморална – “екзорбитантна” неустойка)
- неустойката да не е вече платена;
- неустойката да не е потвърдена в съдебна спогодба;
- неустойката да не е уговорена между търговци (чл. 309 ТЗ). Тази отрицателна предпоставка се разпростира само до прекомерността, но не засяга останалите две основания за намаляване по чл. 92, ал. 2 ЗЗД – неправилно и отчасти изпълнено задължение;
- неустойката да не е автоматично редуцирана (напр. чл. 17 ЗЗППТ, § 7а от Закона за преобразуване и приватизация на държавни и общински предприятия (отм.)).

При наличието на изброените положителни и отсъствието на отрицателните предпоставки се поражда правото на намаление на неустойката. Едно е обаче това право да се е породило, друго е, то да е упражнено. Прекомерната неустойка не се намалява “по право”, а само ако правото на намаление се упражни. Става дума за **потестативно право на длъжника**²⁰, което се упражнява по съдебен ред – с конститутивен иск или с правоизключващо възражение. Правото е потестативно, защото чрез упражняването му неговият носител – длъжникът по неустойката – предизвиква промяна в чужда правна сфера (тази на кредитора), без да е необходимо съгласието на титуляра на тази друга правна сфера²¹.

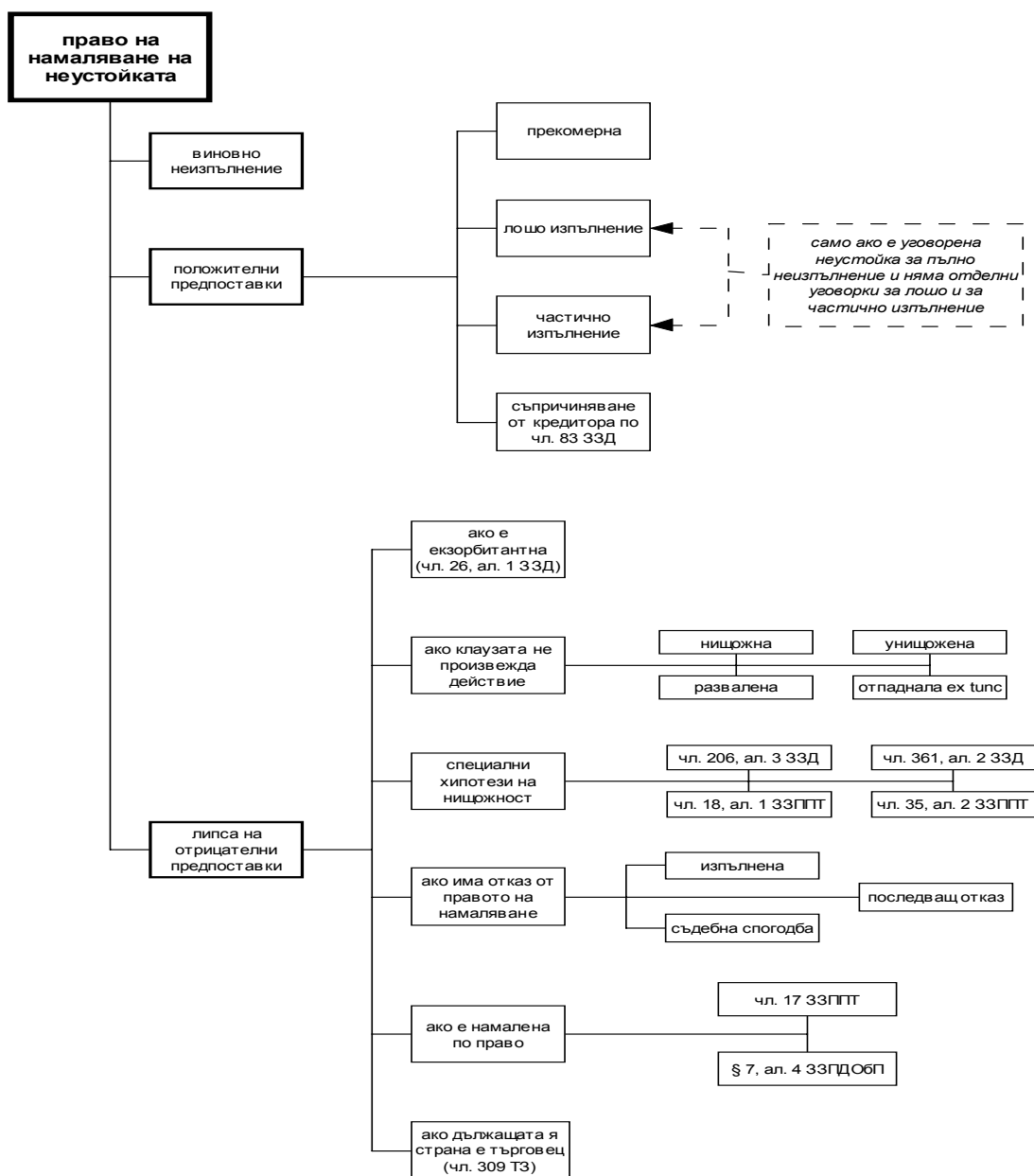
¹⁸ Така Кожухаров, Ал., *op.cit.*, стр. 333, 334, в същия смисъл Калайджиев, А., *op.cit.*, стр. 412-413.

¹⁹ Освен вече посочените съдебни решения в точката “Особени основания за намаляване на неустойката извън прекомерността” вж. в същия смисъл и Кожухаров, Ал., *op.cit.*, стр. 333-334.

²⁰ Така Таджер, В., *op.cit.*, стр. 14, в същия смисъл, макар и *obiter dictum* Кожухаров, Ал., *op.cit.*, стр. 336.

²¹ В този смисъл е господстващото мнение за потестативните права, вж. вместо всички автори преди нея Павлова, М., *Гражданско право, обща част*, 2. изд., 2002 г., стр. 195.

Казаното дотук може да се представи схематично по следния начин:



ТРЯБВА ЛИ НЕУСТОЙКАТА ВЕЧЕ ДА Е СТАНАЛА ДЪЛЖИМА, ЗА ДА СЕ НАМАЛЯВА?

Според едното изразявано схващане не може да се иска намаляване на неустойката, преди тя да е станала дължима²². Струва ми се, че това виждане установява една допълнителна предпоставка за правото на намаляване на неустойката, която предпоставка не следва нито от закона, нито от някаква логическа необходимост. Напротив, вече стана дума, че ако може да се иска намаляване само на станалата дължима неустойка, това би довело до сериозна правна несигурност и в много случаи – до множество периодично завеждани процеси за намаляване на все една и съща неустойка (вж. по-горе, точката “Възможни ориентири за определяне на прекомерността: Трети ориентир ...”).

²² Така Таджер, В., op.cit., стр. 11, без аргументация. За германската доктрина вж. Staudinger, loco citato, S. 359.

Така че правото да се иска намаление на неустойката се поражда в момента на уговарянето ѝ и за да бъде то предявено, не е нужно, тя да е станала изискуема.

Срещу изтъкваните тук доводи в подкрепа на това схващане могат да се отправят ред възражения.

Вярно е, че точният размер на вредите ще е точно установим едва към момента, в който неустойката е станала дължима (т.е., след неизпълнението). Вярно е също така, че едва след некачественото или частично изпълнение ще може да се преценява, с колко следва да се намали неустойката. Поради това ще е по-лесно за съда да прецени, дали и как да намали съответната неустойка. "По-лесно"-то за съда обаче не е задължително да се въздига в задължително условие. Особено ясна става нуждата, а следователно – и допустимостта – да се иска предварително намаляване на неустойката в случаите, когато само части от неустойката са дължими, а други ще се дължат в бъдеще. (Такива биха били ситуацияите на забавено строителство, забавени доставки при производствени затруднения и т.н., които обективно няма как да бъдат преодолени от длъжника.) Такива са и случаите, в които страните имат неяснота за правните последици на неизпълнението, а от това зависят техни сериозни стопански решения. (Например страна по договор, която би дължала неустойка, иска банков кредит. Банката отказва, защото смята, че твърде голямата неустойка ще застраши обслужването на кредита. Страната пък вярва, че неустойката може да се намали, тъй като е прекомерна. Вярата на страната обаче не се пренася върху банката и кредитът не се дава. Не би ли било по-добре, ако страната може да предяви иска по чл. 92, ал. 2 ЗЗД и да получи яснота по въпроса, без да е нужно да се чака неизпълнението, после да се чака, кредиторът да потърси неустойката и едва след това страната да може да заведе въпросния иск?)

Предлаганото схващане може да породи и още едно съмнение. Ако (евентуалният) длъжник по неустойката иска предварителното ѝ намаляване, преди тя да е станала дължима (т.е., докато той още не е изпълнил), не означава ли това, че той просто се готви да не изпълни? И че в хода на тази своя подготовка полага "грижа на добрия стопанин" да намали неблагоприятните последици за себе си? Съмнението е основателно, но също не е достатъчно да опровергае първоначалната теза. Защото в случаите, когато за съда е явно, че длъжникът цели именно такъв резултат, той ще е доста предпазлив при намаляването на неустойката, ако въобще го допусне. А когато пък части от неустойката са вече станали дължими и длъжникът иска не само тяхното намаляване, а и намаляване на вероятните бъдещи неустоечни платежи, тогава претенциите му няма да са недобросъвестни, а ще са израз на желанието, спорният въпрос да бъде разрешен в рамките на един, а не на няколко процеса.

НЕОБХОДИМО ЛИ Е ИСКАНЕ НА ДЛЪЖНИКА, ИЛИ СЪДЪТ МОЖЕ СЛУЖЕБНО ДА НАМАЛЯВА НЕУСТОЙКАТА?

Отпреди десетилетия е разпространено схващането, че намаляването на неустойката можело да става служебно²³.

Това вероятно е подвеждало мнозина да смятат, че именно поради този служебен характер нормата на чл. 92, ал. 2 (стара ал. 3) ЗЗД е процесуална (вж. следващата точка).

В цитираните по-стари съчинения се приема, че влязлата през 1951 година в сила уредба на намаляването на неустойката освен че можела да се прилага служебно, имала и действие спрямо заварени договори (по стария ЗЗД намаляването не е било позитивно-правно уредено). Обосновката на тези тези обаче е изцяло идеологическа и не може да бъде възприета. В по-новата литература идеята за служебното намаляване на неустойката не среща подкрепа²⁴.

Смятам, че съдът може да действа *ex officio* само в случаите, когато законът изрично му възлага такова задължение. Всякаква "грижа" за "онеправданата" страна, аргументирана с нейна "неосведоменост, малограмотност и други подобни причини" (за да се изразим с думите на вече отменения чл. 4, ал. 3 ГПК) противоречи на идеята за състезателност на процеса и е недопустима намеса в отношенията между страните. Член 92, ал. 2 ЗЗД не дава право на съда да действа служебно.

Такава служебна проверка е допустима не при прекомерността, а само в случай на "екзорбитантна" неустойка. Такава неустойка обаче не подлежи на намаляване, а е нищожна (вж. по-долу, т. "Екзорбитантност на неустойката"). Именно защото в този последен случай е налице нищожност поради аморалност, съдът може и трябва служебно да следи за нея.

²³ Вж. *Таджер, В.*, *op.cit.*, стр. 7, 11 и сл., както и *Кожухаров, Ал.*, *op.cit.*, стр. 336., последният обаче без аргументация. Първият от посочените автори обосновава схващането си с едно доста странно "систематическо" тълкуване, като сравнява текстове на ЗЗД с текстове на Гражданския кодекс на РСФСР. Изтъква се също така, че съгласно чл. 4, ал. 2 (отм.) ГПК съдът действа принципно при служебно начало. Дори и последната трудно смислаема теза да се приеме, разбирането за служебното начало в гражданския процес вече е преодоляно. Въпреки това и днес могат да се открият решения, които поддържат това схващане – напр. ВАД 79/2002.

²⁴ Вж. *Калайджиев, А.*, *op.cit.*, стр. 417.

ИМА ЛИ ЧЛ. 92, АЛ. 2 ЗЗД ОБРАТНО ДЕЙСТВИЕ?

Струва си да се запитаме, дали правилата за намаляване на неустойката са процесуални или материално-правни. От отговора на този въпрос зависи, дали възможността за намаляване ще има **обратно действие** спрямо неустойка, уговорена при закон, който не допуска намаляването ѝ и обратно – ще може ли да се иска намаляване на неустойката, ако тя е уговорена при възможност за намаляване, а после тази възможност отпадне.

Този въпрос имаше особено практическо значение във връзка с двукратното изменение на чл. 92 ЗЗД: през 1993 година (когато всички алинеи от 2 до 4 бяха отменени) и през 1996 година (когато беше създадена нова алинея 2, която буквално възпроизвежда старата алинея 3 на текста).

Съдебната практика по този въпрос е противоречива. Една част от решенията приема, че чл. 92, ал. 2 ЗЗД има обратно действие, т.е., че е процесуална норма (№ 929/1952 II²⁵, 25/1957 IV, № 1263/1993), а друга част – обратно – че става дума за материална норма без обратно действие (№ 618/1995, 5-чл.).

Изхождам от принципа, че “материалността” и “процесуалността” на нормите се определя според адресата им, т.е., за кого тези норми създават права и задължения²⁶. Член 92, ал. 2 ЗЗД създава права и задължения не за съда, а за страните по сделката. За длъжника това е правото да бъде намалена неустойката, а за кредитора – задължението да понесе това намаление.

Това, че правото на намаление се упражнява по съдебен ред, не прави нормата процесуална. В много случаи правата се упражняват по съдебен ред – било защото законът повелява така (напр. унищожаването на договори, развалянето на договори за недвижимости), било защото длъжникът не изпълнява (такъв е случаят при всички осъдителни иски). Нормата ще е процесуална само доколкото създава права и задължения за самия съд (пример за това са повечето от нормите в Гражданския процесуален кодекс (ГПК)). А това, че дадено правоотношение е предмет на гражданско дело, разбира се, не превръща правоотношението от материално в процесуално. В случая на намаляването (както впрочем и при всички други случаи на относително определени норми) има известен процесуален елемент. Процесуалният елемент се състои в това, че съдът е длъжен да извърши преценка. Извършването на тази преценка обаче само по себе си не е достатъчно, за да квалифицираме нормата като процесуална. Процесуални са във всички случаи нормите, които повеляват на съда да извърши “служебно” проверка на дадено обстоятелство. При намаляването на неустойката обаче случаят не е такъв.

Тъй като правилото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД не е процесуално²⁷, то **няма да има и действие спрямо заварени от него правоотношения.**

Тук заслужава да се подчертае, че процесуалните правила принципно имат не обратно действие (както често се бърка), а имат действие спрямо заварени правоотношения (наричано още “несъщинско обратно действие”).

С други думи, ако неустойката е уговорена при действието на закон, който не предвижда възможност за намаляването ѝ, тя няма да може да бъде намалявана дори и след “възраждането” или “въвеждането на правото на намаляване. И обратно – ако неустойката е уговорена при действието на закон, който допуска намаляването ѝ, тя ще може да бъде намалявана и след отмяната му.

Една илюстрация на горните изводи: Ако неустойката е уговорена в периода между 1993 и 1996 година, когато действаше само алинея 1 на чл. 92 ЗЗД, тя няма да може да бъде намалявана дори и след 1996 година, когато се прие новата алинея 2 на текста. И обратно – ако неустойката е уговорена през 1991 година, когато е действала старата алинея 3 на чл. 92 ЗЗД, която има идентично съдържание със сега действащата ал. 2, тя ще може да бъде намалявана и в периода 1993 – 1996 година, когато старата алинея 3 вече е отменена, а новата алинея 2 още не е приета.

КАКВО МОЖЕ ДА НАПРАВИ СЪДЪТ, КОГАТО НАМАЛЯВА НЕУСТОЙКАТА?

Преди всичко, намаляването трябва да става **с оглед** съотношението с претърпените вреди, **а не означава, неустойката да бъде сведена точно до тях.** Ако при намаляването съдът приравни неустойката до доказаните вреди, би игнорирал

²⁵ Цитирано по *Таджер, В.*, *op.cit.*, стр. 7.

²⁶ В този смисъл, макар и не изрично, *Павлова, М.*, *op.cit.*, стр. 118.

²⁷ Така *Таджер, В.*, *op.cit.*, стр. 2.

обезпечителната и наказателната ѝ функции. Така че **намалението**, което съдът извършва, **трябва да спре до границата на прекомерността**, а не да стигне до предела, до който евентуално са доказани вредите в съответния процес.

Как обаче става технически това намаление? Мислими са няколко възможности. Съдът при намаляването на неустойката може:

- да намали абсолютния ѝ размер,
- да промени алгоритъма, по която тя се изчислява,
- да определи горна граница на детерминантите на формулата или ги замени с други детерминанти,
- да определи краен срок при периодично начисляване,
- да установи горна граница, над която тя не може да нараства.

Посоченото изброяване на възможности не е изчерпателно. Предложените способности могат да се прилагат поотделно или заедно. В зависимост от най-разнообразните способности на формулиране на неустойки съдът следва да предприеме най-адекватното действие. При това трябва грижливо да се провери, дали избраният способ не крие в себе си опасност от последващи рецидиви на прекомерност в бъдеще.

Такъв би бил случаят, ако съдът замени една детерминанта на формулата на неустойката с друга детерминанта, а впоследствие тази друга детерминанта достигне неочаквани стойности и неустойката отново стане прекомерна. Тази опасност, разбира се, съществува най-вече при неустойките за забава и при неустойките за периодично изпълнение, при които развитието на повечето от факторите е неизвестно, защото лежи в бъдещето.

Дори съдът да сгреша при избора на начин на намаляване и вследствие на това неустойката в някакъв бъдещ момент отново да се окаже прекомерна, това няма да засегне по необратим начин правата на длъжника. Вярно е, че съдебното решение се ползва със сила на присъдено нещо, но длъжникът ще може да поиска наново намаляване на неустойката поради обстоятелства, настъпили след първото произнасяне. Така че това няма да е нарушение на забраната *pop bis in idem*. Разбира се, намаляването в този случай ще може да се отнася само до неустойките, които са станали дължими вследствие на тези новонастъпили обстоятелства и са се породили след настъпването им.

Всички възможности, освен първата (намалението на абсолютния размер на неустойката) представляват **сериозна намеса в договореното между страните. Допустима ли е такава намеса?** Струва ми се, че да. Защото да позволим на съда само да намалява абсолютния размер, означава да дадем в ръцете му само един, при това доста грубоват, инструмент за въздействие. Намалването само на абсолютния размер не би могло да отчете прецизно всички обстоятелства по случая.

Ето някои примери. Нека неустойката да се начислява поотделно за всяко неизпълнение и да е уговорена по усложнен алгоритъм, който съобразява вида на неизпълнението, периода на забавата, промяната на валутни курсове и т.н. Ако съдът по общ начин постанови, че тя не може да надвишава определена сума, това означава той да загърби всички онези обстоятелства, които страните са искали да превърнат в детерминанти на неустойката. В този пример ще се окаже, че "най-малката" намеса във волята на страните всъщност засяга постигнатото от тях съглашение в най-голяма степен.

Или нека разгледаме случая, в който неустойка се начислява за всеки следващ случай на неизпълнение. Ако съдът по общ начин тури горна граница на тази неустойка, това на практика ще означава, че след определен момент или след някое поред неизпълнение длъжникът може да продължи безнаказано да нарушава договора.

Ако е поискано намаляване по някой определен способ от изброените по-горе, **съдът обвързан ли е от искането или е свободен да избере някой от другите способности?** Смятам, че произнасянето по нещо различно от исканото в случая ще е недопустимо и съдът ще трябва да остане в рамките на предявеното искане.

Така предложеното разрешение крие известен риск, длъжникът да поиска намаление по един способ, а ако не е доволен от резултата, да поиска намаление по друг способ и така да предизвика няколко последователни или дори – паралелни процеса. Тъй като законът в случая не предвижда процесуална консумпция подобно на други хипотези (например чл. 260, ал. 1 ГПК), този риск няма как да се избегне и трябва да се поеме. Още повече, че в общия случай самият длъжник няма да има интерес да протака процес, който би трябвало да завърши с благоприятно за него решение. На практика обаче на длъжника не може да се препоръча да посочва изрично желанието от него способ, защото по този начин излишно "вързва ръцете" на съда.

ИЗВОД: ХАРАКТЕРИСТИКА НА ПРАВОТО НА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА ПО ЧЛ. 92, АЛ. 2 ЗЗД

Правото на намаляване на неустойката е потестативно право, което се упражнява по съдебен ред. Предварителният отказ от това право от страна на длъжника е недопустим. Последващият отказ от правото е възможен. На последващ отказ съдебната практика приравнява случаите, в които неустойката е платена изцяло, както и случаите, когато неустойката 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 изпълнение – некачествено изпълнение или частично изпълнение. Последните два случая всъщност са трансформация *ex lege* на неустойката. По принцип не е нужно неустойката да е станала изискуема, за да се иска намаляването ѝ.

Намаляването на неустойката може да бъде осуетено от следните обобщено формулирани отрицателни предпоставки: нищожност на клаузата за неустойка, търговско качество на страните, последващ отказ от правото, както и редуциране на неустойката по право от специални норми (вж. следващата точка “Парализиране на правото на намаляване на неустойката”).

Неустойката не може да се намалява служебно, а само по искане на длъжника. При липса на конкретизирано искане за начина на намаляване съдът може да избере най-подходящия способ да намали неустойката. При конкретно искане за начина на намаляване съдът е обвързан от това искане и трябва да се придържа в рамките му.

Нормата на чл. 92, ал. 2 ЗЗД е материално-правна. Поради това и поради липсата на изрично правило в противен смисъл тази норма има действие само *ex nunc* и за нея се прилага правилото *tempus regit factum*.

ПАРАЛИЗИРАНЕ НА ПРАВОТО НА НАМАЛЯВАНЕ НА НЕУСТОЙКАТА

СПЕЦИФИЧНИ СЛУЧАИ НА ПРЕКОМЕРНИ НЕУСТОЙКИ, ВОДЕЩИ ДО НИЩОЖНОСТ

От вече разгледаните случаи на намаляване на неустойката поради прекомерност трябва да се разграничават хипотезите, в които законът определя по абсолютен начин прекомерността и така отнема на съдията правото да преценява, дали прекомерност е налице или не. Наред с това, неустойките, които попадат под съответните разпоредби, подлежат не на намаляване, а са направо нищожни.

Мотивите на законодателя да отнеме от съдийското усмотрение тези случаи най-вероятно са се свеждали до широкото им разпространение, голямата им обществена вредност и опасността, чрез тях да се стигне до заобикаляне на закона. Последната опасност е особено сериозна, защото във всички изброени по-нататък случаи съответните правни феномени не се наричат “неустойка”, но същността им или е, или може да е тази на неустойката.

Първата такава забранена неустоечна уговорка е визирана от **чл. 206, ал. 3 ЗЗД**. Целта на нормата е да не се стигне до ефекта на прекомерната неустойка. Механизмът на действие обаче е различен. Прекомерната неустойка може да бъде намалявана от съда (чл. 92, ал. 2 ЗЗД). Уговорката, платените вноски да останат за продавача като обезщетение обаче не може да се модифицира и дължимата по нея сума да се намалява, защото е нищожна.

В тази връзка може да се поддържа, че ако такава уговорка е постигната между търговци, спрямо тях забраната по чл. 206, ал. 3 ЗЗД няма да действа. Основанията за това са следните. Както се посочи, чл. 206, ал. 3 ЗЗД цели да не допусне ситуация на прекомерна неустойка. Между търговци обаче неустойката не може да се намалява поради прекомерност (чл. 309 ТЗ). След като търговското съсловие не се ползва от генералната защита на закона по чл. 92, ал. 2 ЗЗД, може да се направи изводът, че и *raison d'être* на чл. 206, ал. 3 ЗЗД не съществува спрямо тях.

Против тази теза може да се аргументира така: нормата на чл. 309 ТЗ е специална и може да ограничи само приложното поле на общата норма – в случая на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Тя обаче не следва да се отнася (чрез разширително тълкуване) до друга норма, която освен всичко друго урежда не намаляване, а нищожност – тази на чл. 206, ал. 3 ЗЗД.

Струва ми се, че изтъкнатият контра-аргумент е твърде формалистичен и игнорира целта на закона. А целите на закона в разглеждания случай са две и са на различни плоскости: (1) защита на договарящата страна от неразумността ѝ (чл. 92, ал. 2 и чл. 206, ал. 3 ЗЗД) и (2) установяване на максимална свобода на договарянето между търговци, по необходимост свързана с опасности, които обаче всеки търговец трябва да предвижда (само една от тези опасности е чл. 309 ТЗ). Още повече, че забранената по чл. 206, ал. 3 ЗЗД клауза се явява пред нас като съвсем допустимо съглашение, макар и облечено в други одежди и носещо друго име – договор за финансов лизинг (чл. 342 и сл. ТЗ). Лизингополучателят, било по оперативен, било по финансов лизинг, който не плати лизингова вноска, се третира като наемател, който не е платил наемната цена – следва разваляне по чл. 87 ЗЗД, при това – не с обратно действие, а за в бъдеще (чл. 88, ал. 1, изр. 1 ЗЗД). Уреденият от специалния в случая закон резултат (лизинговите вноски остават в полза на лизингодателя) ще е тъкмо този, който общият закон забранява (платените вноски да останат в полза на продавача).

Нещо повече – чл. 189, ал. 3 ТЗ изрично предвижда, че при недовнасяне на дължими вноски в капитала вече направените вноски остават в полза на дружеството. Това всъщност е разрешение, коренно противоположно на чл. 206, ал. 3 ЗЗД. Идеята на закона тук е запазване на правата на кредиторите на дружеството и на останалите акционери. Цената на това съхранение на техните права обаче е твърде висока и в този случай законът въобще не се интересува, дали съответният изпаднал в забава акционер е търговец или не.

Така, имайки предвид, че (1) целта на закона, намерила израз в чл. 206, ал. 3 ЗЗД **не се отнася до търговците**, че (2) **резултатите, забранени** от чл. 206, ал. 3 ЗЗД **могат да постигнат с други правни средства, без това да е заобикаляне на закона** (и че тази възможност е дадена предимно за търговците при типично търговския договор за финансов лизинг), както и че (3) при сходната хипотеза на чл. 189, ал. 3 ТЗ **настъпват именно резултатите, които** чл. 206, ал. 3 ЗЗД цели да избегне, считам, че правилото на въпросния чл. 206, ал. 3 ЗЗД няма приложение спрямо търговци.

Неустойката не може да се уговаря и чрез клауза, която би попаднала в хипотезата на чл. 361, ал. 2 ЗЗД – **забраната за *societas leonina***.

Наистина, съдружникът, който навреди на интересите на дружеството, отговаря за вредите, които е причинил (арг. от чл. 79 ЗЗД). Обезщетението за такива вреди обаче не може да се определя отнапред като отказ от участие в печалбите на дружеството за определен период от време.

Въобще, във всички онези случаи, **когато една неустойка е уговорена по начин, забранен от закона** (независимо, дали във връзка конкретно с неустойката или по друг повод), ще сме изправени пред нищожност на такава неустоечна клауза, а не пред възможността, тя да се намалява поради прекомерност. Поради това няма въобще и да има значение, дали така уговорената неустойка ще е прекомерна или не – нищожността на клаузата обезсмисля всякакви по-нататъшни разсъждения.

Такъв, макар и малко екзотичен пример, би била уговорката, че при неизпълнение от едната страна другата страна няма да отговаря за своето неизпълнение, независимо от обстоятелствата, поради които то настъпва. В случая ясно личи нарушаването на чл. 94 ЗЗД. Или, ако в договор за разпределение на ползването на имот страните се съгласят, че всяко негово нарушение ще се "санкционира" със забрана да се иска делба – явно е противоречието с чл. 34, ал. 1 от Закона за собствеността.

ОСОБЕНИ ПРЕЧКИ ПРЕД ИСКАНЕТО ЗА НАМАЛЯВАНЕ

Макар да са налице предпоставките за намаляване на неустойката, тя няма да може да се намалява в следните хипотези:

Ако неустойката вече е платена, *post factum solutionis* не може да се иска нейното намаляване (така ТР № 73/1960 ОСГК). Явно Върховният съд смята плащането за конклюдентен отказ от правото да се иска намаляване. Поради това предявяването на иска по чл. 92, ал. 2 ЗЗД би било една *protestatio facto contraria*. Ако обаче неустойката е само частично платена, за неплатения размер ще може да се иска намаляване – в случая се счита, че има частичен отказ от правото на намаляване.

Горното правило обаче не следва да се прилага, ако е неустойката е погасена не чрез плащане от длъжника, а чрез прихващане от кредитора. В този случай не може да се приеме, че е налице конклюдентен отказ от право, защото няма активно действие на длъжника, а едностранно изявление на кредитора.

Ако неустойката е уговорена в съдебна спогодба, намалението ѝ по чл. 92, ал. 2 ЗЗД също ще е невъзможно. С определеното си за одобряване на спогодбата съдът ще е решил, че е независимо от размера си такава неустойка е съразмерна и въпросът

за размера ѝ не може да бъде пререшаван, защото има сила на пресъдено нещо (реш. № 1299/1965 I ГО)²⁸.

Най-сетне, ако клаузата за неустойка е нищожна или унищожена, или е отпаднала с обратна сила, намаляването ѝ също няма да може да се иска. От такова намаляване длъжникът няма да има правен интерес, тъй като ще може извънсъдебно или чрез инцидентен установителен иск, или чрез възражение да се позове на липсата на задължение, произтичаща от нищожността. Иначе казано, с по-малки усилия той ще може да постигне по-сериозен резултат.

Тези пречки пред искането за намаляване трябва да се разграничават от недопустимостта на намаляването (вж. следващата точка). При пречките има правопогасяващ или правоизключващ факт, докато при недопустимостта на намаляването фактът е правоосуеяващ. Разбира се, това разграничение има по-скоро абстрактно-теоретично, отколкото практическо значение.

Тук е мястото да се разгледа и въпросът, дали предварителният отказ от правото на намаляване на неустойката е допустим. От вече обсъденото ТР № 73/1960 ОСГК се вижда, че последващият отказ от това право е възможен. Това обаче не дава отговор на въпроса, дали и предварителният отказ ще породи действие. Смятам, че на длъжника по неустойката не може да се даде такава "свобода"²⁹.

Обемът на тази статия не предполага задълбочено разглеждане на генералния въпрос, дали предварителният отказ от право е принципно допустим и дали би имал действие и в конкретния случай. Смятам, че предварителният отказ от правото на намаление е недопустим, тъй като да се приеме обратното би означавало да се накръни принципа на справедливост и равновесие между правата и задълженията в договора, без за това да има някаква сериозна причина и без с това да се защитава някакво сериозно друго благо. От този принцип има отстъпление в отношенията между търговци, където и без изрична уговорка намаляването на неустойката е недопустимо (чл. 309 ТЗ). Да се допусне такъв отказ в отношенията между нетърговци обаче ми се вижда прекомерно. Нещо повече. Може да се направи връзка между разпоредбите на чл. 92, ал. 2 и чл. 94 ЗЗД. Те в известен смисъл са двете страни на една и съща монета. Докато чл. 94 ЗЗД забранява предварителното ограничаване или изключване на отговорността, то чл. 92, ал. 2 ЗЗД дава възможност за намаляване на прекомерната отговорност. Двете норми поставят граници – едната надолу, другата – нагоре, на гражданската отговорност. Нормата на чл. 94 ЗЗД е еднозначно императивна. Няма никаква логика, нейният аналог – чл. 92, ал. 2 ЗЗД да се окаже изложен на произвола на по-силната договаряща страна. Иначе казано, *per analogia legis* от чл. 94 ЗЗД може да се направи изводът, че и при чл. 92, ал. 2 ЗЗД е недопустим предварителният отказ от правото на намаляване.

НЕДОПУСТИМОСТ НА НАМАЛЯВАНЕТО НА НЕУСТОЙКАТА

Забрана за намаляване на неустойката поради прекомерност има, когато неустойката е уговорена между търговци в сключена между тях търговска сделка (чл. 309 ТЗ). Предпоставките на нормата са три:

- и двете страни по неустоечната клауза да са търговци³⁰,
- неустойката да е уговорена в сделка, която е търговска и за двете страни и
- неустойката да е прекомерна.

А наистина ли е необходимо, и двете страни да са търговци? **Дали няма да е достатъчно, ако само длъжникът по неустойката е търговец?** Тоест, търговското качество на кредитора не е ли безразлично в този случай? Следва ли в тази ситуация (длъжник-търговец и кредитор – нетърговец) да позволим на този търговец да иска намаление? Струва ми се, че макар хипотезата на чл. 309 ТЗ в този случай формално да не е изпълнена, длъжникът-търговец няма да има право да иска намаление, тъй като правилото на чл. 309 установява тежест не в отношенията между търговците, а по отношение на търговците.

²⁸ Така Сталев, Ж., Българско гражданско процесуално право, 7. Издание, 2001 г., стр. 466.

²⁹ Вж. реш. 1088/1953, II Г.О., привидно обратно – реш. 526/1998, V Г.О., макар че под "диспозитивна норма" последното решение има предвид не правото на страните да се отклонят от предписанието ѝ, а начина на формулиране на неустойката. Това схващане се застъпва от Таджер, В., *op.cit.*, стр. 13-14, както и от Кожухаров, Ал., *op.cit.*, стр. 336. За обратното схващане, без изтъкнати доводи в негова подкрепа вж. Калайджиев, А., *op.cit.*, стр. 416.

³⁰ Вж. Вад 41/1998.

С риск да бъде банален, ще си позволя да припомня, че в днешното частно право съществуват три паралелни системи, които уреждат три групи отношения: (1) търговец – търговец; (3) нетърговец – нетърговец и (3) търговец – потребител. При първата група (търговско право) действа принципът *laissez-faire*; за втората действат класическото гражданско право с неговите принципи на добросъвестност и справедливост; а при третият вид отношения (право на потребителя) се изхожда от презумпцията, че търговецът е лукав, а потребителят – слабоумен. Без да обсъждам политическата правилност на тези разрешения, ще си позволя да подчертая тривиалното следствие, че търговецът (почти) не се защитава от правото, а потребителят (винаги) може да разчита на помощта му. Ако следваме духа на този правен принцип, ще трябва да приемем, че търговецът, който не може да иска намаление на неустойката, когато съконтрагентът му е търговец, толкова по-малко може да иска такова намаление, когато насрещната страна е не-търговец или потребител.

Като се имат предвид тези предпоставки, трябва да се посочат **случаите, когато чл. 309 ТЗ не препятства възможността, да се иска намаляване на неустойката**. Това са случаите на **лошо или частично изпълнение**, ако тя е уговорена за пълно неизпълнение³¹. Практиката приема също, че при **съпричиняване на вредите** правилото на чл. 309 ТЗ не важи³².

Може ли забраната за намаляване на 309 ТЗ да се преодолее от правилото на 307 ТЗ (clausula rebus sic stantibus)? Може ли търговецът-длъжник по неустойката да изтъкне, че към момента на сключването на договора формулата, по която се е изчислявала неустойката, не би довела до нейна прекомерност, но впоследствие поради промяна на обстоятелствата (например, на някои от детерминантите на формулата) тази неустойка вече е прекомерна. Смятам, че такава възможност няма, тъй като правилото на чл. 309 ТЗ е специално спрямо стопанската непоносимост, уредена в чл. 307 ТЗ.

Предпоставките на чл. 307 ТЗ са: (1) последващо настъпване на обстоятелства; (2) те да са непредвидими и (3) да водят до несправедлив и несъвместим с добросъвестността резултат. Предвидените в чл. 309 факти могат да се впишат в тези предпоставки, като обаче хипотезата на чл. 309 ТЗ има своя *differentia specifica* – става дума не за какви да е обстоятелства, а (1) за неустойка, която не е просто “несправедлива”, а (2) прекомерна.

МОЖЕ ЛИ ДА СЕ НАМАЛЯВА ПОРАДИ ПРЕКОМЕРНОСТ ЗАКОНОВАТА НЕУСТОЙКА?

Според **преобладаващото схващане**³³ **законната неустойка не може да се намалява**.

Аргументацията е, че намалението по чл. 92, ал. 3 (отм.)³⁴ ЗЗД цели да предотврати злоупотребата с договорната свобода, а при законната неустойка такава злоупотреба е изначално невъзможна. Авторите изтъкват освен това, че “*страните не са в състояние да я отменят*”, че “*тя се дължи само въз основа на нормативния акт*”, че “*нейната функция е предимно наказателна*” и че “*е установена задължително за страните, съда и арбитража*”. Изтъкваните аргументи са всъщност три: че (1) при законната неустойка няма опасност от злоупотреба със свободата на договарянето; че (2) тази законна неустойка има наказателна функция и че (3) нормите, които я установяват, са императивни.

Първият аргумент игнорира обстоятелството, че прекомерността на неустойката произтича не от волята на договарящите, а зависи само от съотношението между неустойката и вредите. Поради това такава прекомерност може да е налице и при законната неустойка.

От втория аргумент въобще не следва невъзможността за намаляване на неустойката. Та нима, ако страните уговарят помежду си грубо прекомерна неустойка, съдът ще откаже да я намали, само защото тя имала “наказателна функция”? Така че този аргумент е неотнормим към въпроса.

Третият аргумент е съмнителен сам по себе си. От никъде не следва, че нормите, установяващи законова неустойка (“глоба”) са императивни. Това следва да се докаже за всяка конкретна норма, което обаче

³¹ Вж. ВАД 95/1999, ВАД 79/2002.

³² МАД 14/1998, ВАД 97/1999.

³³ Вж. *Таджер, В.*, *op.cit.*, стр. 4, също и *Кожухаров, Ал.*, *op.cit.*, стр. 335-336.

³⁴ Текстът на отменената алинея 3 (действал до 1993 г.) е буквално възпроизведен в новата алинея 2 (в сила от 1996 г.).

авторите не си дават труда да направят. Дори да приемем, че нормите, установяващи законови неустойки, са императивни, от това следва само, че страните не могат да ги модифицират при сключването на договора, но отново не следва, че установената въз основа на тях неустойка не може да се намалява от съда.

Тези аргументи явно не обосновават твърдението в задоволителна степен. Тогава?

За да се изясни този въпрос, трябва преди всичко да се направи **разграничение между административното наказание “глоба” (или “имуществена санкция”) по смисъла на Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН) и законовата неустойка по множество текстове от законодателството, която нерядко също се нарича “глоба”.**

За смесването на понятията може би роля е изиграла словоупотребата в други езици, например руския (“штраф”, който термин се използва и за двата феномена), английския (“penalty” означава наказателна санкция, административна санкция и неустойка) и немския (в който глоба е „Strafe“, а неустойка – „Vertragsstrafe“).

Законови неустойки са предвидени например в чл. 126, ал. 2 и чл. 189, ал. 3 ТЗ (изгубване на направените вноски в капитала при недоплащане), чл. 384 (2) ТЗ (при съзнателно неточно обявяване на съществени обстоятелства при застраховка), чл. 78, ал. 1 от Закона за железопътния транспорт (глоба при пътуване без билет), чл. 197, ал. 2 и 3, чл. 273, ал. 3 КТК (при забава за връщане на кораб се дължи двойният размер на наема му), чл. 19, ал. 3 от Закона за концесиите и чл. 14, ал. 2, чл. 15, ал. 2, чл. 39 от Наредбата за търговете и конкурсите (загубване на внесен депозит при отказ на спечелилия участник в търга да сключи договор), както и по чл. 85, ал. 2 и 3 от Закона за почтенските услуги (отнапред определени по размер обезщетения, които пощите дължат на клиентите си). В случаите по ЗКонц и Наредбата за търговете и конкурсите може да се спори, дали става дума за законова неустойка или за “законов задатък”, без обаче този спор да има особено практическо значение.

Общото и за глобата, и за законовата неустойка е, че те се дължат не по волята на страните в дадено правоотношение, а са нормативно установени като следствие на неправомерно поведение.

Различното между тях е, че законовата неустойка отива в полза на кредитора, а глобата – принципно във фиска. (Поради това е възможна кумулация между глоба и законова неустойка; те не се “поглъщат” една от друга, какъвто е случаят например между наказанието по Наказателния кодекс и административното наказание по ЗАНН). Друга разлика, макар и без особено значение в случая е, че глобата се налага с административен акт (наказателно постановление), докато законовата неустойка възниква автоматично от факта на правонарушението.

Размерът на глобата се определя според тежестта на нарушението (чл. 27 и 28 ЗАНН) и несъразмерната глоба може да бъде намалявана от съда (чл. 63 ЗАНН). **Означава ли това, че per analogia legis и законовата неустойка може да се намалява от съда?**

Преди да отговорим, нека отново разгледаме разрешенията, които ни предлага позитивното право в тази област. Веднага ще се натъкнем на (поне) два примера на **несправедливи до абсурдност законови неустойки**. Става дума за тези, уредени в чл. 126, ал. 2 и чл. 189, ал. 3 ТЗ. Те се налагат заради недоплащане на дължимите вноски в капитала на дружеството. Съмнения при тях предизвиква не същността им, а начинът на определянето им. Те са винаги равни на платените до този момент вноски. Оказва се, че онзи, който е изпълнявал по-дълго и повече, ще бъде наказан много по-сурово от онзи, който е изпълнил незначителна част или нищо. Смятам, че тези текстове са проблемни от нравствено гледище и поради това трябва да се тълкуват поправително. А поправителното им тълкуване **предполага да се допусне възможността за намаляването им от съда поради прекомерност**. Друга възможност за намаляване или отмяна на предвидените от тях санкции няма.

Тъй като и двата феномена – глобата и законовата неустойка – имат наказателна функция (обща тяхна характеристика), смятам, че има достатъчно основания за аналогията. Тази аналогия ни позволява да намаляваме и законовата неустойка. Изводът е, че тогава, **когато е прекомерна, законовата неустойка** (независимо, дали е наречена с термина “неустойка” или по друг начин) **също трябва да може да бъде намалявана.**

И така, щом аналогията между глобите по ЗАНН и законовата неустойка е възможна, от нея следва, че за подобни случаи трябва да се приложи подобно правило. Именно **подобно**, а не същото. Поради това редът за намаляване на глобата по ЗАНН няма да

е пригоден, защото този ред се отнася до обжалването на индивидуалните административни актове, с които глобата се определя и налага. При законната неустойка такъв индивидуален административен акт въобще няма и поради това трябва да се намери друго средство.

Тъй като не виждам друг по-подходящ начин за намаляването ѝ, освен този по **чл. 92, ал. 2 ЗЗД**, приемам, че това правило **трябва да се тълкува разширително и да действа и спрямо законовите неустойки**.

В случая няма противоречие между правоприложението по аналогия и разширителното тълкуване. Аналогията обосновава *a pari* само резултата, до който трябва да се стигне. Този резултат, както видяхме, е, че законната неустойка, ако е прекомерна, е точно толкова нетърпима, колкото е и прекомерната договорна неустойка. Разширителното тълкуване в случая идва едва след като аналогията е приета за допустима и само ни дава наготово конкретния способ, който може да се ползва, за да се постигне търсеният резултат.

Струва си да се отбележи, че разликата между *interpretatio extensiva* и *analogia legis/juris* не е само в това, дали законодателят е искал да каже повече, отколкото е казал (при разширителното тълкуване) или пък е пропуснал въобще да уреди нещо, което е трябвало да уреди (в случая на празнота в закона, която обосновава аналогията). Втората и не по-малко важна разлика между двата логически способа е, че докато при разширителното тълкуване се прилагат **точно онези правни последици**, които тълкуваната норма предвижда, то при аналогията се прилагат **не непременно същите, а подобни и подходящи** правни последици.

Единственият аргумент, че законната неустойка не може да се намалява поради прекомерност, би могъл да е, че след като законът я определя, тя не може да бъде несправедлива, т.е. прекомерна. Този аргумент изглежда убедителен само на пръв поглед. Законодателят също не е предпазен от грешни решения. Най-очевидният аргумент за това е броят на измененията и допълненията на законодателството (само действащият сега парламент е изменил, отменил и допълнил над 500 закона, като в този брой не влизат подзаконовите нормативни актове).

Поради това съдебният контрол в този случай трябва и може да е коректив на несполучливи нормативни разрешения при законовите неустойки.

ОСОБЕНИ РЕЖИМИ НА НАМАЛЯВАНЕТО НА НЕУСТОЙКАТА ПРИ ПРИВАТИЗАЦИОННИ ДОГОВОРИ

Поради политически и конюнктурни съображения в § 7, ал. 4 от Закона за преобразуване и приватизация на държавни и общински предприятия (**ЗППДОБП (отм.)**) законодателят предвиди **намаляване по право на уговорени неустойки**, когато страна по договора е предприятие с повече от 50% държавно и общинско участие. Макар и отменен, този текст е типичен случай на “преживяване” на гражданския закон. Тъй като намаляването настъпва по право от влизане в сила на посочения текст, неговата последваща отмяна не премахва нито с обратна сила, нито за в бъдеще вече настъпилите правни последици на намаляването на неустойката.

По подобен начин стоят нещата и при § 8 **ЗППДОБП (отм.)**. Според този текст договорите, които имат за предмет държавно или общинско имущество и са сключени при явно неизгодни условия, са унищожяеми. Връзката на тази разпоредба с неустойката не е видима на пръв поглед. Напълно е мислима обаче хипотеза, в която явно неизгодните условия произтичат не от *essentialia negotii* (цена, предмет), а от допълнителни елементи – например една несъразмерна неустойка. Вече стана дума, че този механизъм е бил често използван при разграбването на държавни и общински предприятия – била е уговаряна необичайно голяма неустойка за изпълнение от страна на държавното предприятие, което впоследствие, нарочно не е изпълнявало и после е трябвало да плаща неустойката. Особеността в случая е, че такава клауза за неустойка няма да подлежи на намаление по чл. 92, ал. 2 ЗЗД, а целият договор или поне неустоечната му клауза ще се окаже унищожяема. При това тук действа отново механизмът на “преживяване на закона”, за който вече стана дума. Отмяната на § 8 ЗППДОБП не премахва вече настъпилите правни последици – унищожяемост на договора. Поради изтеклите от приемането на този текст повече от 10 години обаче той в момента няма никакво практическо значение.

ОСОБЕН РЕЖИМ НА НЕУСТОКАТА В ПРАВОТО ЗА ЗАЩИТА НА ПОТРЕБИТЕЛЯ

Видя се, че при отношенията между търговци важи либералният подход, който стига дотам, че прекомерните неустойки не могат да се намаляват. Както може да се очаква, в потребителското право господства точно обратният принцип – на строга регламентираност, на ограничения на свободата на договарянето и на защита чрез средствата на нищожността, а не на съдебно упражняваните потестативни права,

зависещи от инициативата на стопански слабата страна (например унищожаемост, разваляне, намаляване на прекомерна неустойка, стопанска непоносимост). Израз на този последователен подход на законодателя са два текста от ЗЗППТ. И в двата текста **последницата е нищожност**, т.е. в случая няма да може да се иска намаляване, защото самата клауза за съответния (забранен) вид неустойка въобще не поражда действие и потребителят винаги може да се позове на това. Това изглежда да е твърде радикално средство, но всепризнатата напоследък обществена ценност – защитата на потребителя – го оправдава.

Член 18, ал. 1 ЗЗППТ **забранява ограничаване на отговорността на производителя за вреди от продукти**. Тази забрана за ограничаване би могла да бъде заобикаляна не особено елегантно с уговаряне на изключителна неустойка. Поради тази причина уговорката за **изключителна неустойка в този случай ще е нищожна** (чл. 26, ал. 1, предл. 2 ЗЗД).

Въобще, уговарянето на изключителна неустойка веднага буди подозрения за нарушение на чл. 94 ЗЗД, защото тя в крайна сметка цели да ограничи обема на вредите, които подлежат на обезщетение. А това именно забранява чл. 94 ЗЗД, макар и само за в случаите на умисъл и груба небрежност. Тъй като обаче доказването на формата на вината не е най-лесната работа в един процес, може да се окаже, че чрез такава изключителна неустойка на практика се заобикаля забраната на чл. 94 ЗЗД.

Другите разпоредби на потребителското право в тази връзка са в **чл. 35, ал. 2 ЗЗППТ**. В този текст са предвидени **три релевантни за неустойката хипотези**.

В т. 1 е забранено ограничаването чрез общи условия на уредените в закон права на потребителя (независимо дали уредбата е императивна или диспозитивна). За да не се изпразни от съдържание тази забрана, трябва да се направи изводът, че **общите условия не могат да съдържат клаузи за изключителна неустойка, която да се дължи от предложителя на общите условия**. Това е така, защото изключителната неустойка всъщност най-често ще представлява ограничаване на правата на обезщетение.

В т. 3 е възпроизведена в много по-разширен вариант забраната на вече разгледания чл. 206, ал. 3 ЗЗД. Така **в тежест на потребителя не може да се уговаря неустойка в размер на платени вече от него суми**, ако обезщетение в същия размер не се следва и на потребителя при неизпълнение от търговеца. Член 206, ал. 3 ЗЗД обаче се отнася само до договора за продажба, а разглежданият текст от ЗЗППТ засяга всякакви договорни типове.

В т. 4 пък е забранена клауза, която задължава потребителя при неизпълнение да плати “необосновано високо обезщетение”. Законът по този начин **забранява и “необосновано високата” неустойка**. На пръв поглед разпоредбата приповтаря класическото правило на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Всъщност разлика между двете норми има. Смятам, че разликата в термините – “прекомерно голяма” (ЗЗД) и “необосновано висока” (ЗЗППТ) не е случайна. Законът има предвид две различни степени на драzneща разлика между неустойка и вреди. Каква е тази разлика?

За да се открие тя, смятам, че трябва да се анализират типичните отношения между търговец и потребител. Тези отношения предполагат “примамване” на потребителя, а не неговото заплашване от търговеца. Поради това считам, че неустойката в тежест на потребителя **не може да има наказателна функция, а само подтикващ (обезпечителен) характер** и може да цели само характерното за всяка неустойка **разместване на доказателствената тежест** за вредите. Поради тази причина мисля, че неустойка, чийто размер цели да накаже потребителя за неизпълнението му, ще е “необосновано висока” и поради това – недействителна. Освен това, неустойката в тежест на потребителя ще може само в незначителна степен да надхвърля вредите, които търговецът търпи вследствие на неизпълнението на потребителя. С други думи, може да се установи следната възходяща градация:

- размер на вредите → необосновано висока неустойка → → прекомерна неустойка.

В крайна сметка се оказва, че “необосновано високата” неустойка по ЗЗППТ ще е нищожна, а “прекомерната” по ЗЗД ще подлежи само на редукция. Излиза, че по-малката разлика между вреди и необосновано висока неустойка е свързана с по-радикална правна последица, отколкото по-дразнещото несъответствие между вредите и прекомерната неустойка. Противоречието всъщност е привидно. Както вече се изтъкна, потребителското право има ред особености, една от които е именно идеята, потребителят да получава правните последици наготово, да може да се позовава на тях направо, а не да прави волеизявления и да ги изпраща по надлежен начин, да не говорим за упражняване на права по съдебен ред. Общото класическо гражданско право, напротив, разчита на инициативни, интелигентни и себепотговорни правни субекти. Поради това то предвижда и “по-леката” последица на съдебно упражняваната редукция.

ЕКЗОРБИТАНТНОСТ НА НЕУСТОЙКАТА

Както вече стана дума по друг повод, търговското съсловие не се ползва със защитата, която правото традиционно дава на нетърговците чрез провеждането на принципите на справедливостта и добросъвестността. Търговецът е лишен от благото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД.

Забраната за намаляване на прекомерните неустойки между търговци по 309 ТЗ обаче не означава, че може да се уговаря неморално висока (а не просто прекомерна!) неустойка. Това е така наречената “екзорбитантна” неустойка, т.е. неустойка, която излиза извън пределите на нравствено допустимото. Поради противоречие с морала такава неустойка ще е нищожна на основание чл. 26, ал. 1, предл. 3 ЗЗД. Засега такива решения има предимно в арбитражната практика³⁵. Може да се каже, че феноменът “екзорбитантна” или “неморално висока” неустойка е създаден от правоприложението като нравствена контра-реакция на твърде ригористичното правило на чл. 309 ТЗ.

Какви са обаче **критериите за “екзорбитантност”**? Посочените арбитражни решения приемат, 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 главнично задължение,

³⁵ Така **ВАД 35/2001**, в чиито мотиви четем: “В конкретния случай размерът на мораторната неустойка, съгласно процесния договор (по 0,5 % на ден), липсата на краен предел, до който тя да спре да се увеличава, както и че вследствие прекъсването на давността с предявяване на иска и следващата от това нова 5-годишна давност за изпълнение на решението по настоящото дело доказват, че тя е определена в противоречие с добрите нрави. Уговорената между страните мораторна неустойка е единадесетократно по-висока от обичайното обезщетение при забавеното изпълнение на паричен дълг. Екстраполирането на същата неустойка от датата на съдебното решение до евентуалното събиране на главницата би довело до деветдесетократно надвишаване на обичайните обезщетения, свързани със забавеното изплащане на паричен дълг. Ето защо РО намира, че тя е в противоречие с добрите нрави.”, както и **ВАД 62/2000**, което е мотивирано така: “Действително, по смисъла на чл. 309 ТЗ намаляване на неустойката между търговци е недопустимо, но определената неустойка по процесния договор за покупко-продажба не е просто “прекомерно завишена” по смисъла на чл. 92, ал. 2 ЗЗД. Тя е определена в противоречие с добрите нрави. Нейният размер (по 0.5 % на ден), липсата на краен предел, до който тя да спре да се увеличава, както и че не е определена върху левовата равностойност, която може да бъде значително повлияна от инфлационните процеси, а върху доларовата цена, която остава достатъчно стабилна, срокът, в рамките на който тя е текла, доказват, че тя е определена в противоречие с добрите нрави. Лихвата за забава във въпросния период, видно от заключението на вещното лице, възлиза на 150 000 денном. лева. Уговорената между страните неустойка възлиза на 520 000 денном. лева. Очевидно, в случая става въпрос за тройно надвишена неустойка, поради което РО намира, че тя е определена в противоречие с добрите нрави. Накърняването им представлява основание за нищожност (чл. 9 ЗЗД във вр. с чл. 26, ал. 1 ЗЗД). Частта от договора за продажба, която установява този неморално висок размер на неустойката, е нищожна.”

- (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 ни не само за справедливост, а за моралност въобще. Може да се предположи, че посочените арбитражни решения всъщност изхождат именно от принципите на предложената вече теория за подвижната система (вж. точката “Предложението: Теорията за “подвижната система...” по-горе).

Смятам, че към дотук изброените критерии могат да се прибавят и други, например:

- (6) възползването от изключително притесненото положение на единия търговец. Твърдя това, макар да съм наясно, че възможността за унищожение поради крайна нужда и явно неизгодни условия по чл. 297 ТЗ е изключена между търговци. Тук обаче не става дума за явната неизгодност, а за безнравствено и затова укоримо възползване от нея, което не заслужава да бъде толерирано,
- (7) монополното положение на кредитора по неустойката, ако той се е възползвал от него, както и
- (8) случаите, в които чрез неустойки се “изсмукват” беззащитни субекти. Такива “беззащитни” субекти са преди всичко предприятия с преобладаващо държавно и общинско участие, публични институции, както и капиталови дружества с твърде дисперсен капитал (например инвестиционни фондове), при които контролът върху мениджмънта е на практика невъзможен за множеството дребни акционери.

Проблемът, който възниква при обявяването 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.

Този резултат може да се мисли и като справедливо наказание за алчността на онзи, който е уговорил неморално висока неустойка. На това може да се възрази, че страната може да е била водена не от користна помисъл, а от желание да застраши длъжника със свръхвисоката неустойка така, че той да не си и помисли, да не изпълнява. Възражението обаче не е сериозно. Практиката показва, че за длъжник, който може да плати най-много 1.000, е безразлично, дали ще му се възложи задължение за сто хиляди или за сто милиона – така или иначе, всяко едно от тях ще му е непосилно.

Във всеки случай препоръчително е, при сключването на договорите страните да не прекаляват при формулирането на неустоечните клаузи. При съмнение, че съдът може да окачестви неустойката като екзорбитантна и да отхвърли иска за нея, лихвата следва да се претендира с евентуален иск.

Изводи

Резултатите от това изследване могат да се обобщят по следния начин:

- ✓ Прекомерността не е налице, само защото размерът на вредите е надхвърлен.
- ✓ Като критерий за прекомерността не могат да се използват сами по себе си нито абсолютният размер на неустойката, нито алгоритъмът на изчисляването ѝ, нито видът на неустойката.

- ✓ Прекомерността не може да се определя произволно, а наличието ѝ следва да бъде обосновано чрез ясно посочени критерии.
- ✓ Един от способите за такава обосновка е теорията за подвижната система.
- ✓ Критериите, които могат се използват при употребата на тази теория за подвижната система, не са ограничени като брой (*numerus clausus*), нито използването на някои от тях може да се счита за задължително; необходимо е обаче да се посочи, кои критерии са употребени, за да бъде съдебното решение прозрачно и да не изглежда произволно.
- ✓ Наред с прекомерността други основания за намаляването на неустойката са трансформацията на неустойката за пълно неизпълнение в такава за некачествено или частично изпълнение (чл. 92, ал. 2, предл. 2 и 3 ЗЗД), укоримото поведение на кредитора по чл. 83 ЗЗД и автоматичното намаляване на неустойки в хипотезата на чл. 17, ал. 1 ЗЗППТ. Тези основания за намаляване могат да действат паралелно и неустойката да бъде намалена едновременно на основание няколко от тях.
- ✓ Принципно не е необходимо, неустойката вече да е станала дължима, за да може да се иска намаляването ѝ.
- ✓ Правилото на чл. 92, ал. 2 ЗЗД няма обратно действие, нито действие спрямо заварени правоотношения.
- ✓ Намаляването на неустойката може да стане само по искане на длъжника и не може да бъде предприето служебно от съда.
- ✓ Когато намалява неустойката, съдът може не само да ограничи абсолютният ѝ размер, а и да преформулира алгоритъма, по който тя се изчислява.
- ✓ Намаляването е недопустимо, когато клаузата за неустойка е нищожна, унищожена или отпаднала с обратна сила. Намаляването поради прекомерност е изключено, когато и двете страни са търговци, както и в случая, когато само едната страна е търговец и неустойката е уговорена в нейна тежест (чл. 309 ТЗ). Недопустимо е намаляване и в специалните хипотези, предвиждащи недействителност на конкретни неустоечни уговорки (чл. 206, ал. 3, чл. 361, ал. 2 ЗЗД). В някои случаи на приватизационни договори (§ 7, ал. 4 ЗППДОБП (отм.)) и в определени хипотези на неустойки, уредени в потребителското право (чл. 18, ал. 1, чл. 35, ал. 2 ЗЗППТ) намаляване също няма да е възможно, тъй като при тези фактически състави или настъпва автоматично намаляване, или е налице нищожност на неустойката.
- ✓ Пречка пред искането за намаляване е плащането на неустойката или утвърждаването ѝ в съдебна спогодба. Предварителният отказ от право на намаляване не произвежда действие, поради което не е пречка такова намаляване да се иска.
- ✓ Екзорбитантната неустойка е частен случай на неморалната уговорка (чл. 26, ал. 1, предл. 3 ЗЗД). Тя се използва от съдилищата като смекчаване на прекалено ригористичното правило на чл. 309 ТЗ.