

# НЕУСТОЙКА

**Проблемные вопросы применения института неустойки:**

## **I. Объект «неустоечного» обязательства**

Согласно ГК (ст.330) – только деньги.

Товарные неустойки – непоименованный способ обеспечения, к которому ряд норм о неустойках применим по аналогии (см. Постановление Пленума ВАС №81 от 22.12.2011)

## **II. Формы неустойки**

Пени или штраф.

Но могут быть и гибриды – например, пени с ограничением по сумме (или сроку начисления). См.: ППВАС №13144/09

# НЕУСТОЙКА

## **III. ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ОБЯЗАННОСТЬ УПЛАТИТЬ НЕУСТОЙКУ ОБЯЗАТЕЛЬСТВОМ?**

По мнению ВАС, да. См.: Информационные письма Президиума ВАС №103 (допускается новация) и №120 (допускается уступка)

## **IV. РАЗЛИЧИЯ МЕЖДУ НЕУСТОЙКОЙ ЗА САМ ФАКТ НАРУШЕНИЯ И ЗА СПРОВОЦИРОВАННЫЙ ДОЛЖНИКОМ СРЫВ ДОГОВОРА (ЕГО РАСТОРЖЕНИЕ В ОТВЕТ НА НАРУШЕНИЕ)**

Долгое время это прекрасно известное в зарубежном праве различие у нас как-то не было принято проводить (хотя законы иногда прямо прописывали штраф за срыв договора – см. напр.: ст.6 Закона о транспортно-экспедиционной деятельности)

Недавно такие дела дошли до ВАС и тот прямо признал специфику неустойки в виде штрафа, который нарушитель должен уплатить кредитору в связи с тем, что последний был вынужден расторгнуть договор из-за нарушения (ПВАС №13585/12).

# Неустойка

## **V. НАЧИСЛЯЮТСЯ ЛИ НЕУСТОЙКИ НА ВСЮ СУММУ ДОЛГА, ЛИБО НДС НАДО ИСКЛЮЧАТЬ?**

Ранее практика требовала исключать. Потом в ПВАС №5451/09 применительно, правда, процентов по ст.395 ГК ВАС сказал, что начисляются на всю сумму долга. Недавно правда в ПВАС №5328/12 ВАС решил опять, что НДС надо исключать. Правда, там не совсем понятно, является ли это общим выводом или увязано со спецификой тарифного регулирования.

## **VI. ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ КАКИХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ МОЖЕТ БЫТЬ ПРЕДУСМОТРЕНА НЕУСТОЙКА?**

Любых гражданско-правовых, в том числе организационных. Ранее это вызывало у некоторых судов сомнения. Но после ПВАС №5531/11 (признана неустойка за необеспечение контрагента банковской гарантией некого банка) вопрос вроде бы разрешен.

В том числе и обязательств по уплате ранее начисленных процентов по займу или кредиту – но это должно быть прямо прописано в договоре (см.: ПВАС №9423/12)

# Неустойка

## VII. СООТНОШЕНИЕ СО СМЕЖНЫМИ ИНСТИТУТАМИ

### 1. Задаток

По сути это просто особая разновидность неустойки. В этой связи не удивительно, что Постановление Пленума ВАС №81 прямо указало на применение к задатку ст.333 ГК

### 2. Заранее согласованные в договоре убытки

Краткая справка: Liquidated Damages – это институт английского права и там был придуман для обхода введенного в 16 веке запрета на договорные неустойки (penalty). У них теперь штраф, имеющий стимулирующее значение, признается penalty и недействителен, а реальная попытка спрогнозировать возможные убытки кредитора считается не неустойкой, а особой ситуацией и поэтому под запрет не попадает.

В РФ условия о заранее оцененных убытках встречаются, но суд их должен рассматривать просто как обычную неустойку, так как в нашем праве допускаются стимулирующие неустойки и поэтому нет повода для этой дифференциации. ВАС пока прямо вопрос не решал (хотя и затрагивал косвенно – см.: ПВАС №9899/09). Но проблема есть в связи с новой редакцией Закона об АО (ст.32), где появилось указание на право взыскания с нарушителя акционерного соглашения как неустойки, так и некой «компенсации»

# Неустойка

## 3. Плата за отказ от договора

Это отдельный институт права. В новом ГК он будет прямо признан (см. редакцию ст.310 в Проекте ГК). Пока же он институт *sui generis*. Это плата, которую вносит одна сторона другой за то, что она немотивированно отказывается от договор. Отличие от неустойки в том, что здесь плательщиком является не нарушитель, а лицо, тем самым выкупающее себе право отказаться от договора. Проблема в том, что стороны часто называют такую плату неустойкой и создают себе проблемы.

## VIII. СКРЫТЫЕ НЕУСТОЙКИ

### 1. Очевидные случаи

а) Оговорка об увеличении объеме основного обязательства должника в связи с просрочкой. Если триггер увеличения – нарушение должником договора, то очевидно, что это неустойка, закамуфлированная под коррекцию объема (отсюда необходимость применять ст.333 ГК и другие нормы о неустойке). Классический пример – повышение процентной ставки по кредиту в случае просрочки (см. Постановление Пленумов ВС и ВАС №13/14 и Постановление Пленума ВАС №81)

# Неустойка

б) Оговорка об уменьшении объема встречного обязательства кредитора из-за допущенной должником просрочки. Например, цена к оплате снижается на 0,1% за каждый день допущенной поставщиком просрочки в поставке. Тут очевидно, что мы имеем дело с закамуфлированными договорными пенями с автоматическим зачетом.

в) Условие о присвоении аванса при расторжении договора из-за нарушения, допущенного стороной, его уплатившей (своего рода односторонний вариант задатка). Очевидно, что к такому условию должен применяться режим неустойки. ВАС (см.: ПВАС №9860/11) рассматривал такое дело и хотя это прямо не сказал и не применил непосредственно ст.333 ГК для контроля адекватности размера удержанного аванса, все равно посчитал, что размер удержанного аванса должен быть адекватным убыткам, а разницу потребовал вернуть по правилам о кондикции

## 2. Сложные случаи

*Они имеют место, когда стороны устраняют нарушение договора как триггер для уплаты санкции, но по сути добиваются результата идентичного тому, как если бы в договоре была неустойка.*

## Неустойка

а) «Скидочная схема». Например, цена (1 млн) должна быть уплачена через год, но покупатель вправе исполнить досрочно и тогда получает скидку по формуле  $0,5\%$  в день за каждый день досрочного исполнения (т.е. чем раньше заплатит, тем меньше цена). В итоге выходит примерно то же, что и при исходной цене в 600 тыс., уплачиваемой сразу, и пени в  $0,5\%$  в день за просрочку.

б) Повышающие коэффициенты за превышение лимита потребления энергии (например, если укладываешься в лимит, то цена -1р. за единицу, если превышаешь – 3р.) . ВАС недавно признавал эту конструкцию неустойкой (ПВАС №10313/09). Но как быть если стороны не предусмотрел жесткое обязательство укладываться в лимит потребления, а просто установили разные цены за единицу при разных объемах потребления?

в) Повышение процентной ставки по кредиту из-за нарушения «ковенантов» по договору. ВАС в Информ.письме №147 не признал это неустойкой, так как это повышение приводило цену к изменившемуся уровню рисков.

# Неустойка

## IX. СНИЖЕНИЕ НЕУСТОЙКИ

Ст.333 ГК долгое время применялась в РФ намного более интенсивно, чем это задумывалось, и зачастую абсолютно неоправданно

### *Причины:*

а) Ни в законе, ни в судебной практике не сделана оговорка о том, что снижение неустойки по инициативе коммерсанта может быть допущено только в самых исключительных случаях (например, в Германии такая неустойка не снижается, кроме случаев явного злоупотребления правом)

Патернализм в отношении коммерсантов, чьи переговорные возможности не были ограничены при заключении договора (например, при заключении акционерного соглашения, крупного синдицированного кредита, масштабного инвестиционного контракта и т.п.), не уместен.

б) Суды до последнего времени имели право снизить неустойку по собственной инициативе (см. п.1 Информационного письма Президиума ВАС РФ №17 от 14.07.1997). Позиция начала меняться только недавно (см.: Постановление Президиума ВАС №11680/10)



## Ex post контроль

д) Бремя доказывания несоразмерности возложено на должника (это было сделано еще в п.7 старого Информационного письма ВАС РФ №17). Но в реальности должник сделать это никогда не в состоянии, так как у него нет доступа к информации об убытках кредитора. Так что в реальности от должника требуется лишь заявить ходатайство со ссылкой на какой-нибудь спекулятивный аргумент (например, превышение размера пени над ставкой рефинансирования ЦБ). Соответственно, реальное бремя доказывания в той или иной степени все равно перекладывается на кредитора.

Многие кредиторы этого не понимают и ведут себя пассивно.

На самом деле им следует активно противостоять возможности снижения неустойки, предъявляя доказательства своих убытков. Они этого не делают, и суды зачастую просто вынуждены брать за основу спекулятивные расчеты должника.

При этом кредитор может предъявлять не только доказательства своих фактических убытков, но и более адекватные расчеты гипотетических потерь (например, со ссылкой на средние текущие цены). Так что вопрос не такой безнадежный.

## Ex post контроль

д) Бремя доказывания несоразмерности возложено на должника (это было сделано еще в п.7 старого Информационного письма ВАС РФ №17). Но в реальности должник сделать это никогда не в состоянии, так как у него нет доступа к информации об убытках кредитора. Так что в реальности от должника требуется лишь заявить ходатайство со ссылкой на какой-нибудь спекулятивный аргумент (например, превышение размера пени над ставкой рефинансирования ЦБ). Соответственно, реальное бремя доказывания в той или иной степени все равно перекладывается на кредитора.

Многие кредиторы этого не понимают и ведут себя пассивно.

На самом деле им следует активно противостоять возможности снижения неустойки, предъявляя доказательства своих убытков. Они этого не делают, и суды зачастую просто вынуждены брать за основу спекулятивные расчеты должника.

При этом кредитор может предъявлять не только доказательства своих фактических убытков, но и более адекватные расчеты гипотетических потерь (например, со ссылкой на средние текущие цены). Так что вопрос не такой безнадежный.

# Неустойка

## *ЧАСТЬ ПРОБЛЕМ ТЕПЕРЬ РЕШЕНА С ВЫХОДОМ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМА ВАС №81:*

- 1) Теперь судам окончательно запрещено снижать неустойку по собственной инициативе
- 2) Подтверждено, что неустойка снижается только по заявлению должника
- 3) Признана право кредитора предъявлять встречные доказательства о соразмерности неустойки (в т.ч. доказательства не фактических убытков, а обычно возникающих в таких ситуациях, возможных убытков)
- 4) Четко указано, что причины нарушения не имеют значения для применения ст.333 ГК
- 5) Невозможность снижения неустойки ниже двух ставок рефинансирования ЦБ (или доказанного любой из сторон уровня средних банковских ставок кредитования) кроме «исключительных случаев»
- 6) В любом случае невозможность снижения ниже уровня одной ставки рефинансирования ЦБ кроме «экстраординарных случаев» *(эта идея впервые прозвучала еще в деле №11680/10)*
- 7) Предусмотрена возможность снижения неустойки при её безакцептном списании - посредством кондикционного иска *(эта идея ранее озвучивалась в Информационном письме №141)*

# Неустойка

- 8) Запрещено применять ст.333 ГК, когда неустойка добровольно уплачена (кроме случаев принуждения к ее уплате)
- 9) Необходимость ходатайствовать о снижении неустойки в первой инстанции
- 10) Невозможность пересмотра решения о применении или неприменении ст.333 ГК в кассации и выше
- 11) Подтверждена старая позиция о том, что ст.333 ГК применяется и к законным неустойкам
- 12) Признаны незаконными попытки сторон договора ограничить право суда снижать неустойку

Все эти разъяснения в целом верны, но далеко не всегда решают проблему избыточного патернализма (например, лимит снижения в 2 ставки ЦБ не решает проблему фиксированных штрафов). Поэтому крайне важно, чтобы у нас в праве был решен ключевой вопрос. **Судам должен быть послан сигнал более сдержанно относиться к снижению неустойки, обещанной коммерсантом.**

Этот вопрос сейчас планируется решить на уровне новой редакции ГК. В Проекте в ст.333 ГК предлагается внести указание на то, что снижение такой неустойки возможно только в исключительных случаях