

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 предусмотрели 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