

Р. А. Бутова

НЕУСТОЙКА КАК МЕРА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Аннотация. В статье раскрываются основные особенности неустойки как меры ответственности. Автор анализирует порядок и принципы начисления неустойки, а также основания и способы снижения ее размера.

На основе анализа законодательства России и арбитражной практики рассматриваются основные проблемы применения неустойки в договорных обязательствах. По итогам рассмотрения действующего законодательства и практики его применения внесены предложения по изменению правовых норм. Статья подготовлена в рамках работы над темой диссертационного исследования мер гражданско-правовой ответственности. Тема статьи представляется актуальной по двум основаниям. Во-первых, неустойка является одной из наиболее распространенных мер гражданско-правовой ответственности. Тема достаточно разработана в литературе, однако теоретические споры продолжаются. В статье исследованы отдельные аспекты неустойки, являющиеся, по мнению автора, спорными по сей день, в том числе, по причине несовершенства действующего законодательства. Во-вторых, в настоящее время происходят значительные изменения практики применения правовых норм о неустойке, ввиду чего статья может представлять и практический интерес.

Ключевые слова: юриспруденция, неустойка, ответственность, размер, законная, договорная, начисление, снижение, заявление, изменение.

Логика развития обязательства предполагает его надлежащее исполнение. Нарушение данного принципа, выражающееся в нарушении одной из сторон своих обязательств по договору, ведет к наступлению ответственности, а сама сторона признается правонарушителем. Безусловно, неустойка – самая распространенная мера ответственности за правонарушение. В условиях активного развития хозяйственных отношений в Европе такой механизм «скрепления» договорных связей, как неустойка или договорный штраф, востребован законодательством и практикой многих стран. Институт неустойки в том или ином виде отражен в праве большинства развитых стран мира¹.

¹ Например, можно отметить пункт 1 статьи 1336 Австрийского гражданского уложения, статья 339 - 345 Германского гражданского уложения, статья 1229 и 1152 Французского Гражданского Кодекса, те же статьи Бельгийского Гражданского Кодекса, статьи 1152 и 1226 Гражданского Кодекса Люксембурга, статьи 1152 Гражданского Кодекса Испании, пункт 2 статьи 405 Гражданского Кодекса Греции, статьи 1382 - 1384 Гражданского Кодекса Италии, статьи 6:91 - 6:94 Гражданского Кодекса Нидерландов, а также судебную практику стран общего права (например, решение по делу Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., 1915 в Англии, решение по делу Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. v. Castaneda, 1904 в Шотландии, решение Banta v. Stamford Motor Co. 89 Conn., 1914 в США и др.). См. подробнее: Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005. С. 17-27.

Предусмотрен такой вид ответственности и российским гражданским законодательством. Однако отечественное правовое регулирование имеет целый ряд особенностей, которые в свою очередь порождают дискуссии в научной литературе и правоприменительной практике. Безусловно, научных работ, отражающих основные теоретические проблемы по обозначенной теме в настоящее время немало².

По многим спорным практическим моментам высказаны правовые позиции высших судебных инстанций³. И мы не видим какой-либо необходимости вновь воспроизводить неоднократно обозначенные позиции. Целью данной работы является выделение отдельных аспектов, которые, по нашему мнению, нуждаются в корректировке, поэтому основные проблемы и высказанные по ним мнения умышленно обозначены лаконично – в той степени, в какой это необходимо для формирования

² См. напр., Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. 222 с.; Карапетов А.Г. Указ. соч. и др.

³ Например, об исчислении суммы неустойки со всей суммы долга, в том числе с учетом НДС. См.: постановление Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 №5451/09 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». Версия 4012.00.08. Сборка 59108. Доступ через лицензированного пользователя Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа (далее – СПС «КонсультантПлюс»).

общего представления по обсуждаемому нами спорному вопросу.

1. В силу статьи 330 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков. Кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Если говорить об отличиях, приписываемых штрафу, пеням и неустойке в целях проведения между ними какого-либо разграничения, то они сводятся к следующим. Особенности штрафа состоят в том, что он:

- устанавливается в твердой сумме;
- имеет своей целью обеспечить не основное, а своего рода дополнительное обязательство (например, своевременное заключение локального договора, предоставление месячных заявок на поставку товара, своевременный вывоз товара, возврат тары и т.п.), в связи с чем нередко указывалось и на вероятность отсутствия при неисполнении такого обязательства реального ущерба;
- представляет собой единовременный платеж. Основным отличием пеней признаются:
 - периодичность ее начисления. Пеня представляет собой не единовременную сумму, а сумму, размер которой зависит от установленного срока (день, неделя, месяц, год);
 - начисление до момента исполнения обязательства; до либо в пределах определенного срока (например, в течение 6 месяцев) или определенной суммы (например, не свыше 50% провозной платы);
 - то, что пеня предусматривается на случай такого нарушения как просрочка исполнения обязательства⁴.

⁴ Следует сразу оговориться, что арбитражная практика наглядно свидетельствует о том, что как бы санкция ни называлась – штраф или пеня, практического значения это ни имеет, как не имеет правовых последствий неправильное их употребление. Аналогичные примеры существуют и в законодательстве. Так, Положение о штрафах за нарушение правил совершения расчетных операций (утверждено постановлением Совета Министров СССР от 16.09.1983 №911), например, в пункте 7 устанавливает штраф в размере 0,5% несвоевременно или неправильно зачисленной (списанной) суммы за каждый день задержки. // СПС «КонсультантПлюс».

Пунктом 9 статьи 9 Федерального закона (далее – ФЗ) от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки това-

Прежде всего, Гражданский Кодекс Российской Федерации закрепляет неустойку как меру обеспечения обязательства, на что указано в пункте 1 статьи 329 ГК РФ. Соглашение о неустойке, как и большинство обеспечительных мер, носит акцессорный характер и следует судьбе основного обязательства (пункт 3 статьи 329 ГК РФ). Признание недействительным или расторжение договора, обязательство по которому было обеспечено неустойкой, влечет прекращение неустойчного соглашения.

В тоже время, соглашение о неустойке носит по своей природе одновременно и характер меры гражданско-правовой ответственности. Данный вопрос многократно поднимался в юридической литературе, и практически в любом исследовании правовой природы неустойки делается акцент на ее двойственную природу.

Так, по мнению В.В. Витрянского, такой вывод подтверждается тем, что, во-первых, неустойка взыскивается только в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, т.е. при наличии правонарушения; во-вторых, суть неустойки состоит в обязанности должника, нарушившего обязательство, нести дополнительные имущественные потери; в-третьих, неустойка, так же как и убытки, подлежит применению только при наличии условий, необходимых для наступления гражданско-правовой ответственности, что вытекает из пункта 2 статьи 330 ГК РФ, согласно которому кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства; в-четвертых, обязанность должника, нарушившего обязательство, уплатить неустойку обеспечивается государственным принуждением, о чем свидетельствует включение взыскания неустойки в число способов судебной защиты гражданских прав (статья 12 ГК)⁵.

ров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (в ред. ФЗ от 08.05.2010 №83-ФЗ) установлено, что в случае просрочки исполнения заказчиком обязательства, предусмотренного контрактом, другая сторона вправе потребовать уплаты неустойки (штрафа, пеней), которая начисляется за каждый день просрочки исполнения обязательства, предусмотренного контрактом, начиная со дня, следующего после дня истечения установленного контрактом срока исполнения обязательства». // Там же.

См.: постановление Пленума ВАС РФ от 23.05.1995 №17; постановления Президиума ВАС РФ от 02.07.1996 № 95/96 и 94/96; от 03.09.1996 №803/96; от 10.09.1996 №1983/96; от 17.12.1996 № 3361/96; от 20.05.1997 №5363/96; от 17.06.1997 №5640/96; от 10.05.2011 №16904/10; от 28.07.2011 №9285/10 // Там же.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 660 - 661.

Следовательно, как и любая мера гражданско-правовой ответственности, неустойка носит компенсационно-карательный характер, т.е. направлена на наказание правонарушителя (должника) и компенсацию потерь пострадавшей стороны (кредитора)⁶.

Иные авторы активно возражают против констатации двойственной природы данной меры, и утверждают, что неустойка в тех или иных ситуациях может выступать либо в качестве меры ответственности, либо как мера обеспечения. То есть, до момента нарушения неустойка играет роль меры обеспечения, и, наоборот, с момента нарушения – она уже выступает как мера ответственности⁷. Т.К. Барсебян, не соглашаясь с позицией Витрянского В.В., считает двойственность искусственной, и настаивает на том, что неустойка представляет собой лишь меру ответственности и как любая мера воздействия или ответственности, выполняет также обеспечительную функцию. Т.К. Барсебян полагает, что при сравнении неустойки с понятием любого из способов обеспечения (залог, поручительство, гарантия, задаток, удержание) становится очевидным, что в статье 330 ГК РФ сформулировано понятие неустойки не как о способе обеспечения, а как мере ответственности (санкции)⁸. Здесь, не дискутируя с уважаемым автором о существовании гражданско-правовой ответственности и способов обеспечения, не вполне ясно, в чем, по его мнению, выражается «искусственность» разделения, при том, что статьи 330-333 ГК РФ законодателем помещены в главу «Обеспечение исполнения обязательств» этого Кодекса? Соответственно, возможно говорить о специфике правового регулирования либо несовершенстве законодательной техники, но никак не о надуманном теоретическом разделении.

Двойственная природа неустойки как меры ответственности и меры обеспечения неоднократно подтверждалась и Конституционным Судом Российской Федерации (далее – КС РФ), который в целом ряде своих определений указывал, что неустойка является и мерой ответственности, и мерой обеспечения обязательства⁹, и Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации

(далее – ВАС РФ)¹⁰. На таком подходе и предлагаем остановиться.

Кроме того, двойственное значение неустойки характерно в целом для романо-германского гражданского права, в то время как англо-американское контрактное право признает только компенсационное значение этой меры (заранее оцененные убытки), отказываясь признавать за данной мерой обеспечительный характер¹¹.

Обращение к природе неустойки необходимо, прежде всего, при анализе соотношения неустойки с убытками.

В силу статьи 330 ГК РФ кредитор вправе требовать уплаты обусловленной договором неустойки, не доказывая ни само существование убытков (т.е. их может и не быть), ни их размер. И здесь четко проявляется обеспечительная функция неустойки: должник не может отказываться от уплаты неустойки, ссылаясь на отсутствие у кредитора убытков. Таким образом, неустойка освобождает кредитора от необходимости точно исчислять и доказывать не только размер убытков (что обычно является делом весьма непростым), но и их наличие. Данный принцип соотношения убытков и неустойки характерен для любой правовой системы, предусматривающей данную меру ответственности¹².

В отечественной литературе высказывается мнение о том, что взыскание неустойки есть упрощенный способ возмещения убытков¹³. И с таким мнением есть основания согласиться, учитывая вышесказанное.

Вместе с тем, по нашему мнению, следует отметить неудачность формулировки статьи 330 ГК РФ¹⁴. Фактически смысл данной нормы заключается в том, что неустойка подлежит уплате независимо от наличия у кредитора убытков. Следовательно, и сформулировать норму необходимо было именно таким образом. Существующий вариант акцентирует внимание на

⁶ Карапетов А.Г., Указ. соч. С. 35.

⁷ См., напр.: Гришин Д.А. Неустойка: современная теория // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 2 / Под ред. М.И. Брагинского. М., 2000. С. 130.; Барсебян Т.К. Неустойка как мера ответственности. // Юрист. 2006. №7. С. 1-2.

⁸ Барсебян Т.К. Указ. соч. С. 2.

⁹ См.: Определение КС РФ от 07.10.1999 №137-О; Определение КС РФ от 21.12.2000 №263-О; Определение КС РФ от 10.01.2002 №11-О; Определение КС РФ от 22.01.2004 №13-О. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 13.10.2011 №5531/11 // Там же.

¹¹ См. подробнее: Ерахтина О.С. Основные проблемы правового регулирования института неустойки. Законы России: опыт, анализ, практика. М. 2011. №8. С. 2-4.

¹² Так, например, в § 340 Германского гражданского уложения содержится аналогичная норма, согласно которой кредитор вправе предъявить в суд требование о возмещении убытков «в сумме, превышающей размер неустойки». См. подробнее: Там же.

¹³ Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой/под общ. ред. В.А. Белова.- 2-е изд., перераб. и доп. – М. Юрайт-Изд., 2011. С.793.

¹⁴ См. также: Э.П. Гаврилов. Некоторые предложения по совершенствованию раздела III ГК РФ «Общая часть обязательственного права». Хозяйство и право. 2009. №6. С. 20-25.

процессуальной составляющей – доказывании, что неоднократно приводило к судебным ошибкам.

Например, Федеральный арбитражный суд (далее – ФАС) Восточно-Сибирского округа в одном из дел признал, что поскольку по смыслу статьи 394 ГК РФ неустойка носит компенсационный характер, то и взысканию она подлежит в целях компенсации имущественных потерь, связанных с неисполнением должником обязательства. Так как истец не доказал наличие у него таких потерь, то и во взыскании неустойки следует отказать¹⁵. По другому делу арбитражный суд рассматривал спор, где истец заявил требование об оплате отгруженного товара, а ответчик – встречное требование о взыскании неустойки за просрочку передачи документов на проданный товар. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении встречного иска по тому основанию, что ответчик не доказал наличие неблагоприятных последствий несвоевременного предоставления документов.

Кроме того, суд указал на длительное непринятие ответчиком мер ко взысканию неустойки, усмотрев, таким образом, злоупотребление с его стороны своим правом и наличие оснований для отказа в судебной защите в соответствии со статьей 10 ГК РФ. ФАС Северо-Кавказского округа, рассматривавший дело в кассационном порядке, отменил решение суда и направил дело на новое рассмотрение, разъяснив при этом суду первой инстанции, что по требованию о взыскании неустойки кредитор обязан доказывать наличие у него убытков. По результатам повторного рассмотрения дела встречный иск был удовлетворен¹⁶.

Представляется, что в данном случае было бы целесообразно законодательно изменить имеющуюся формулировку.

2. Применение неустойки в качестве меры ответственности неизбежно приводит к проблеме ее соотношения с убытками еще и по той причине, что как мера гражданско-правовой ответственности, неустойка должна быть направлена на восстановление имущественной сферы потерпевшего. То есть размер неустойки не должен превышать сумму убытков.

Таков общий принцип гражданского права, и в свою очередь по общему правилу пункта 1 статьи 394 ГК РФ убытки взыскиваются в сумме, не покрытой неустойкой. В случае если зачетная неустойка не покрыла убытки

кредитора, он получает возможность довызывать убытки в части, не покрытой неустойкой.

Однако действующее российское законодательство предусматривает и иные соотношения. Так, в зависимости от соотношения со взыскиваемыми убытками различают также штрафные, исключительные и альтернативные неустойки (статья 394 ГК РФ). Любая из них может быть предусмотрена как законом, так и договором.

Общим правилом, как уже было указано, является зачетная неустойка, которая засчитывается в сумму убытков.

Применение альтернативной неустойки дает кредиторю возможность выбора между взысканием с должника убытков либо неустойки.

При взыскании исключительной неустойки право кредитора на взыскание убытков исключается. К такому виду неустойки относится большинство штрафов, установленных транспортными уставами и кодексами (за задержку транспортных средств под погрузкой и выгрузкой, за просрочку доставки грузов и др.). Применение такой неустойки обычно обусловлено двумя причинами: спецификой деятельности и тем фактом, что при нарушении отдельных обязательств размер убытков может быть оценен заранее и заложен в сумму исключительной неустойки.

Пункт 1 статьи 394 ГК РФ предусматривает также возможность взыскания убытков в полной сумме сверх неустойки (штрафная неустойка). Штрафная неустойка может быть предусмотрена законом¹⁷ или оговорена в условиях заключаемого сторонами договора.

Здесь мы имеем полемику о функции неустойки – штрафной или компенсационной. Применение штрафной неустойки, как неоднократно указывалось в литературе, все же является исключением из общего правила о том, что ответственность в гражданском праве носит компенсационный характер, поскольку кредитор при ее взыскании получит больше, чем потерял¹⁸.

Как пишет Суханов Е.А., «штрафная неустойка, взыскиваемая наряду с убытками, напротив, расширяет его и потому тоже должна составлять редкое исключение»¹⁹.

¹⁷ См., например: статья 622 ГК РФ; пункт 2 статьи 13 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей»; статья 120 Кодекса внутреннего водного транспорта Российской Федерации; статья 98 Устава железнодорожного транспорта РФ.

¹⁸ См. напр.: Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ТК «Велби»; Проспект, 2003. С. 692.

¹⁹ Гражданское право Общая часть: Учебник: в 4 т. / В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев и др.; под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 1. С. 125.

¹⁵ См.: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12.04.1999 №А33-1324/98-С1-Ф02-509/99-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.02.2005 №Ф08-326/05 // Там же.

Наиболее часто штрафная неустойка встречается в транспортных обязательствах (штраф за задержку вагонов, контейнеров, принадлежащих транспортной организации, простой перевозочных средств, превышение грузоподъемности (перегруз) транспортных средств, неправильное указание в транспортной накладной наименования груза, пункта назначения, неправильное указание свойств груза и т.д.), и, по-видимому, носит превентивную функцию, то есть, призвана предупредить нарушения в сфере данных услуг, обеспечить нормальную бесперебойную организацию перевозочного процесса. Такой подход, безусловно, объясним с точки зрения специфики таких обязательств: обычно в процесс перевозки одновременно вовлечено значительное количество участников, хотя и не имеющих прямых связей друг с другом, но, учитывая технические особенности организации перевозки нарушение в рамках одного обязательства (перевозчик-грузоотправитель) с большой долей вероятности может повлечь невозможность исполнения обязательств и по другим обязательствам (перевозчик-другой грузоотправитель).

Однако далеко не все авторы готовы признать необходимость наличия такого исключения – именно в связи с нарушением правила о компенсаторном характере гражданско-правовой ответственности.

Так, В.А. Хохлов считает, что «взыскание неустойки (штрафа) чаще всего носит характер несопоставимого и/или неосновательного и/или алогичного обогащения истца»; «взыскание неустойки в ее теперешнем виде следует рассматривать как аномалию и законодательно предусмотреть возможность применения данной санкции только в отдельных, исключительных, случаях»²⁰.

О.С. Ерахтина и вовсе полагает, что существующие в настоящее время штрафные неустойки должны быть признаны зачетными, как это сделано в статье 120 Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации: право на предъявление к перевозчику претензии, связанной с осуществлением перевозок груза, грузобагажа, или иска имеют грузополучатель или грузоотправитель в случае взыскания штрафа и возмещения убытков, понесенных вследствие повреждения перевозчиком вагонов, контейнеров или их узлов и деталей, принадлежащих грузоотправителям, грузополучателям, иным юридическим или физическим лицам либо арендованных ими. К претензии должны быть приложены акт общей формы и другие документы, подтверждающие факт и размер повреждения перевозчиком указанных вагонов, контейнеров или их узлов и деталей, а также расчет убытков, понесенных владельцами вагонов, контейне-

ров вследствие их повреждения, в части, не покрытой штрафом²¹.

Предложенный подход, безусловно, заслуживает внимания.

Как указал М.Ю. Горлач, основной целью гражданско-правовой ответственности является не наказание правонарушителя, а удовлетворение имущественных и неимущественных потребностей лица, чьи права нарушены²². То, что неустойка (пеня) носит компенсационный характер и не может служить источником обогащения, не раз подчеркивалось и в решениях арбитражных судов²³.

Взыскание штрафной неустойки однозначно законно – поскольку прямо предусмотрено статьей 394 ГК РФ. Но с другой стороны, налицо нарушение принципа о недопущении обогащения потерпевшей стороны при привлечении к гражданско-правовой ответственности. Действительно, как превентивная мера такая неустойка целесообразна, однако, когда нарушение допущено, фактически происходит не только восстановление имущественной сферы потерпевшего за счет причинителя вреда, но кредитор получает имущественное предоставление, превышающее его убытки – на размер неустойки.

Однако спешить с изменением закона, как предлагается, в данном случае, мы думаем, не стоит.

Прежде всего, потому, что исключение штрафной неустойки неизбежно повлечет сведение к нулю обеспечительной (стимулирующей) функции неустойки²⁴.

Во-вторых, действующий закон содержит механизм – статью 333 ГК РФ, позволяющий в случае явной несопоставимости неустойки последствиям нарушения обязательства уменьшить ее в судебном порядке. Особенности применения указной нормы будут рассмотрены ниже.

3. Существуют различные правовые основания, в силу которых при наличии соответствующих юридических фактов возможно возникновение неустойки. Гражданским кодексом Российской Федерации установлено два таких правовых основания. Первое – это закон,

²¹ Ерахтина О.С. Указ. соч. С. 5.

²² Горлач М.Ю. Реализация юридической ответственности: вопросы теории и практики: Монография. Орел: Орловский юридический институт МВД РФ, 2003. С. 41.

²³ См., напр.: постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 12.01.1999 №Ф04/61-382/А75-98; См. также: постановления Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 №695/96, от 24.06.1997 №1605/97, от 06.01.1998 № 5310/97, от 02.03.1999 №8165/98, от 13.01.2011 №11680/10, от 14.02.2012 №12035/11 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ Как метко указал Гонгало Б.М. «за все в жизни нужно платить, в том числе за отступление от договора». См. Гонгало Б.М. Указ. соч. С. 67.

²⁰ Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997. С. 42 - 43, 235.

второе – соглашение сторон, т.е. договор. В связи с этим и выделяются законная и договорная неустойки.

То есть закон определяет источник неустойки не только и не столько тем, где она зафиксирована – в законе или в договоре, сколько тем, чьей волей она сформирована – сторон обязательства или законодателя. Опять же, таких источников может быть только два – закон (выражающий волю законодателя, государства) и договор (выражающий волю участников конкретного правоотношения).

В тоже время пунктом 2 статьи 332 ГК РФ установлено, что размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает.

Здесь можно выделить два основных момента:

- презумпцию диспозитивности любой нормы, в которой установлена законная неустойка. Предоставляя сторонам право изменить размер любой законной неустойки, это положение устанавливает, что впредь не только каждая новая, но и каждая действующая норма, предусматривающая неустойку, либо имеет диспозитивный характер, либо должна содержать прямой запрет на ее изменение;
- возможность изменения распространяется только на размер законной неустойки (или соответственно на порядок его определения), да и то лишь в сторону увеличения, но никак не на вид неустойки. Это означает, что если законная неустойка является, например, зачетной, то ее нельзя будет заменить ни штрафной, ни альтернативной, ни исключительной, если такая замена повлечет за собой снижение ее размера.

Но возникает вопрос: в случае, если стороны своим соглашением увеличили размер законной неустойки, какая это будет неустойка? Имеем ли мы некий новый вид неустойки, например «законно-договорной»? Либо же здесь есть два фактически самостоятельных вида неустойки?

«Законно-договорную» неустойку выделял, например, М.С. Артеменко, который понимал под ней неустойку, предусмотренную законом, когда стороны повысили ее размер или изменили условия применения²⁵.

Однако, принимая во внимание четкую формулировку закона лишь о двух видах неустойки, не может и не должно быть никаких «комбинированных» неустоек, установленных неким совместным «актом-волеизъявлением» сторон по договору и законодателя. В этой связи абсолютно необоснованными видится позиция В.К. Райхера, приводившего в качестве юридического

обоснования «законно-договорной» неустойки комплексный состав акта, устанавливающего такую неустойку, и общей нормы закона о санкциях, которую он дополняет, и соответствующего условия договора²⁶.

Наиболее правильно, на наш взгляд, такую ситуацию оценил Э.П. Гаврилов, указавший, что в этом случае имеет место две неустойки – законная и договорная²⁷. По сути своей иной конструкции быть не может, да и какой-либо необходимости в ней нет: императивное требование закона не предусматривает расширительное толкование оснований возникновения неустойки, а анализ возможных иных вариантов с точки зрения практических соображений – то есть удобства применения участниками хозяйственного оборота, не позволяет усмотреть причин создания неких комплексных явлений.

В этой связи видится правильным внести изменения в действующий пункт 2 статьи 332 ГК РФ, сформулировав право сторон предусмотреть дополнительную договорную неустойку на случай неисполнения обязательства, обеспеченного законной неустойкой.

4. Проблемы определения размера неустойки.

Наверное, ни один иной аспект такого правового явления как неустойка не вызывает столь неизменный интерес как «теоретиков», так и «практиков». Представляется логичным и целесообразным рассмотреть основные, выработанные теорией, законодательством и практикой, позиции относительно порядка определения размера неустойки, в особенности учитывая то обстоятельство, что формирование данного института, неизменно критикуемого в теоретических исследованиях, но достаточно единообразно применяемого арбитражными судами, было в недавнем прошлом кардинально изменено Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации.

Как известно, вопрос о размере неустойки Гражданским кодексом Российской Федерации не решается: названный Кодекс указывает лишь на источники (акты), где может предусматриваться конкретный размер неустойки (основания возникновения неустоечного обязательства – закон и договор), и на основу определения максимального предела, за которым неустойка взыскиваться не должна, – соразмерность последствиям нарушения обязательства²⁸.

²⁵ См.: Артеменко М.С. Роль неустойки в обеспечении исполнения плано-договорных обязательств в новых условиях хозяйствования. М., 1986. С. 10.

²⁶ См.: Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 127. См. также: Слесарев В.Л. Экономические санкции в советском гражданском праве. Красноярск, 1989. С. 78.

²⁷ Гаврилов Э.П. Указ. соч. С. 23.

²⁸ Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. М.: Статут, 2005. С. 83.

Во избежание злоупотребления предоставленной сторонам свободой определения размера неустойки Гражданский кодекс Российской Федерации содержит норму – статью 333, дающую суду право снизить размер неустойки в случае его чрезмерности по сравнению с последствиями нарушения обязательства.

Неминуемым последствием введения такого, безусловно, нужного механизма является возникновение споров о критериях адекватности размера неустойки.

Признание за судом права снизить размер согласованной в договоре санкции является общим для практически всех правовых систем и служит целям предотвращения возможных злоупотреблений со стороны кредитора, включения в договор неразумных и необдуманных положений, а также ограничения возможного чрезмерного давления сильной стороны договора на слабую²⁹.

«Баталии» вокруг применения данной статьи идут не только в России, но в силу относительной «молодости» российской рыночной экономики и нового гражданского права, внутренних проблем судебной системы и недостаточной правовой культурой субъектов гражданского оборота именно в России споры о снижении неустойки приобрели столь острую форму.

Основные споры изначально вызвали вопросы о целесообразности данной нормы в целом, о том, по чьей инициативе, неустойка может быть снижена – стороны по делу или суда, об основаниях снижения, о возможности снижения законных неустоек.

С принятием Гражданского кодекса Российской Федерации предприниматели получили возможность самостоятельно определять размер договорной неустойки, а также порядок ее исчисления. В современном российском законодательстве отсутствуют какие-либо законодательные ограничения размера договорной неустойки, и таким ограничением на практике служит лишь явная несоразмерность начисленной неустойки

последствиям нарушения и установленная статьей 333 ГК РФ право суда на ее снижение по этому основанию³⁰.

До введения в действие Гражданского кодекса Российской Федерации в силу действия законных неустоек хозяйствующие субъекты не сталкивались с проблемой исчисления размера неустоек и по большому счету оказались не готовы к предоставленной возможности по своему усмотрению определять размер неустойки и условия ее соотношения с убытками. Как следствие возникли множественные случаи установления в договорах неустоек, во много раз превышающих все разумные пределы³¹. Согласно исследованию, проведенному В. Вятчиным, стороны часто устанавливают в договоре неустойки в больших размерах, кроме того, по одному договору применяют несколько последовательных неустоек, составляющих к моменту вынесения судебного решения в совокупности от 100 до 2 000 и более процентов от суммы основного обязательства³².

Наглядно подтверждает такой вывод и арбитражная практика. В девяностые суды неоднократно применяли правила о признании неустойки явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства в делах, в котором при сумме основного долга в несколько миллионов размер неустойки составлял миллиард³³.

Для сравнения: в зарубежных аналогах внешнеторговых контрактов предусматривается неустойка в размере 0,5% от суммы задолженности за каждый день просрочки, но не более 20% от суммы договора³⁴.

Соответственно, механизм снижения размера неустойки как таковой вне всяких сомнений нужен, поскольку противодействует неосновательному обогащению одной из сторон за счет разорения другой и согласуется с гражданско-правовыми принципами равенства и баланса интересов сторон.

²⁹ В англо-американской системе права такое судебное вмешательство происходит путем применения «правила против неустойки» и признания допустимым исключительно оговорки о заранее оговоренных убытках. Несоответствие оговорки требованию соотносимости с предвидимым на момент заключения договора (Англия) либо предвидимым или действительным (США) размером убытков является основанием для признания всей оговорки недействительной. В романо-германском праве принят более гибкий и мягкий подход. Существенная завышенность размера неустойки приводит не к недействительности всего условия, а к снижению неустойки судом до разумного предела. Правда, вопрос о том, необходимо ли для этого содействующее ходатайство со стороны должника, или такое снижение суд может произвести по собственной инициативе, решается в разных странах по-разному.

³⁰ Ерахтина О.С. Указ. соч. С. 68.

³¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 673.

³² См.: Вятчин В.А. О некоторых проблемах и роли неустойки в условиях свободы договора // Вестник ВАС РФ. 2002. №3. С. 102.

³³ В договорах обычно устанавливается пеня в размере от 1 до 5% от всей суммы договора за каждый день просрочки; предел роста санкции договором, как правило, не предусматривается. В результате размер неустойки даже за непродолжительный период просрочки превышает сумму неисполненного обязательства в несколько раз. См., например: постановление Президиума ВАС РФ от 18.01.2000 №2022/97; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.08.1999 №Ф04/1638-430/А03-99. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 673.

Конституционность положений статьи 333 ГК РФ подтверждена Конституционным Судом Российской Федерации³⁵.

Возможность снижения неустойки приводит к применению данной меры ответственности в соответствии с общеправовым принципом соответствия между тяжестью правонарушения и суровостью наказания, и в полной мере отвечает ее компенсационной природе как меры ответственности. Это правило направлено на защиту слабой стороны договора, которая в силу особой заинтересованности в заключении договора, монополистического положения контрагента на рынке, отсутствия времени или других причин не имеет возможности оспорить включение в договор завышенных санкций³⁶. Кроме того, наличие такого механизма, как уже упоминалось выше, позволяет «примерить» штрафную неустойку с общим принципом гражданского права о недопущении обогащения кредитора за счет должника, обеспечить некий «баланс» между двумя «ипостасями» неустойки – как меры обеспечения и как меры ответственности.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации последовательно закрепил целый ряд критериев, которыми судам следовало руководствоваться при решении вопроса о необходимости снижения неустойки применительно к статье 333 ГК РФ, а именно стоимость товаров, работ, услуг, сумма договора; чрезмерно высокий процент неустойки (к примеру, в сравнении со ставкой рефинансирования), значительное превышение суммы неустойки над суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательства, длительность неисполнения, уплаченные или подлежащие уплате проценты, а также конкретные обстоятельства, не зависящие от стороны (например, изменение в законодательстве, повлекшее для нее не предусмотренные договором дополнительные расходы)³⁷. Некоторые дополнительные критерии нашли свое отражение в постановлениях окружных судов, например, такие как: существенное превышение суммы неустойки цены товаров (работ, услуг), являющихся предметом обязательства³⁸, сумма неустойки превышает

сумму долга³⁹, исполнение ответчиком обязательства к моменту вынесения решения судом⁴⁰, нарушение обязательства само по себе является незначительным⁴¹, длительное необращение кредитора в суд с иском об исполнении обязательства⁴², взыскание неустойки в полном объеме может повлечь негативные социальные последствия⁴³.

Для сравнения: в разъяснении Пленума Верховного Суда Российской Федерации были определены несколько иные критерии, а именно степень выполнения обязательства должником, имущественное положение истца, а также не только имущественный, но и всякий иной заслуживающий уважения интерес ответчика⁴⁴.

Кроме того, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации определил, что суд может снизить неустойку даже без соответствующего ходатайства ответчика⁴⁵.

№Ф04/693-163/А70-98, ФАС МО от 08.08.2006 №КГ-А40/7312/312-06, ФАС УО от 5.06.2005 №Ф09-1674/05-С4, ФАС ЗСО от 29.03.2005 №Ф04-1629/2005(9714-27-36) и др. // Там же.

³⁹ См. напр.: постановления ФАС УО от 17.03.1997 №Ф09-155/97-ГК, ФАС СКО от 12.10.2006 №Ф08-5087/2006 и др. // Там же.

⁴⁰ См. напр.: постановления ФАС ЗСО от 08.11.2005 №Ф04-7147/2005(15686-А03-30), ФАС ЦО от 24.08.2005 №А14-727/2005/17-5 и др. // Там же.

⁴¹ См. напр.: постановление ФАС МО от 08.10.2002 №КГ-А40/6716-02, ФАС ВСО от 22.11.2005 №А33-3347/2005-Ф02-5876/05-С2, ФАС СЗО от 12.04.2006 №А26-3675/2005-11 и др. // Там же.

⁴² См. напр.: постановления ФАС ВВО от 06.04.2006 №А82-5578/2005-9, ФАС СЗО от 22.12.2003 №А21-1805/03-С2, от 11.04.2005 №А56-35809/03 // Там же.

⁴³ См. напр.: постановление ФАС УО от 10.07.1997 №Ф09-557/97-ГК // Там же.

⁴⁴ См. постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29.09.1994 №7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» (с изм. и доп., внесенными постановлениями Пленумов этого Суда от 25.04.1995 №6, от 25.10.1996 №10, от 17.01.1997 №2, от 21.11.2000 №32, от 10.10.2001 №11, от 06.02.2007 №6 и от 11.05.2007 №24) // Там же.

⁴⁵ См. пункт 1 Обзора практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации. Приложение к информационному письму Президиума ВАС РФ от 14.07.1997 №17 // Там же.

⁴⁶ Что интересно, несмотря на то, что ВАС РФ в указанном письме разъяснил, что снижение неустойки можно производить и в отсутствие соответствующего заявления, практика судов различных округов по этому вопросу достаточно долгое время оставалась нестабильной, в том числе и в рамках одного окружного суда. Так, ФАС Московского округа в постановлении от 10.04.2006 №КГ-А40/2385-06 в соответствии с позицией ВАС РФ указал, что снижение размера неустойки является правом суда и не зависит от наличия ходатайства стороны, и в другом деле – постановление от 09.03.2004 №КГ-А40/1091-

³⁵ См., напр.: Определение КС РФ от 22.01.2004 №13-О. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Карапетов А.Г. Указ. соч. С.186.

³⁷ См. пункт 42 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 №6/8; Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации. Приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.07.1997 №17. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ См. напр.: постановление ФАС ЗСО от 18.05.1998

Что интересно, несмотря на то, что ВАС РФ в указанном письме разъяснил, что снижение неустойки можно производить и в отсутствие соответствующего заявления, практика судов различных округов по этому вопросу

достаточно быстро предусмотренное законом право суда уменьшить подлежащую уплате неустойку стала рассматриваться как его обязанность⁴⁶.

Причем, сложилась такая практика, что фактически суд любой инстанции мог снизить неустойку по статье 333 ГК РФ. Целый ряд дел, рассмотренных Президиумом Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, иллюстрирует постулат о том, что суд имеет полное право уменьшить неустойку на стадии апелляции, кассации и даже надзора⁴⁷. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации много раз в своей практике как возвращал дела на новое рассмотрение с указанием о необходимости изучить вопрос о снижении неустойки по статье 333 ГК, так и сам непосредственно в стадии надзорного рассмотрения уменьшал сумму неустойки.

Некоторые авторы назвали такое решение теоретически и практически вполне оправданным, особенно в российских условиях⁴⁸, в том числе В.В. Витрянский, аргументировавший свою позицию чрезвычайно низким уровнем договоров, заключаемых участниками имущественного оборота, и стремлением обеспечить принятие арбитражными судами не только законных, но и справедливых решений⁴⁹.

Однако в значительно большей степени такой подход вызвал критику, причем очень жесткую. Нередко сложившуюся практику характеризовали как прямо противоречащую закону. Так, по мнению Л. Чичеровой⁵⁰, статья 333 ГК РФ и сложившаяся практика ее приме-

нения, прежде всего противоречит принципу свободы договора (статья 421 ГК РФ), который предполагает, что стороны сами вырабатывают условия договора, в том числе согласовывают размер неустойки, чтобы она надлежащим образом могла побудить должника к надлежащему исполнению своих обязанностей. На момент заключения договора должник выразил согласие на установленный в договоре размер неустойки. Статья 450 ГК РФ устанавливает, что изменение договора возможно по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК РФ, другими законами или договором. По требованию же одной из сторон договор может быть изменен по решению суда в случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором. Ни одной нормой права не установлено право суда изменить условия договора по своей инициативе, однако при снижении судом размера неустойки по собственному усмотрению именно так и происходит.

Абсолютно солидарен с такой позицией и Б.М. Гонгалов⁵¹, также апеллирующей к положениям статьи 421 ГК РФ. Единственное исключение из принципа свободы договора, пишет он, установлено этой же нормой (в пункте 4 статьи 421 ГК РФ): усмотрение ограничивается, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами. Договорная неустойка устанавливается по соглашению сторон, и, естественно, ее размер, порядок исчисления, условия применения и т.п. определяются исключительно по их усмотрению.

Конечно, всегда существует определенная зависимость права в целом и его отдельных институтов от общего состояния экономических отношений, существующих в государстве. Такая зависимость существует и в отношении характера неустойки. Поэтому можно предположить, что с развитием в нашей стране рыночной экономики, укреплением договорной дисциплины параллельно должен развиваться и институт неустойки, корректироваться практика его применения.

И соответствующие изменения произошли, причем кардинальные, и именно на уровне судебно-арбитражной практики. Последнее неудивительно, принимая во внимание то обстоятельство, что законодательное регулирование неустойки все же очень лаконично. Изначально сложилось, что основные критерии и условия применения статьи 333 ГК РФ были выработаны именно судами.

В постановлении Президиума от 13.01.2011 №11680/10 по делу №А41-13284/09 Высший Арбитражный Суд Российской Федерации указал, что, учитывая компенсационный характер гражданско-правовой ответствен-

04 – отказал в удовлетворении кассационной жалобы в связи с тем, что в суде первой инстанции ответчик такого ходатайства не заявил. Последнюю позицию поддержал и ФАС Центрального округа в постановлении от 24.05.2002 №А14-7216-01/285/17, ФАС Восточно-Сибирского округа в постановлении от 25.06.1996 №12/6. Весьма нестабильна долгое время оставалась и практика ФАС Северо-Кавказского округа, о чем свидетельствуют постановления от 22.03.1999 №Ф08-375/99, от 20.03.2001 №Ф08-327/2001, от 08.11.2006 №Ф08-5646/2006. // Там же.

⁴⁶ См., напр.: постановления Президиума ВАС РФ от 24.03.1998 №5801/97; от 08.07.1997 №1775/97; от 22.09.1998 №2191/98. // Там же.

⁴⁷ См. постановления Президиума ВАС РФ от 24.10.1995 №5724/95; от 05.11.1996 №1951/96; от 01.04.1997 №5407/96; от 28.04.1998 №2784/97; от 19.01.1999 №532/97 и др. // Там же.

⁴⁸ Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 191.

⁴⁹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 394, 544.

⁵⁰ Чичерова Л. Указ. соч. С. 5

⁵¹ Гонгалов Б.М. Указ. соч. С.251.

ности, под соразмерностью суммы неустойки последствиям нарушения обязательства, Гражданский кодекс Российской Федерации предполагает выплату кредитором такой компенсации его потерь, которая будет адекватна и соразмерна с нарушенным интересом. Снижение неустойки судом возможно только в одном случае – в случае явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения права. Иные фактические обстоятельства (финансовые трудности должника, его тяжелое экономическое положение и т.п.) не могут быть рассмотрены судом в качестве таких оснований.

В этом постановлении ставка рефинансирования Центрального банка Российской Федерации определена как наименьший размер платы за пользование денежными средствами в российской экономике, и уменьшение неустойки ниже ставки рефинансирования ограничено чрезвычайными случаями.

Дальнейшее закрепление наметившейся тенденции произведено в постановлении Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 22.12.2011 №81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление №81).

С учетом обозначенных ранее основных спорных моментов при применении статьи 333 ГК РФ, положения Постановления №81 можно сгруппировать следующим образом:

- соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается;
- исходя из принципа осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе (статья 1 ГК РФ) неустойка может быть снижена судом на основании статьи 333 этого Кодекса только при наличии соответствующего заявления со стороны ответчика;
- заявление ответчика о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства может быть сделано исключительно при рассмотрении судом дела по правилам суда первой инстанции;
- суд апелляционной инстанции по жалобе соответствующей стороны решает вопрос о соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, только в случае, если ответчик при рассмотрении судом дела по правилам суда первой инстанции заявил о явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства и представил соответствующие доказательства, однако суд первой инстанции ее размер не снизил либо снизил, но истец или ответчик не согласен с суммой неустойки, взысканной судом;
- у суда кассационной инстанции отсутствует право снизить размер взысканной неустойки или увеличить размер сниженной судом на основании статьи

333 ГК РФ по мотиву несоответствия ее последствиям нарушения обязательства, а равно отменить или изменить решение суда первой инстанции или постановление суда апелляционной инстанции в части снижения неустойки с направлением дела на новое рассмотрение в соответствующий арбитражный суд, поскольку определение судом конкретного размера неустойки не является выводом о применении нормы права (часть 3 статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации; далее – АПК РФ).

В тоже время суду кассационной инстанции предоставлено право по жалобе кредитора довызыскать неустойку, если она была снижена судом по собственной инициативе в отсутствие соответствующего заявления, сделанного ответчиком при рассмотрении дела по правилам суда первой инстанции, либо ниже однократной учетной ставки Банка России (за исключением случая, предусмотренного абзацем третьим пункта 2 настоящего постановления), ввиду неправильного применения судом первой или апелляционной инстанции нормы статьи 333 ГК РФ (пункт 2 части 1 статьи 287 АПК РФ);

- обязанность доказать явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства возложена на ответчика. В качестве одного из возможных аргументов с его стороны назван возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, – в случае, если его размер значительно ниже начисленной неустойки. Кредитор, в свою очередь, для опровержения такого заявления вправе представить доводы, подтверждающие соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства. Поскольку в силу пункта 1 статьи 330 ГК РФ по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, он может в опровержение заявления ответчика о снижении неустойки представить доказательства, свидетельствующие о том, какие последствия имеют подобные нарушения обязательства для кредитора, действующего в гражданском обороте разумно и осмотрительно при сравнимых обстоятельствах, в том числе основанные на средних показателях по рынку (изменение процентных ставок по кредитам или рыночных цен на определенные виды товаров в соответствующий период, колебания валютных курсов и т.д.).
- доводы ответчика о невозможности исполнения обязательства вследствие тяжелого финансового положения; о неисполнении обязательств контрагентами; о наличии задолженности перед другими кредиторами; о наложении ареста на денежные средства или иное имущество ответчика; о непос-

туплении денежных средств из бюджета; о добровольном погашении долга полностью или в части на день рассмотрения спора; о выполнении ответчиком социально значимых функций; о наличии у должника обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами (например, процентов по договору займа) сами по себе не могут служить основанием для снижения неустойки на основании статьи 333 ГК РФ;

- разрешая вопрос о соразмерности неустойки последствиям нарушения денежного обязательства и с этой целью определяя величину, достаточную для компенсации потерь кредитора, суды могут исходить из двукратной учетной ставки (ставок) Банка России, существовавшей в период такого нарушения. Вместе с тем для обоснования иной величины неустойки, соразмерной последствиям нарушения обязательства, каждая из сторон вправе представить доказательства того, что средний размер платы по краткосрочным кредитам на пополнение оборотных средств, выдаваемым кредитными организациями субъектам предпринимательской деятельности в месте нахождения должника в период нарушения обязательства, выше или ниже двукратной учетной ставки Банка России, существовавшей в тот же период. Снижение судом неустойки ниже определенного таким образом размера допускается в исключительных случаях, при этом присужденная денежная сумма не может быть меньше той, которая была бы начислена на сумму долга исходя из однократной учетной ставки Банка России;
- снижение неустойки ниже однократной учетной ставки Банка России на основании соответствующего заявления ответчика допускается лишь в экстраординарных случаях, когда убытки кредитора компенсируются за счет того, что размер платы за пользование денежными средствами, предусмотренный условиями обязательства (заем, кредит, коммерческий кредит), значительно превышает обычно взимаемые в подобных обстоятельствах проценты.

Кроме того, в Постановлении №81 установлено, что если кредитором заявлены требования о взыскании неустойки, установленной договором в виде сочетания штрафа и пеней за одно нарушение, а должник просит снизить ее размер на основании статьи 333 ГК РФ, суд рассматривает вопрос о соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательств, исходя из общей суммы штрафа и пеней. Изложенное вполне согласуется с высказанными нами в пункте 2 настоящей статьи суждениями о штрафной неустойке.

Что интересно, несколько лет назад, при рассмотрении дела в Европейском суде по правам человека по делу компания «Интерсплав» против Украины от 09.01.2007 №803/02 суд указал, что самостоятельное произвольное уменьшение размера ответственности должника, в том числе государства в пользу кредитора, по решению суда противоречит принципу невмешательства кого-либо в частные дела и свободе договора, когда стороны устанавливают размер ответственности, которая также служит гарантией кредитора о том, что обязательство должником будет исполнено. Такое произвольное уменьшение судом размера ответственности государства, повторяющееся в судебных постановлениях по требованию кредитора, по мнению Суда, нарушает статью 1 Протокола №1 от 20.03.1952 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁵². По мнению Европейского суда по правам человека, обязанность должника оплатить неустойку или проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами порождает право собственности у кредитора на эти денежные средства и произвольное уменьшение судом неустойки является не чем иным, как лишением имущества, не предусмотренным напрямую законом или принципом международного права.

Возможно, приведенное решение Европейского суда по правам человека было учтено Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации при формировании новой правовой позиции по рассматриваемым вопросам⁵³.

Из приведенных положений Постановления №81, на наш взгляд, можно сделать следующие выводы:

- Высший Арбитражный Суд Российской Федерации разрешил многие спорные вопросы, имевшие место в правоприменительной практике. При этом, фактически учтены негативные оценки ранее существовавших подходов;
- полномочия судов «приведены в соответствие» с положениями Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации – частью 7 статьи 268,

⁵² Цитата по Гунько Е.В.. Изменение судебной практики под влиянием правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросу исчисления неустойки и процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами // Бюллетень нотариальной практики. 2010. №3. С. 36 - 40.

⁵³ Примечательно, что при рассмотрении схожего дела более ста лет назад в Сенате представители последнего указали, что «неустоечное соглашение не может быть произвольно изменено судом, а только в тех случаях, когда условия его являются кабальными для одной из сторон», так как «роль суда – в применении согласованных сторонами правил с учетом их непротиворечивости нормам закона». См. Законы гражданские. Свод законов Российской империи. Т. 10. Ч. 1, с объяснениями по решениям Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената / Сост. А. Боровиковский. СПб., 1892. С. 653.

статьями 286, 287 АПК РФ, определяющими круг полномочий судов апелляционной и кассационной инстанций, статьями 9 и 65 АПК РФ, устанавливающими (соответственно) правила о состязательности процесса и о распределении бремени доказывания по делу.

Следует отметить, что такая тенденция была замечена двумя годами ранее: в абзаце шестом пункта 25 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 №36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» установлено, что поскольку согласно части 7 статьи 268 АПК РФ новые требования, которые не были предметом рассмотрения в суде первой инстанции, не принимаются и не рассматриваются судом апелляционной инстанции, то не могут быть приняты и рассмотрены требования о снижении размера пеней, неустойки, штрафа, которые не были заявлены в суде первой инстанции;

- критерии определения несоразмерности, наработанные ранее, безусловно, не будут просто отброшены; часть из них – например, о соотношении размера неустойки со ставкой рефинансирования, с суммой возможных убытков, конкретизированы и прямо закреплены в Постановлении №81.

Одновременно судам предписано предъявлять большие требования к самим участникам спора, «качеству доказывания», что полностью соответствует статье 65 АПК РФ, устанавливающей обязанность каждого лица, участвующего в деле, доказывать те обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Своевременны ли изменения, внесенные Постановлением №81? Представляется, что да. Конечно, утверждать, что проблемы «раннего капитализма» в виде абсолютно несоразмерных сумм неустоек полностью отошли в прошлое, нельзя. Однако участники хозяйственного оборота имели достаточно времени, чтобы «освоиться», научиться уже на стадии заключения договора и определении его условий заботиться о его дальнейшем исполнении (неисполнении) принятого на себя обязательства. В противном случае, сходят практически на нет обе стороны неустойки – и как обеспечительной меры и как вида ответственности. Позиция должника «ну и что, что неустойка, суд ее все равно снизит» также ни в коей мере не способствует ни формированию стабильного гражданского оборота, ни стремления к надлежащему исполнению обязательства, ни правовой культуры. Принцип уменьшения ответственности «в любом случае» потакает должникам, провоцирует их

нарушать договоры и препятствует становлению здоровой договорной дисциплины в экономике.

Возможно, предложенные судебной практикой изменения найдут свое отражение и на законодательном уровне: в Проекте изменений в ГК РФ в абзац первый статьи 333 ГК РФ изложен в следующей редакции «Если подлежащая уплате неустойка несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе *по заявлению должника* уменьшить неустойку»⁵⁴.

5. В продолжение рассмотренного в предыдущем пункте вопроса хотелось бы выделить вопрос о возможности снижения законной неустойки.

Законная неустойка является публично-правовым элементом гражданского права, что делает ее не очень гибким обеспечительным механизмом по сравнению с договорной неустойкой, механизмом, который не способен (в том числе вследствие указанных признаков законной неустойки) учитывать все особенности каждого конкретного правоотношения и в силу этого зачастую не может быть адекватным средством защиты прав кредитора. Действующее законодательство предусматривает достаточно обширный перечень различных законных неустоек⁵⁵.

Статья 333 ГК РФ, говоря о возможности снижения неустойки, не конкретизирует, о каком из двух видов неустойки идет речь – законной или договорной, из чего напрашивается вывод о том, что снижению подлежит и та, и другая неустойка, если только ее размер действительно явно несоразмерен последствиям нарушения.

У данной точки зрения есть и противники, которые ставят под сомнение возможность снижения законной неустойки на том основании, что, раз величина неустойки закреплена в законе, значит, она никак не может быть завышенной, чрезмерной или несоразмерной.

⁵⁴ <http://www.arbitr.ru/vas/proj/>. Дата обращения 18.07.2012.

⁵⁵ Так, положения о законной неустойке содержатся в статье 13 ФЗ от 23.11.2009 №261-ФЗ «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», статье 9 ФЗ от 21.07.2005 №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», статьях 6 и 32 ФЗ от 30.12.2004 №215-ФЗ «О жилищных накопительных кооперативах», статье 9 ФЗ от 30.06.2003 №87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», статье 20 ФЗ от 21.12.2001 №178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», статье 30.2 Земельного кодекса Российской Федерации, статье 34 ФЗ от 17.07.1999 №176-ФЗ «О почтовой связи», статье 115 Семейного кодекса Российской Федерации, статье 16 ФЗ от 29.12.1994 №79-ФЗ «О государственном материальном резерве», статьях 23, 23.1, 28, 30 и 31 Закона РФ от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей» и др. // СПС «КонсультантПлюс».

В частности, Богачева Т. утверждает, что возможно снижение как законной, так и договорной неустойки⁵⁶. Поддерживает ее Гришин Д.А. и целый ряд других авторов⁵⁷.

Профессор Э.П. Гаврилов, полемизируя с Т. Богачевой, считает, что возможность снижения и законной неустойки на основании статьи 333 ГК РФ «противоречит логике»⁵⁸.

Позволим себе не согласиться с глубокоуважаемым автором. И прежде всего по тому основанию, что сам институт возможности снижения неустойки исходит из необходимости оценивать ее соразмерности, причем с учетом уже имевших место последствий. Размер неустойки, который казался вполне разумным при его включении в договор, может с учетом конкретных обстоятельств и последствий нарушения оказаться либо крайне завышенным, либо абсолютно недостаточным. Нет оснований не применить это и к законной неустойке. Уже ставшим практически «классическим» пример – это неустойка, которая была установлена пунктом 3 статьи 5 Федерального закона от 13.12.1994 №60-ФЗ «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»: за недопоставку товара по такому договору размер штрафной (да, именно штрафной!) неустойки составлял 50% от суммы недопоставленного товара. Требование соразмерности и общее правило о недопущении обогащения кредитора за счет должника здесь применимы и более чем целесообразны.

В одном из постановлений ФАС Северо-Западного округа указал, что законная неустойка не может быть уменьшена в соответствии со статьей 333 ГК РФ, поскольку законодатель положением пункта 2 статьи 332 ГК РФ закрепил возможность изменения неустойки только в сторону ее увеличения⁵⁹. Бевзенко Р.С., комментируя выводы суда, назвал такой подход «грубейшей ошибкой», поскольку суть запрета, установленного пунктом 2 статьи 332 ГК РФ, заключается в том, что стороны не могут договором снизить размер законной неустойки. Эта норма, указывает Бевзенко Р.С., не распространяется на

суд, который в рамках статьи 333 ГК РФ может снижать не только договорные, но и законные неустойки⁶⁰.

Позиции высших судов в этом вопросе изначально совпадали: статья 333 ГК РФ подлежит применению и к законной неустойке. Так, в одном из своих определений Конституционный Суд Российской Федерации дал свою оценку такой позиции, разъяснив, что закрепление за судами права снижать законные неустойки вполне соответствует Конституции Российской Федерации. Аналогичный подход был неоднократно озвучен и Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации⁶¹.

6. Соотношение статей 333 и 404 ГК РФ.

Положение специальной нормы (статья 333 ГК РФ) устанавливает основания для снижения неустойки. Мы выше рассмотрели его особенности, но повторимся: основным – требованием в этом случае является наличие явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства.

Окончательную точку в споре (как мы надеемся) поставит Постановление №81, где указано, что содержащиеся в данном постановлении разъяснения о снижении неустойки на основании статьи 333 ГК РФ применяются и в случаях, когда неустойка определена законом (в частности, положениями Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации, статьей 16 ФЗ «О государственном материальном резерве», статьей 9 ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»).

Одним из обстоятельств, ведущих к снижению судом размера присуждаемых убытков, является вина кредитора. Общее правило по этому вопросу содержит статья 404 ГК РФ, согласно которой суд вправе уменьшить размер ответственности должника, если неисполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, а так же если кредитор виновно содействовал увеличению размера убытков либо не принял разумных мер к их уменьшению. Данное правило действует и в тех случаях, когда должник отвечает независимо от своей вины.

Поскольку мы характеризуем неустойку как меру ответственности, положения статьи 404 ГК РФ вполне применимы и в этом случае.

⁵⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского. М.: Юрист, 2005. С. 694.

⁵⁷ Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. М.: Статут, 2005. С. 90.

⁵⁸ Гаврилов Э.П. Указ. соч. С. 24. Правило возможности уменьшения судом размера только в отношении договорной неустойки ряд авторов даже предлагают закрепить в законе. См. например: Проект концепции совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2009. №3. С. 31.

⁵⁹ См. постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.06.2006 №А56-33629/2005. // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁰ См. подробнее. Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой/под общ. ред. В.А. Белова. С. 801.

⁶¹ См. определение КС РФ от 22.01.2004 №13-О, постановление Президиума ВАС РФ от 24.06.1997 №250/97, определения ВАС РФ от 11.04.2008 №3344/08 по делу №А56-48883/2005, от 25.10.2007 №13868/07 по делу №А61-1786/06-10, от 03.10.2008 №12088/08 по делу №А53-9785/2007-С4-19 // СПС «КонсультантПлюс».

Периодически можно встретить судебные акты, где происходит своеобразное «смещение» этих механизмов «облегчения» бремени ответственности должника, подмена одного института другим. Суды снижают размер неустойки на основании статьи 333 ГК РФ, приняв во внимание наличие вины кредитора, например, длительность периода просрочки, вызванный тем, что кредитор, долгое время не предъявляя иска о взыскании долга в суд, сам способствовал увеличению своих убытков и необоснованному увеличению объема начисляемых санкций⁶².

И это происходит несмотря на наличие четко и неоднократно обозначенной позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. В пункте 6 Информационного письма Президиума от 14.07.1997 №17, постановление Президиума от 31.05.2005 №16697/04 и, наконец, в Постановлении №81 (пункт 10) указано, что действия кредитора, способствовавшие увеличению размера ответственности, не могут служить основанием для применения статьи 333 ГК: для этого случая имеется специальная норма – статья 404 ГК РФ «Вина кредитора».

Позиция судов, «избегающих» применение статьи 404 ГК РФ, вполне объяснима: названная норма непроста в применении. Здесь принято выделять целый ряд «проблем» – это и установление вины как таковой (ведь уменьшение ответственности связано именно с виной кредитора!), и определение в какой степени поведение каждой из сторон повлияло на итоговый неблагоприятный результат и формирование конечного размера взыскания. Кроме того, подлежат исследованию и такие критерии как принятие кредитором разумных мер к

уменьшению ущерба. Правовая конструкция статьи 404 ГК РФ пронизана в наибольшей степени процессуальным «духом», поскольку вопрос об установлении вины – это прежде всего вопрос суда, который в силу статьи 71 АПК оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем полном и объективном исследовании имеющихся в деле доказательств. Но вина и процесс ее доказывания на практике представляются весьма сложным делом.

Можно встретить суждение о том, что когда действия кредитора подпадают под регулирование статьи 404 ГК РФ, в практическом плане «нет ничего «криминального» в совместном применении статей 333 и 404 ГК РФ, когда кредитор на самом деле способствовал увеличению своих убытков ... Снижение гипотетически подлежащих взысканию с должника убытков не может не сказаться на вопросе соразмерности неустойки»⁶³. То есть, поскольку уменьшать все равно надо, то по сути не важно, по какому основанию.

Такой подход представляется неверным. И дело не только в том, что он «обедняет» институт статьи 404 ГК РФ в таких правоотношениях. При применении судом правил статьи 404 ГК РФ критерием уменьшения суммы неустойки будет уже не ее явная несоразмерность последствиям нарушения обязательства, как гласит статья 333 ГК РФ (и иного эта норма не требует), а наличие вины кредитора в нарушении обязательства, повлекшем начисление неустойки. Правовая оценка взаимоотношений сторон становится в этом случае более сложной, но соответствует требованиям закона и позволяет достигать разумного и справедливого распределения имущественных потерь между спорящими сторонами⁶⁴.

Библиография

1. Артеменко М.С. Роль неустойки в обеспечении исполнения планово-договорных обязательств в новых условиях хозяйствования. М., 1986.
2. Барсегян Т.К. Неустойка как мера ответственности. Юрист. 2006, №7.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003.
4. Вятчин В.А. О некоторых проблемах и роли неустойки в условиях свободы договора // Вестник ВАС РФ. 2002. №3.
5. Гаврилов Э.П. Некоторые предложения по совершенствованию раздела III ГК РФ «Общая часть обязательственного права» // Хозяйство и право. 2009. №6. С. 20 - 25.

⁶² См. например, постановления ФАС Московского округа от 11.09.2002 №КГ-А40/5926-02; от 24.12.2001 №КГ-А40/7578-01; ФАС Западно-Сибирского округа от 24.11.2003 №Ф04/5866-1960/А45-2003, ФАС Поволжского округа от 21.08.2007 №А12-6119/05; постановление Президиума ВАС РФ от 19.05.1998 №7770/97 и др. // Там же.

⁶³ Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 250

⁶⁴ О.Н. Садиков. Ограничение ответственности должника по решению суда. Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / сост. е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. М.: Статут, 2008. С. 180.

6. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. 222 с.
7. Горлач М.Ю. Реализация юридической ответственности: вопросы теории и практики: Монография. Орел: Орловский юридический институт МВД РФ, 2003.
8. Гришин Д.А. Неустойка: современная теория // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 2 / Под ред. М.И. Брагинского. М., 2000.
9. Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. М.: Статут, 2005. 172 с.
10. Гражданское право Общая часть: Учебник: в 4 т. / В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев и др.; под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т. 1.
11. Гражданское право. Т. 1 // Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ТК «Велби»; Проспект, 2003.
12. Гунько Е.В. Изменение судебной практики под влиянием правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросу исчисления неустойки и процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами // Бюллетень нотариальной практики. 2010. №3. С. 36 - 40.
13. Ерахтина О.С. Основные проблемы правового регулирования института неустойки // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. №8. С. 65 - 72.
14. Законы гражданские. Свод законов Российской империи. Т. 10. Ч. 1, с объяснениями по решениям Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената // Сост. А. Боровиковский. СПб., 1892.
15. Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005. 286 с.
16. Киричук А.А. Гражданско-правовая ответственность как средство стимулирования реального исполнения договорных обязательств по потребительскому кредитованию. Подготовлен для системы КонсультантПлюс. // СПС КонсультантПлюс. 2011.
17. Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 127. См. также: Слесарев В.Л. Экономические санкции в советском гражданском праве. Красноярск, 1989.
18. Садиков О.Н. Ограничение ответственности должника по решению суда. Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шиловост. М.: Статут, 2008. 350 с.
19. Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой/под общ. Ред. В.А. Белова.- 2-е изд., перераб. и доп. – М.Юрайт-Издат., 2011. 1301с.
20. Проект концепции совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2009. №3.
21. Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» Версия 4012.00.08. Сборка 59108. Доступ через лицензированного пользователя Федеральный Арбитражный суд Северо-Западного округа.
22. Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997.
23. Чичерова Л. Неустойка в гражданском обороте и судебной практике «Арбитражный и гражданский процесс», 2007, №5.

References (transliteration)

1. Artemenko M.S. Rol' neustoyki v obespechenii ispolneniya planovo-dogovornykh obyazatel'stv v novykh usloviyakh khozyaystvovaniya. M., 1986.
2. Barsegyan T.K. Neustoyka kak mera otvetstvennosti. Yurist. 2006, №7.
3. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. Dogovornoe pravo. Kniga pervaya. Obshchie polozheniya. M., 2003.
4. Vyatchin V.A. O nekotorykh problemakh i roli neustoyki v usloviyakh svobody dogovora // Vestnik VAS RF. 2002. №3.
5. Gavrilov E.P. Nekotorye predlozheniya po sovershenstvovaniyu razdela III GK RF «Obshchaya chast' obyazatel'stvennogo prava» // Khozyaystvo i pravo. 2009. №6. S. 20 - 25.
6. Gongalo B.M. Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv. Voprosy teorii i praktiki. M.: Statut, 2004. 222 s.
7. Gorlach M.Yu. Realizatsiya yuridicheskoy otvetstvennosti: voprosy teorii i praktiki: Monografiya. Orel: Orlovskiy yuridicheskiy institut MVD RF, 2003.
8. Grishin D.A. Neustoyka: sovremennaya teoriya // Aktual'nye problemy grazhdanskogo prava. Vyp. 2 / Pod red. M.I. Braginskogo. M., 2000.
9. Grishin D.A. Neustoyka: teoriya, praktika, zakonodatel'stvo. M.: Statut, 2005. 172 s.

10. Gun'ko E.V. Izmenenie sudebnoy praktiki pod vliyaniem pravovykh pozitsiy Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF po voprosu ischisleniya neustoyki i protsentov za nepravomernoe pol'zovanie chuzhimi denezhnymi sredstvami // Byulleten' notarial'noy praktiki. 2010. №3. S. 36 - 40.
11. Erakhtina O.S. Osnovnye problemy pravovogo regulirovaniya instituta neustoyki // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2011. №8. S. 65 - 72.
12. Karapetov A.G. Neustoyka kak sredstvo zashchity prav kreditora v rossiyskom i zarubezhnom prave. M.: Statut, 2005. 286 s.
13. Kirichuk A.A. Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' kak sredstvo stimulirovaniya real'nogo ispolneniya dogovornykh obyazatel'stv po potrebitel'skomu kreditovaniyu. Podgotovlen dlya sistemy Konsul'tantPlyus. // SPS Konsul'tantPlyus. 2011.
14. Raykher V.K. Pravovye voprosy dogovornoy distsipliny v SSSR. L.: Izd-vo LGU, 1958. S. 127.
15. Slesarev V.L. Ekonomicheskie sanktsii v sovetskom grazhdanskom prave. Krasnoyarsk, 1989.
16. Sadikov O.N. Ogranichenie otvetstvennosti dolzhnika po resheniyu suda. Aktual'nye voprosy rossiyskogo chastnogo prava: Sbornik statey, posvyashchenny 80-letiyu so dnya rozhdeniya professora V.A. Dozortseva / sost. E.A. Pavlova, O.Yu. Shilokhvost. M.: Statut, 2008. 350 s.
17. V.A. Belov. Praktika primeneniya Grazhdanskogo kodeksa RF chasti pervoy/pod obshch. - 2-e izd., pererab. i dop. – M.Yurayt-Izdat., 2011. 1301s.
18. Khokhlov V.A. Otvetstvennost' za narushenie dogovora po grazhdanskomu pravu. Tol'yatti, 1997.
19. Chicherova L. Neustoyka v grazhdanskom oborote i sudebnoy praktike «Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess», 2007, №5.