

**Выводы по Второму вопросу о договорной неустойке в деле № 5Е-17-122****ВЫВОДЫ ПО СУЩЕСТВУ СПОРА**

1. Прежде чем рассматривать по существу требования Истца, Третейский суд считает целесообразным дать оценку позициям спорящих сторон, высказанным ими в процессуальных документах и в ходе устных слушаний по правовым вопросам, которые определяют наличие или отсутствие правовых оснований для удовлетворения заявленных Истцом исковых требований. Поскольку большинство вышеназванных вопросов были подняты Ответчиком в Отзыве на исковое заявление, Третейский суд полагает уместным построить свой правовой анализ на основе возражений, заявленных Ответчиком по существу спора.

**ВЫВОДЫ ПО ВТОРОМУ ВОПРОСУ О ДОГОВОРНОЙ НЕУСТОЙКЕ****Несправедливый характер неустойки**

2. Исходя из того, что Договор был заключен по итогам открытого конкурса, проведенного Истцом в рамках Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» от 18.07.2011 № 223-ФЗ (далее – Закон № 223), размер неустойки, по мнению Ответчика, был установлен единоличным решением Истца без участия Ответчика в обсуждении соответствующих условий Договора. Ответчик ссылается на следующие факты, подтверждающие отсутствие у него возможности повлиять на установление размера неустойки за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств по Договору: включение Договора в состав конкурсной документации, обязанность Ответчика подписать Договор на условиях конкурсной документации, если его признавали победителем торгов, наличие у Истца права принудить Ответчика к подписанию Договора в случае уклонения последнего от совершения данного действия и включения Ответчика в реестр недобросовестных поставщиков.
3. Ответчик считает, что начисление неустойки исходя из общей суммы Договора носит несправедливый характер, ухудшающий положение Ответчика в Договоре, и является злоупотреблением правом. Руководствуясь п. 4 ст. 1, ст. 10, п. 2 ст. 428 ГК, а также п. 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014 № 16 (далее – Постановление Пленума ВАС № 16), Ответчик считает недопустимым начисление неустойки исходя из общей суммы Договора. По его мнению, неустойка должна быть рассчитана исходя из стоимости просроченных обязательств («неисполненных обязательств»).
4. Истец не согласен с Ответчиком в том, что начисление неустойки исходя из общей суммы Договора носит несправедливый характер, так как Ответчик имел возможность

заявить о своих разногласиях и оформить их протоколом, однако данные действия не были им совершены при заключении Договора.

5. Изучив позиции спорящих сторон по признанию неустойки, рассчитанной исходя из общей суммы Договора, в качестве несправедливого условия Договора, Третьейский суд пришел к следующим выводам.
6. В соответствии с п. 9 Постановления Пленума ВАС № 16 в тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора) суд вправе применить к такому договору положения п. 2 ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента. Исходя из смысла приведенного пункта Ответчик должен доказать, что при заключении Договора в рамках Закона № 223 он был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания условий Договора о начислении неустойки за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств.
7. На момент рассмотрения настоящего спора сложившаяся судебная практика не выработала единого подхода к правовой оценке обстоятельств, возникающих при заключении сторонами договоров в рамках Закона № 223. Ряд судебных решений поддерживают заявление ответчика о том, что он был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания договорного условия о начислении неустойки в силу самого факта осуществления заказчиком закупки товаров, работ, услуг в соответствии с Законом № 223 (см.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 01.09.2017 по делу № А73-15641/2016; Постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.02.2017 по делу № А56-22118/2016, от 03.06.2016 по делу № А56-52885/2015). Некоторые из перечисленных судебных актов содержат ссылку на Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.07.2014 № 5467/14 (далее – Постановление Президиума ВАС № 5467), которое было вынесено по спору, связанному с заключением государственных (муниципальных) контрактов в рамках Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» от 21.07.2005 № 94-ФЗ (далее – Закон № 94). Вывод Президиума ВАС о недопустимости начисления неустойки основан на том, что Закон № 94 состоит из норм императивного характера, ограничивающих свободу усмотрения сторон, в частности: права участника торгов заявить о своих разногласиях к проекту контракта только в отношении тех его положений, которые не соответствовали извещению о проведении открытого аукциона в электронной форме, документации об этом аукционе и заявке на участие в нем самого участника, запрета на переговоры между участником размещения заказа и заказчиком, возможность включения исполнителей в реестр недобросовестных поставщиков, наличие у

заказчика публично-правового механизма воздействия на исполнителя. Ряд судебных решений указывают на правомерность использования вышеназванных выводов только в отношении государственных и муниципальных контрактов и недопустимость их использования при рассмотрении спора, связанного с заключением договора в рамках Закона № 223: (см.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 25.09.2015 № Ф03-3756/2015 по делу № А51-34808/2014; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 08.12.2016 № Ф09-9900/16 по делу № А76-6546/2016). В ряде судебных решений опровергнуто заявление ответчика о том, что он был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания договорного условия о начислении неустойки при заключении договора в рамках Закона № 223 (см.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.09.2017 по делу № А67-34/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.01.2017 по делу № А А63-6281/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.09.2015 по делу № А32-5553/2015).

8. В отношении настоящего спора доводы Ответчика в том, что начисление неустойки исходя из общей суммы Договора носит несправедливый характер, могут быть приняты Третьей Судом, если Ответчик предоставит доказательства того, что при заключении Договора он был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания условий Договора о начислении неустойки за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств.
9. Что же касается позиции Ответчика о том, что неустойка должна быть рассчитана исходя из стоимости просроченных обязательств, а не общей суммы Договора, данный подход, по мнению Третьей Судом, не может быть применим в отрыве от решения вопроса о несправедливом характере неустойки. Кроме того, вывод о неправомерности начисления неустойки исходя из общей суммы договора, был сделан Президиумом ВАС на основе правового анализа всех фактических обстоятельств, возникших при заключении государственного контракта и описанных в Постановлении Президиума ВАС № 5467. Таким образом, решение о том, что начисление неустойки на общую сумму договора без учета надлежащего исполнения части работ противоречит принципу юридического равенства, предусмотренному п. 1 ст. 1 ГК РФ, создает преимущественные условия кредитору путем предоставления компенсации не только за просроченное обязательство, но и за своевременно выполненные работы, должно быть принято Судом исходя из обстоятельств по каждому конкретному делу. Как показывает сложившаяся судебная практика, в некоторых случаях Суды могут принять такое решение (см.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 01.09.2017 по делу № А73-15641/2016; Постановления Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.02.2017 по делу № А56-22118/2016, от 03.06.2016 по делу № А56-52885/2015; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.09.2016 № Ф10-2974/2016 по делу № А08-8100/2015), в некоторых – нет (см.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 05.09.2017 по делу № А67-34/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.01.2017 по делу

№ А63-6281/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.09.2015 г. по делу № А32-5553/2015).

10. Третейский суд считает, что изменение несправедливого договорного условия о неустойке не должно нарушать принцип свободы договора, а именно свободное волеизъявление сторон об определении критериев, используемых при исчислении неустойки. Несправедливый характер договорного условия о неустойке может проявиться только в результате сделанного расчета и только в отношении общей суммы неустойки, подлежащей взысканию с должника. Согласованная сторонами методика исчисления неустойки, размер процентной ставки, установление исходной суммы для расчета, сами по себе, не могут носить несправедливый характер, если не принимать во внимание последствия их применения – результат расчета неустойки. Таким образом, возражения Ответчика о несправедливом характере условия Договора о начислении неустойки за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств подлежат оценке Третейским судом с учетом общей суммы неустойки, начисленной Истцом за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств.

#### Соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств

11. Отзыв на Исковое заявление содержит ходатайство Ответчика об уменьшении неустойки на основании ст. 333 ГК РФ. По мнению Ответчика, заявленная к взысканию неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства и не содержит признаки компенсационного характера неустойки, а именно выплата кредитору такой компенсации его потерь, которая будет адекватна и соизмерима с нарушенным интересом, исключение возможности обогащения кредитора за счет должника и значительного превышения суммы неустойки над суммой возможных убытков, вызванных нарушением обязательств. В случае удовлетворения Исковых требований Ответчик просит Третейский суд уменьшить размер начисленной неустойки путем проведения расчета, основанного на применении ключевой ставки Банка России, действовавшей в течение просрочки Ответчиком выполнения обязательств по Договору за вычетом периода, по которому истек СИД.
12. Истец выразил несогласие с позицией Ответчика об уменьшении неустойки на основании ст. 333 ГК РФ. Размер неустойки, по мнению Истца, соразмерен последствиям нарушения обязательств Ответчиком, которые должны оцениваться с учетом стратегического значения компании Истца и ее деятельности для государства и общества в целом.
13. Изучив позиции спорящих сторон по ходатайству Ответчика об уменьшении неустойки на основании ст. 333 ГК РФ, Третейский суд пришел к следующим выводам.
14. Согласно п. 1 ст. 333 ГК РФ, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку.
15. Снижение размера неустойки на основании ст. 333 ГК РФ является правовым средством, которым законодатель наделил суд в целях недопущения явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства. При реализации

указанного права суд обязан установить баланс интересов сторон путем оценки применяемой к нарушителю меры ответственности и негативных последствий, возникших в результате ненадлежащего выполнения должником обязательства.

16. Применительно к компенсационному характеру гражданско-правовой ответственности, под соразмерностью суммы неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается выплата кредитору такой компенсации его потерь, которая адекватна и соизмерима с нарушенным интересом. При этом неустойка должна компенсировать потери кредитора за счет должника, а не служить его обогащению. Обеспечительная функция неустойки предполагает, что наложение штрафных санкций должно являться эффективным механизмом, стимулирующим должника к скорейшему и надлежащему выполнению своих обязательства.
17. Степень соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства является оценочной категорией, в силу чего только суд, к компетенции которого относится рассмотрение спора по существу, вправе дать оценку указанному критерию, исходя из своего внутреннего убеждения и с учетом конкретных обстоятельств конкретного дела и взаимоотношений сторон.
18. Высокий размер пени сам по себе не может служить основанием для снижения неустойки в порядке ст. 333 ГК РФ. Подтверждение данной позиции можно найти в судебной практике (см.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.05.2015 по делу № А56-29682/2014, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.06.2015 по делу № А40-63258/14).
19. При оценке соразмерности неустойки необходимо также учитывать принцип свободы договора, в соответствии с которым граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. При отсутствии доказательств о явном неравенстве переговорных возможностей Третейский суд не вправе делать вывод о том, что условия Договора о начислении неустойки за просрочку выполнения Ответчиком своих обязательств не соответствовало взаимной воле сторон и не отражало согласованный между ними поход в распределении договорных рисков.
20. По мнению Третейского суда, степень соразмерности заявленной Истцом неустойки последствиям нарушения договорных обязательств является оценочной категорией, в силу чего Третейский суд вправе дать оценку указанному критерию, исходя из своего внутреннего убеждения и обстоятельств конкретного дела.
21. Третейский суд считает, что одним из критериев для определения соразмерности неустойки может являться общая стоимость просроченных обязательств, в отношении которых начислена неустойка. Применимость данного критерия к каждому конкретному делу может быть опровергнута как кредитором, так и должником путем предоставления доказательств, подтверждающих обоснованность заявленной ими позиции. К примеру, в п. 74 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской

Федерации об ответственности за нарушение обязательств» от 24.03.2016 № 7 (далее – Постановление Пленума ВС № 7) вправе предоставлять доказательства того, какие последствия имеют подобные нарушения обязательств для кредитора, действующего при сравнимых обстоятельствах разумно и осмотрительно, например, указать на изменение средних показателей по рынку (процентных ставок по кредитам или рыночных цен на определенные виды товаров в соответствующий период, валютных курсов и.т.д. Также, в п. 75 Постановления Пленума ВС № 7 приведены некоторые доказательства обоснованности размера неустойки: данные о среднем размере платы по краткосрочным кредитам на пополнение оборотных средств, выдаваемым кредитными организациями лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, а также о показателях инфляции за соответствующий период. В случае непредставления сторонами доказательств, позволяющих определить соразмерность неустойки, Третейский суд вправе рассматривать общую стоимость просроченных обязательств в качестве верхнего предела, до которого начисляется сумма неустойки.

22. Кроме того, при определении соразмерности неустойки необходимо учитывать последующее поведение кредитора, которое может отражать заинтересованность последнего в обращении к договорным условиям о начислении неустойки и взыскании общей суммы неустойки исходя из согласованных сторонами процентных ставок. В частности, пропуск кредитором СИД без уважительной причины может свидетельствовать об отсутствии такой заинтересованности у кредитора и несоразмерности общей суммы начисленной неустойки последствиям, возникшим вследствие нарушения должником соответствующего договорного обязательства.
23. Также, в соответствии со ст. 404 ГК РФ, п. 81 Постановления Пленума ВС № 7 следует учитывать случаи, когда кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера неустойки, что является основанием для уменьшения размера ответственности должника и не исключает применение ст. 333 ГК РФ.