



ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННАЯ ПАЛАТА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ



CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY
OF THE RUSSIAN FEDERATION

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

COMMERCIAL ARBITRATION

*К 90-летию юбилею Международного коммерческого арбитражного суда
при Торгово-промышленной палате Российской Федерации*

*Commemorative Issue Marking the 90th Anniversary of the International Commercial
Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

№ 1(8) • 2022
ЯНВАРЬ – ИЮНЬ

№ 1(8) • 2022

ЯНВАРЬ – ИЮНЬ

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

№ 1(8) ЯНВАРЬ – ИЮНЬ 2022

No. 1(8) JANUARY – JUNE 2022

COMMERCIAL ARBITRATION

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

А.А. Костин (председатель)
 А.В. Асосков
 Н.А. Бабаджанян
 К.П. Бергер
 Н.Г. Вилкова
 Н.И. Гайдаенко Шер
 Д.Б. Дякин
 И.С. Зыкин
 О.М. Козырь
 А.С. Комаров
 Д.В. Маренков
 Д. Пелью
 Д.Н. Подшибякин
 М.Ю. Савранский
 Н.Г. Семилютина
 Р.М. Ходыкин
 В.В. Чубаров

EDITORIAL COUNCIL

Aleksey A. Kostin (Chairman)
 Anton V. Asoskov
 Norair A. Babadjanian
 Klaus Peter Berger
 Nina G. Vilkova
 Natalia I. Gaidaenko Schaer
 Dmitry B. Dyakin
 Ivan S. Zykin
 Oksana M. Kozyr
 Aleksander S. Komarov
 Dmitry V. Marenkov
 Dominic Pellew
 Dmitry N. Podshibyakin
 Mikhail Yu. Savransky
 Natalia G. Semilutina
 Roman M. Khodykin
 Vadim V. Chubarov

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

А.Н. Жильцов

EDITOR-IN-CHIEF

Aleksey N. Zhiltsov

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Д.Е. Баранов
 Д.Л. Давыденко
 М.М. Деменкова
 Д.И. Зенькович
 Р.И. Каримуллин
 Н.Л. Кузнецова
 А.А. Лобызов
 (ответственный секретарь)
 М.Н. Любимова
 М.В. Радецкая
 П.Дж. Салас
 Д.А. Хоцанов
 А.В. Шагалов

EDITORIAL BOARD

Dmitry Ye. Baranov
 Dmitry L. Davydenko
 Maria M. Demenkova
 Dmitry I. Zenkovich
 Rustem I. Karimullin
 Natalia L. Kuznetsova
 Aleksey A. Lobyzov
 (Executive Secretary)
 Maria N. Lubimova
 Maria V. Radetskaya
 Peter J. Sahlas
 Dmitry A. Khotsanov
 Anton V. Shagalov

УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ:
 Торгово-промышленная палата
 Российской Федерации

ESTABLISHED AND PUBLISHED BY
 The Chamber of Commerce and Industry
 of the Russian Federation

**О.К. Храпова,**

адвокат, руководитель АК «Сервис-нафта», третейский судья, заместитель председателя коллегии по спорам в сфере цифровой экономики Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей

Алгоритмы доказывания обоснованности снижения неустойки в международных предпринимательских отношениях в практике МКАС при ТПП РФ

В статье автором приведен анализ практики МКАС при ТПП РФ за 2015–2022 годы по разрешению споров между коммерческими организациями, связанных со взысканием неустойки и основания для ее снижения при применении российского материального права

Ключевые слова: неустойка, снижение, несоразмерность, добросовестность, практика МКАС при ТПП РФ.

После реформы обязательственного права в 2015 г. подход арбитров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) к снижению неустойки по заявлению должника изменился.

Так, после 1 июня 2015 г. арбитрами было отказано в снижении неустойки на основании норм Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) более чем в 90% дел из числа обнародованных.

Для того чтобы оценить, какие аргументы все же смогут убедить арбитров в необходимости снижения неустойки, необходимо заметить, что по общему правилу заявления сторон о снижении неустойки по различным основаниям рассматриваются арбитрами по определенному алгоритму.

Этим же алгоритмом удобно пользоваться и сторонам.

На первом этапе важно оценить наличие оснований для начисления неустойки и поведение кредитора.

Так, 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 (п. 1 ст. 330 ГК РФ).

Из самого определения следует, что по российскому праву неустойка может быть согласована лишь на случай нарушения обязательства должником в отличие, скажем, от случаев взимания платы за реализацию права стороной договора, например, права на односторонний отказ от него.

При этом кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (п. 1 ст. 330 ГК РФ). Например, если сам кредитор несет ответственность за просрочку (ст. 406 ГК РФ).

К этой же категории случаев законопроектom № 92282-8 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (об анτισанкционных поправках)» предлагается приравнять случаи нарушения стороной обязательства, которые невозможно исполнить из-за иностранных санкций против российских граждан и юридических лиц (абз. 3 ст. 1 проекта). По проекту у такого должника не возникнут негативные последствия, связанные с обеспечением исполнения обязательства (абз. 4 ст. 1 проекта).

Если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, либо кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера неустойки, либо действовал недобросовестно, размер ответственности должника может быть уменьшен судом и по этим основаниям в соответствии с положениями ст. 404 ГК РФ, что в дальнейшем не исключает применение ст. 333 ГК РФ¹.

После кристаллизации неустойки до объема, за который все же отвечает должник возможно дальнейшее снижение неустойки.

На следующем этапе суд (третейский суд) осуществляет контроль справедливости договорного соглашения о неустойке.

Действительно, согласно п. 2 ст. 1 ГК РФ субъекты гражданского права свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. В силу п. 1 ст. 421

ГК РФ граждане и юридические лица свободны в заключении договора, в том числе и в определении условий соглашения о неустойке.

Вместе с тем, законом и судебной практикой выработан такой ограничитель, как защита от несправедливых договорных условий, т.е. защита от злоупотреблений «сильной стороны» на стадии заключения договора.

«Поскольку согласно п. 4 ст. 1 ГК РФ, никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ»².

Тут стоит оговориться, что практика признания договорных условий несправедливыми и применения ст. 428 ГК РФ в МКАС так и не стала за восемь лет распространенной.

Так, например, рассматривая заявление о несправедливости условий об ответственности в одном из дел, коллегия арбитров указала следующее: «... для ограничения свободы договора, при отсутствии каких-либо признаков неравенства переговорных возможностей сторон, должны иметься не просто несправедливые, а действительно аномальные условия, не оставляющие никаких сомнений в том, что разумные участники оборота в отсутствие каких-либо пороков воли такие условия никогда бы не приняли...»³.

Характерно, что в отношении неустойки судебная практика даже в отсутствие доказательств неравности переговорных возможностей признает начисление неустойки на общую сумму контракта без учета надлежащего исполнения части обязательств противоречащим принципу юридическо-

¹ П. 81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

² Абз. 3–4 п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

³ Решение коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ от 20 мая 2019 г. по делу № М-203/2018.

го равенства, предусмотренному п. 1 ст. 1 ГК РФ.

Суды полагают, что такое начисление неустойки создает преимущественные условия кредитору, которому причитается компенсация не только за неисполненное в срок обязательство, но и за те товары, работы, услуги, которые были поставлены (выполнены) надлежащим образом⁴. Между тем, превращение института неустойки в способ обогащения кредитора недопустимо и противоречит ее компенсационной функции⁵.

Впрочем, начисление неустойки на общую сумму договора без учета частичного исполнения обязательств признается допустимым при условии невозможности использования и отсутствии потребительской ценности для кредитора исполненной части обязательств, либо невозможности использования этих частей с учетом целей договора⁶.

Наконец, последний этап уже достаточно тонкой настройки: применение нормы ст. 333 ГК РФ, которая предоставляет суду дискрецию в ряде случаев уменьшить неустойку.

Предоставленная суду возможность снижать размер неустойки в случае ее чрезмерности по сравнению с последствиями нарушения обязательств является одним из предусмотренных в законе правовых способов, которые направлены против злоупотребления правом свободного определения размера неустойки, т.е., по существу, — на реализацию требования ч. 3 ст. 17 Конституции Российской Фе-

дерации, согласно которой осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

«Именно поэтому в части первой ст. 333 ГК РФ речь идет не о праве суда, а, по существу, о его обязанности установить баланс между применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не возможного) размера ущерба, причиненного в результате конкретного правонарушения, что не может рассматриваться как нарушение ст. 35 Конституции Российской Федерации»⁷.

Снижение размера неустойки на основании ст. 333 ГК РФ является не только обязанностью суда, как было указано выше, но одновременно и правовым средством, которым законодатель наделил суд (третейский суд) в целях недопущения явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства. При реализации указанного права суд (третейский суд) обязан установить баланс интересов сторон путем оценки, применяемой к нарушителю меры ответственности и негативных последствий, возникших в результате ненадлежащего выполнения должником обязательства.

Вопросы уменьшения неустойки судом регулируются ст. 333 ГК РФ и разъясняются в пунктах 69–81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

Так, если обязательство нарушено лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, установлены следующие правила:

⁴ Критический анализ соответствующей судебной практики приведен в статье: *Замзай А.В., Савранский М.Ю.* Арбитраж, неустойка, существо спора и публичный порядок: исправление ошибок судебной практики // Третейский суд. 2020. № 3/4 С. 60–73.

⁵ См., в частности, Постановление Президиума ВАС РФ от 15.07.2014 № 5467/14 по делу № А53-10062/2013; Постановление Президиума ВАС РФ от 29 октября 2013 г. № 5870/13 по делу № А76-9536/2012.

⁶ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 22 июня 2017 г. № 305-ЭС17-624 по делу № А40-208730/2015.

⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 263-О. Схожая позиция приведена в Определении Конституционного Суда РФ от 15 января 2015 г. № 7-О; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2022 г. № 305-ЭС21-22419 по делу № А40-94872/2020, и др.

- необходимо представить обоснованное заявление должника об уменьшении неустойки (п. 1 ст. 333 ГК РФ);
- уменьшение неустойки допускается в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды (п. 2 ст. 333 ГК РФ);
- бремя доказывания несоразмерности и необоснованности выгоды кредитора возлагается на ответчика⁸;
- кредитор не обязан доказывать возникновение у него убытков (п. 1 ст. 330 ГК РФ).

Стоит отметить, что бремя доказывания необоснованности выгоды кредитора при нарушении денежных и неденежных обязательств различается. По общему правилу должник обязан представить доказательства необоснованности выгоды кредитора. И действительно, в большинстве дел коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ, отказав в уменьшении неустойки, сослались именно на это обстоятельство⁹. В ряде дел дополнительным аргументом стало то, что размер неустойки в силу положения контракта уже ограничен предельным размером¹⁰.

Как разъясняет Верховный суд России, несоразмерность и необоснованность выгоды могут выражаться, в частности, в том, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки¹¹.

⁸ П. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

⁹ Решения от 15 октября 2020 г. по делу № М-24/2020, от 26 января 2021 г. по делу № М-74/2020, от 25 июня 2020 г. по делу № М-147/2019, от 6 декабря 2019 г. по делу № М-146/2019, от 7 февраля 2019 г. по делу № М-112/2018 и др.

¹⁰ Решения от 26 января 2021 г. по делу № М-74/2020, решение от 9 июня 2015 г. по делу № 247/2014.

¹¹ П. 73 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении суда-

Для случаев нарушения обязательств денежного характера должник может подтверждать необоснованность выгоды кредитора сведениями о ставках по краткосрочным кредитам в валюте долга, указав, что именно таковы обычные максимально неблагоприятные последствия нарушения сроков получения платежей. Такие выводы положены в основу, например, решения коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ от 2 октября 2018 г. по делу № М-41/2018.

Гораздо менее очевидно решение для санкций за неденежные нарушения, например, за нарушение сроков поставки или строительства.

В таких случаях подход к стандарту доказывания для нарушения монетарных обязательств не может быть применим по аналогии, за исключением ряда исключительных обстоятельств.

Для случаев, когда возможно оценить предполагаемые неблагоприятные последствия кредитора, например, при просрочке поставки родового товара, разумно приводить доказательства о цене замещающей сделки. Например, при просрочке поставки товара предоставить сведения о цене аренды такого товара на период просрочки.

Однако в целом ряде случаев должник не имеет возможности доказать несоразмерность неустойки ни при каких обстоятельствах. Такая ситуация очень характерна для договоров подряда на строительство промышленных и социальных объектов, а также поставки индивидуальной продукции.

Означает ли это, что такого рода должники лишены права защиты от чрезмерной неустойки, установленной ст. 333 ГК РФ? Представляется, что ответ по общему правилу должен быть отрицательным.

Для такого рода случаев может быть применена правовая позиция, сформулированная в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 де-

ми некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

кабря 2013 г. № 12945/13 и иных принятых в соответствии с ней актах.

В рассматриваемом деле исполнитель допустил просрочку в изготовлении бланков с воспроизведением герба Тульской области. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отметил, что *«несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства, наступление которых в виде затруднения работы правительства Тульской области государственным заказчиком не подтверждено, подрядчик не мог доказать ни при каких условиях»*.

В таком случае чрезмерность санкций в отсутствие обстоятельств особого характера (к примеру, строительство жилья для пострадавших от стихийных бедствий, ремонт дорог в летний период и т.п.) должна определяться исходя из подходов, сформулированных [...] для нарушения сроков исполнения денежных обязательств. В качестве обоснования можно приводить в том числе доводы о чрезмерности санкций по сравнению с законной неустойкой либо обычно взимаемой по государственным контрактам неустойкой...».

Таким образом, подавая заявление о снижении неустойки на основании нормы ст. 333 ГК РФ должник, нарушивший неденежные обязательства, вправе доказать либо получение кредитором необоснованной выгоды, либо невозможность доказать факт необоснованности выгоды.

Какие еще доводы, кроме получения кредитором необоснованной выгоды, могут быть положены в основу заявления о применении ст. 333 ГК РФ?

Из буквального прочтения п. 2. ст. 333 ГК РФ явствует, что единственным основанием для снижения неустойки, предъявленной лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность, является доказанность того, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению другой стороной необоснованной выгоды.

Однако практика государственных и третейских судов выработала еще один

критерий: утрата неустойкой обеспечительной функции.

Несмотря на дискуссионность довода о наличии у неустойки, помимо собственно компенсационной функции, еще и обеспечительной, в научных кругах, судебная практика с 1994 года устойчиво идет по пути признания двойственности природы неустойки.

Так, Конституционный Суд РФ указал, что «гражданское законодательство предусматривает неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств и меры имущественной ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение»¹².

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ также пояснял, что *«неустойка имеет двойственную природу. Она представляет собой меру ответственности и способ обеспечения исполнения обязательств»*¹³.

Широко используется такой подход и арбитрами МКАС при ТПП РФ. Так, в решении единоличного арбитра от 23 января 2018 г. по делу № М-52/2017 указано: *«В качестве одного из критериев для установления соразмерности принимается во внимание такой критерий, как длительность неисполнения договорного обязательства должником. В данном случае, Заемщик по Договору займа до настоящего времени не выплатил [...] проценты годовых за пользование суммой займа. В связи с вышеуказанными обстоятельствами третейский суд не считает ходатайство Ответчика об уменьшении неустойки в рамках настоящего спора подлежащим удовлетворению»*.

В решении от 14 декабря 2017 г. по делу № М-16/2017 единоличный арбитр МКАС при ТПП РФ указал: *«Учитывая возражения Ответчика в отзыве, а также то, что Ответчик исполнил свои обязательства по поставке оборудования [...] единоличный*

¹² Определение Конституционного суда России от 23 июня 2016 г. № 1365-О.

¹³ Постановление ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 5531/11 по делу № А43-7693/201047-225.

арбитр, руководствуясь п. 2 ст. 333 ГК РФ, полагает, что начисление неустойки за период после поставки оборудования необоснованно и может привести к получению Истцом необоснованной выгоды.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 333 ГК РФ и пунктами Контракта, единоличный арбитр считает справедливым уменьшить размер взыскиваемой неустойки и взыскать с Ответчика неустойку по Контракту».

Со сходной аргументацией неустойка, утратившая свою обеспечительную функцию в связи с исполнением обязательства должником, была уменьшена арбитрами и при вынесении решения МКАС при ТПП РФ от 25 августа 2017 г. по делу № 194/2016, а также в иных делах.

Еще один интересный вопрос, возникающий на практике, состоит в том, вправе ли истец самостоятельно применить ст. 333 ГК РФ, уменьшив неустойку? Ведь в целом ряде случаев истец, понимая неизбежность снижения неустойки судом, ссылаясь на норму ст. 333 ГК РФ, принимает решение требовать ко взысканию неустойку в уменьшенном размере. Это разумно, а кроме того, помогает избежать лишних трат при оплате арбитражного сбора.

Безусловно, применение нормы ст. 333 ГК РФ — это дискреция исключительно суда (третейского суда), стороны спора не вправе применять эту норму.

Однако поведение истца, снижающего неустойку, соответствует принципу свободы волеизъявления, выражающейся в данном случае в том, что кредитор вправе по своему усмотрению определять объем своих требований к неисправной стороне.

Кроме того, взыскание истцом неустойки в части не лишает его права в дальнейшем обратиться за взысканием оставшейся неустойки.

На практике самостоятельное снижение истцом размера неустойки помогает убедить арбитров в отсутствии оснований для ее повторного снижения (см., в частности, решения МКАС при ТПП РФ от 14 июля 2014 г. по делу № 192/2013, от 22 января 2013 г. по делу № 218/2011).

Учитывая изложенные выше подходы, представляется, что именно последовательная проактивная позиция стороны при возникновении спора и использование ею соответствующих имевшим место обстоятельствам способов защиты права позволит третейскому суду верно оценить ситуацию и восстановить баланс интересов сторон договора.

