

Текст размещен с любезного разрешения редакции журнала «Арбитражная практика»

Полный текст опубликован в журнале Арбитражная практика, № 08, 2015

<https://e.arbitr-praktika.ru/article.aspx?aid=404951>

Ключевые слова: договорная неустойка, неисполнение обязательств, кредитор

Непредсказуемое уменьшение неустойки судом – новый повод для роста договорных цен?

Шаматонов Антон Игоревич, магистр частного права, партнер юридического бюро «Мозго и партнеры»

Ситуация

1 июня 2015 года вступили в силу очередные изменения в Гражданский кодекс РФ. В числе прочих была изменена и статья 333 ГК РФ об уменьшении неустойки. Закон прямо установил: в предпринимательских спорах (точнее: если обязательство нарушено предпринимателем) суд может снизить неустойку только по заявлению должника. Уменьшение такой договорной неустойки возможно лишь в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.

В чем основная сложность

Мотивы и размеры снижения судом неустойки не всегда ясны и прогнозируемы на момент заключения договора. Возможность снижения судом установленной в договоре неустойки негативным образом сказывается на договорной дисциплине должников, а также ведет к необходимости для кредиторов увеличивать договорную цену, чтобы гарантированно компенсировать хотя бы часть возможных убытков.

Мнением делится **Шаматонов Антон Игоревич**, магистр частного права, партнер юридического бюро «Мозго и партнеры»

Безусловно, нельзя сказать, что положения измененной ст. 333 ГК РФ новы для российской практики, в частности, для практики арбитражных судов. Тем не менее, отныне они закреплены в законе и распространяются не только на арбитражные суды, но и на суды общей юрисдикции. Из формулировки закона, по всей видимости, следует, что если гражданин взыскивает договорную неустойку с предпринимателя, то правила об ограничении дискреции суда в вопросе снижения неустойки также применяются. Ниже приводится аргументация обоснованности подобного регулирования с точки зрения экономического анализа права. Представляется, что даже с принятием указанных поправок актуальность этого анализа не уменьшается, поскольку вряд ли следует ожидать от судов моментального резкого поворота в практике: от частых случаев радикального снижения неустоек до устоявшейся практики взыскания их в определенном договором размере.

Обратим внимание: закон и сейчас позволяет суду в спорах между гражданами снижать неустойку по инициативе суда без заявления должника. Более того, границы такого снижения закон не устанавливает. Тем самым законодатель вновь придерживается линии

патернализма в отношении граждан, защищая их не только от произвола другой стороны, но и от собственного бездействия и правовой неграмотности.

Представляется, что итогом анализа с использованием указанного метода будет вывод о том, что снижение неустойки в нормальных условиях экономически неэффективно: необоснованное и непредсказуемое снижение неустойки сегодня приводит к повышению договорной цены завтра. А это негативно сказывается на рынке и его участниках в целом. В глобальном масштабе в стране, где имеется подобная практика, договорные цены выше, а конкурентоспособность отечественных товаров на мировом рынке, следовательно, ниже. При этом заранее оговоримся, что это не означает, что норма об уменьшении неустойки как таковая не имеет права на существование вообще, в том числе с учетом обоснованной практики ее применения и недавних изменений в законе.

В договорную неустойку закладываются все возможные расходы кредитора при неисполнении обязательства

Когда рациональный кредитор (взыскатель неустойки) устанавливает в договоре неустойку, он полагает, что именно такой размер взыскиваемой суммы позволит ему заставить должника исполнить обязательство именно так, как это прописано в договоре (обеспечительная функция неустойки). Кроме того, если будет иметь место нарушение со стороны должника, неустойка позволит получить с него сумму, которая бы во всех отношениях устроила кредитора (компенсационная функция).

Рациональный кредитор закладывает в договорную неустойку различные суммы:

– свои прямые и непосредственные убытки от нарушения договора, упущенную выгоду.

Их может в итоге и не возникнуть вовсе, поскольку с экономической точки зрения данному конкретному предпринимателю может быть и все равно, когда, например, будет отгружен товар: на этой неделе или на следующей. Однако в каждом случае речь идет об обстоятельствах весьма специфических, которые порой невозможно предусмотреть на стадии заключения договора;

– расходы по взысканию основного долга (в том случае, если это требуется). Так, если речь идет о возврате денежной суммы, кредитор будет нести расходы по истребованию этой суммы обратно. В числе таких расходов будут и те, которые в настоящий момент на практике невозможно компенсировать при судебном разбирательстве, если оно будет иметь место (например, по ведению претензионной работы, переписке, в том числе трудозатраты сотрудников, пусть даже и связанные с обращением к профессиональному юристу и т.п.). Если же судебного разбирательства не будет, кредитор должен и в этом случае предусмотреть все свои возможные расходы: это также расходы на ведение переговоров, переписку, на посредников, трудозатраты сотрудников, временной лаг между днем возникновения обязанности уплатить долг и днем его уплаты (то есть проценты на сумму убытков);

– расходы по взысканию неустойки. Сюда относятся все названные в предыдущем абзаце расходы, но с оговоркой: если неустойку придется взыскивать в отдельном процессе и она будет взыскана не в полном объеме – то судебные расходы будут распределены между сторонами пропорционально удовлетворенному требованию, а значит у кредитора есть стимул включить в саму сумму неустойки такие предполагаемые расходы;

– дополнительную сумму сверх названной выше в качестве резерва возможных потерь, которые он не может предусмотреть на момент заключения договора. Такие расходы должны закладываться, поскольку всегда есть риск того, что приведенный выше расчет не вполне точен;

– наконец, некую (условно – моральную) компенсацию, о необходимости которой не будет сказано ни в одном исковом заявлении или в судебном решении, но которая, безусловно, весьма часто учитывается при установлении размера неустойки и ее взыскании. Кредитор в силу психологических и репутационных причин ощущает

необходимость наказать должника, стараясь к тому же, чтобы такое наказание было выгодным кредитору.

Повышением цены кредитор страхует себя от невзыскания неустойки

Возможность снижения неустойки судом включает в процесс установления размера неустойки некую составляющую непредсказуемости. Кредитор вынужден думать: а не слишком ли высоко он задрал планку (отметим, мы анализируем только ситуацию с равными переговорными возможностями, когда у другой стороны есть возможность не согласиться с предусмотренным в договоре размером неустойки на стадии его заключения, но она этого не делает)? Ведь если это так, то суд будет снижать размер неустойки.

Более того, по всей видимости, суд будет склонен снизить неустойку тем больше, чем она выше в договоре. Возникает парадоксальная ситуация: неустойка в размере 150 рублей может и не быть снижена судом, а вот неустойка в 300 рублей может быть снижена до 100 рублей. Причина тому – неопределенность в основаниях снижения неустойки и психологический фактор, который подвигает судью к решению снизить неустойку в случае ее высокого размера. Видимо, с психологической точки зрения судья считает кредитора «плохим парнем» в ситуации с высокой неустойкой и «деловым парнем» в ситуации со средней неустойкой. Во втором случае суд нейтрален, а в первом – суд относится к кредитору негативно, не только снижая неустойку до среднего размера, но еще и наказывая снижением ниже среднего размера. Однако это лишь соображения вероятностного характера, о которых ни одна из сторон не может знать наверняка вплоть до вынесения решения.

Наиболее важно то, что все названные выше соображения не могут не посещать и должника, тем самым влияя на исполнение договора. Зная о практике снижения неустойки, о ее непредсказуемости, о дополнительных затратах на взыскание неустойки, должник не особенно страшится штрафов в договоре, даже в тех случаях, когда стороны обладают равными переговорными возможностями (что, кстати, может служить прямым основанием для снижения неустойки в противоположной ситуации: например, когда речь идет о гражданине и корпорации, о публичном договоре и т.п.).

Указанные выше доводы приводят нас к выводу о том, что обе стороны – и кредитор, и должник – учитывают как вероятность нарушения договора, вероятность и размер потенциальных убытков, так и вероятность взыскания неустойки и ее потенциальной размер.

В итоге, мы предполагаем, что это приводит к возникновению двух условных теоретических типов договоров. Первый: с более низкой неустойкой и более высокой ценой. Второй: с более низкой ценой и более высокой неустойкой.

Это лишь условные модели. Цена в данном случае – встречное предоставление, которое с точки зрения договора со 100% вероятностью будет совершено, а неустойка – условный платеж за неисполнение.

Неустойка может устанавливаться любой из сторон по договору: как той, которая обязана предпринимать активные действия, так и той, которая за них платит. Например, если продавец устанавливает цену, он может установить неустойку за неперечисление в срок всей суммы, за невывоз товара и т.д. В свою очередь, покупатель может потребовать более низкой цены товара (а значит, фактически завянуть цену своего встречного предоставления – что равнозначно), или же будет готов уплатить более высокую цену, но при наличии неустойки, которую должен будет уплатить продавец в случае просрочки поставки, поставки некачественного товара и т.п. Иначе говоря, каждая из составляющих двусторонних отношений может обеспечиваться неустойкой и к каждой из них применимы указанные выше условные типы договоров (низкая неустойка и высокая цена – высокая неустойка и низкая цена).

Итак, с точки зрения кредитора - взыскателя неустойки существует выбор: либо увеличить цену (то есть сумму x , уплата которой должна наступить с условной вероятностью 100%), либо увеличить неустойку (сумму y , уплата которой должна наступить с вероятностью p). Из представленного выше примера видно, что нормально установленная неустойка, не рассчитанная на обогащение кредитора, может быть в принципе включена в цену договора как риск того, что должник исполнит обязательство ненадлежащим образом. Однако она может быть также выделена отдельно, что позволяет – с экономической точки зрения! – рассматривать ее как часть цены договора, поставленную под условие – условие наступления ненадлежащего исполнения с вероятностью p .

Более того, мы предполагаем, что никогда не бывает ситуаций, при которых в цену договора (которую суд не снижает!) не включена хотя бы некоторая часть неустойки. Эта часть неустойки – тот минимум, на отказ от которого кредитор не готов пойти ни при каких обстоятельствах, даже если уверен в исполнении обязательства и возможности взыскания неустойки на 99%.

Однако тем выше этот размер, включенный в цену договора, чем больше вероятность невзыскания неустойки, установленной отдельно – под условием.

Следовательно, цена договора повышается в ситуации, когда кредитор в данной правовой системе не может быть уверенным во взыскании неустойки, установленной отдельно, с вероятностью взыскания p . Таким образом кредитор страхует себя от вероятности уменьшения неустойки.

Это, в свою очередь, влечет за собой возникновение «проблемы безбилетника»: все участники рынка платят (в виде цены по договору) за нарушителей обязательств, поскольку кредитор включает свои возможные убытки в цену договора. Цена же договора действует для всех, в том числе добросовестных участников рынка, тогда как неустойка взыскивается лишь с нарушителей. Все участники рынка невольно участвуют в страховании кредитора от риска уменьшения неустойки.

Подобная ситуация весьма характерна для любого патернализма и прослеживается во многих действующих нормах и просто случаях из неправовой сферы, не относящихся в рассматриваемой проблеме. К числу первых можно отнести повышение цены товара в розничных магазинах в связи с тем, что не взыскиваются убытки с посетителей магазинов, которые своими неумышленными действиями портят товары. Ко вторым относится как раз проблема безбилетников на транспорте в буквальном смысле. Во всех этих случаях все, в том числе и аккуратные, и соблюдающие закон граждане платят за тех, кто его не соблюдает, либо за тех, кто ведет себя недостаточно осторожно и осмотрительно.

Итоговый вывод заключается в том, что с точки зрения экономического анализа права (как минимум поверхностного) необоснованное снижение неустойки негативно сказывается на договорной дисциплине (об этом еще в конце 50-х годов прошлого века писал ярый сторонник штрафной неустойки В.К. Райхер в своих работах, посвященных правовым вопросам договорной дисциплины в СССР), на ценообразовании, а значит влечет за собой по цепочке снижение рыночной активности, снижение покупательной способности населения, уменьшение качества жизни.

И главное: за недобросовестное и неосмотрительное поведение сограждан платят в том числе и те, кто ведет себя добросовестно и осмотрительно. А это уже не экономическая проблема, а правовая: это несправедливость.