

Председателю Арбитражного суда Московского округа

В.В. Крессу

от ООО «Лето круглый год»
141009, Московская область, г. Мытищи,
Олимпийский проспект, 10, оф.1902

в лице представителя по доверенности
Полевикова И.Б.

Обращение касательно отсутствия единообразной практики при взыскании пени за нарушение срока работ

Уважаемый Вячеслав Викторович!

I. Обращение вызвано тем, что после представительства в 3 (трёх) абсолютно идентичных судебных спорах о взыскании с подрядчика пени за нарушение срока работ по договору подряда я пришел к глубокому убеждению, что на уровне Арбитражного суда Московской области и Десятого арбитражного апелляционного суда судьи **не видят принципиального различия** между ст.716 ГК РФ, которая обязывает подрядчика приостановить работы и ст.719 ГК РФ, которая **не требует приостанавливать работы**.

Обе статьи касаются освобождения подрядчика от ответственности в случае наличия обстоятельств мешающих выполнению работ. Однако статьи имеют принципиальные различия.

В ст.716 ГК РФ речь идет об обстоятельствах, которые **не известны Заказчику!!!** Именно поэтому в силу неизвестности обстоятельств Заказчику Подрядчик обязан известить о них **Заказчика и до получения ответа от Заказчика приостановить работы! Если это не выполняется, то Подрядчик лишается право ссылаться на данные обстоятельства как основание освобождения от ответственности.**

В статье 719 ГК РФ идет речь о невозможности исполнять Подрядчику свои обязательства из-за неисполнения Заказчиком встречных обязательств. Презюмируется, что Заказчик знает о неисполнении встречных обязательств, поэтому ст.719 ГК РФ **в отличии от ст.716 ГК РФ не возлагает на Подрядчика обязанности как извещать Заказчика о наличии данных обстоятельств, так и тем более делать приостановку работ.**

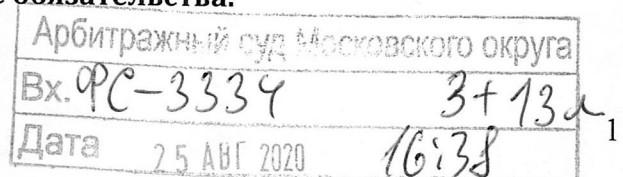
Я убежден, что при установлении того, что просрочка вызвана не исполнением Заказчиком **встречных обязательств** суд обязан полностью освободить Подрядчика от ответственности применив ст.719 ГК РФ, которая **не требует приостанавливать работы**.

II. Пример судебных дел

В текущем году я представлял интересы одного и того же подрядчика в 3 (трёх) делах по иску одного и того же заказчика о взыскании пени за нарушение срока работ по договорам подряда, которые имели одно и тоже содержание (типовые формы заказчика).

Основания иска, период просрочки и размер исковых требований были одинаковые. Иск был заявлен в связи с допущенной просрочкой на 60 дней, размер пени составлял 3 000 000 руб., исходя из расчета 50 000 руб. за 1 день просрочки.

Подрядчик требования не признавал в полном объеме, указывая, что срок работ был нарушен из-за того, что заказчик не исполнил **встречные обязательства**.



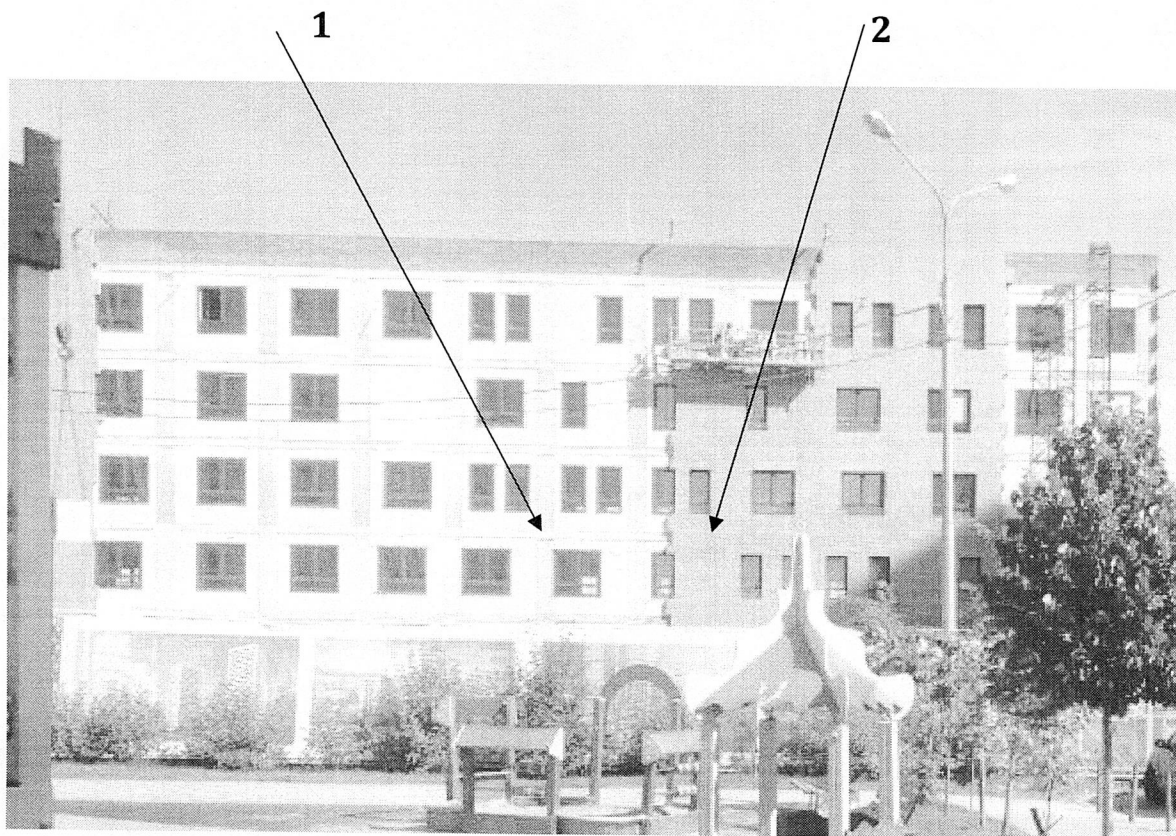
Подрядчиком выполнялись работы по утеплению фасада. Встречной обязанностью заказчика было предоставление подготовленной поверхности фасада, на которой имеются вставленные окна и предоставление материала. Указанные встречные обязанности были прямо закреплены в договорах как **встречные обязанности**.

Для удобства восприятия доводов обращения на картинке приведена технология работ по утеплению фасада.

Цифрой 1 обозначена поверхность фасада, которая готова для утепления. Как видно на рисунке утепление производится после того как будут установлены окна.

Цифрой 2 обозначен утеплитель, который крепится к поверхности фасада.

Затем на утеплитель крепится либо плитка либо иной финишный отделочный материал.



В своих возражениях Ответчик указывал, что просрочка была вызвана тем, что Истец не исполнял свои встречные обязательства по представлению фронта работ - строительной площадки (фасада) и материала для утепления.

Иными словами Ответчик **физически не мог утеплить** неподготовленную поверхность фасада в отсутствие утеплителя.

Из имеющихся материалов дела следует, что Истец **не** исполнил своевременно **встречные обязательства** по предоставлению фронта работ и предоставлению материала (**утеплитель**).

Однако суды, указав, что подрядчик не сделал приостановку работ отказали в применении ст.719 ГК РФ и ч.3 ст.405, ст.406 ГК РФ.

Суды применили лишь ст.333 ГК РФ, взыскав 1 000 000 руб. по делу №А41-93990, 500 000 руб. по делу №А41-96539 2019 г., 150 000 руб. по делу №А41-81924/19

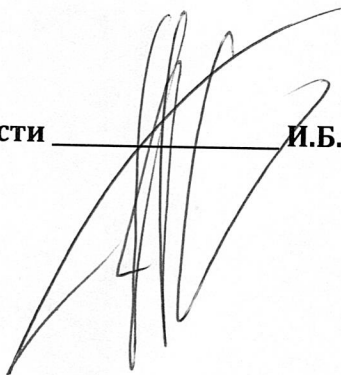
Такой подход не способствует правовой определенности судебных решений и возлагает на подрядчика бремя ответственности за нарушение самого заказчика.

Не пытаясь вмешаться в судебное делопроизводство, прошу в случае убедительности приведенной мной проблематики взять под личный контроль рассмотрение данных жалоб.

Приложения:

1. Копии кассационных жалоб
2. Копия доверенности.

Представитель по доверенности _____ И.Б. Полевилов

A large, stylized handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature consists of several loops and vertical strokes, characteristic of a cursive or semi-cursive style.

Арбитражный суд Московского округа

Ответчик ООО «ДОМСТРОЙ-РАЗВИТИЕ»
ОГРН 1135038005959
141011, Московская область, г. Мытищи
ул. 3-я Парковая, д. 25А

Истец ООО «Лето круглый год»
ОГРН 1075029009285
141009, Московская область, г. Мытищи,
Олимпийский проспект, 10, оф.1902

Дело № А41-93990/19

КАССАЦИОННАЯ ЖАЛОБА

на решение Арбитражного суда Московской области от 21.02.2020 и постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 27.07.2020

ООО "ДОМСТРОЙ-РАЗВИТИЕ" (далее – «Истец») обратилось в Арбитражный суд Московской области к ООО "ЛЕТО КРУГЛЫЙ ГОД" (далее – «Ответчик») с требованиями **о взыскании 3 000 000 руб. неустойки**; расходов по оплате госпошлины в размере 38 000 руб.

В обоснование исковых требований истец ссылается на нарушение срока окончания работ и их сдачи по договору №66-15/05/2018 от 15.08.2019 г. в результате чего истец обратился в суд с начисленными штрафными санкциями за период с 06.10.2018г. по 04.12.2018г.

На основании Договора Истец, являлся Генеральным подрядчиком по строительству двадцати пяти этажного жилого дома, привлек Ответчика на субподрядные работы **по отделке фасада (утепление и облицовка плиткой)**.

Ответчик с требованиями не согласился и предоставил отзыв на исковое заявление в соответствии, с которым в удовлетворении требований должно быть отказано, т.к. в просрочке срока работ имела вина кредитора, выразившаяся в неисполнении встречных обязательств:

- не предоставлен фронт работ (готовая поверхность фасада);
- не предоставлен утеплитель, который должен был быть использован при утеплении фасада.

Без исполнения Истцом встречных обязательств (фронт работ и утеплитель) Ответчик не мог утеплять и облицовывать фасад (с 1 по 4 этажи – завершающий этап).

Учитывая, что неисполнение встречных обязательств делало невозможным выполнять работы весь заявленный Истцом период просрочки (2 месяца), Ответчик просил суд применить **ст.404 ГК РФ** (смешанная вина), **ст.333 ГК РФ**, удовлетворив иск в части в размере не более **91 960,98 руб.**

Суд первой инстанции решением от 21.02.2020 иск удовлетворен частично **в размере 1 000 000 руб.**, применив **лишь ст.333 ГК РФ. Пени за нарушение срока работ уменьшены в 3 раза.**

Суд апелляционной инстанции оставил решение суда первой инстанции без изменения, отказав как в применении ст.405, 719 ГК РФ (**полное освобождение от ответственности**), так и в совместном применении ст.333 ГК РФ и ст.404 ГК РФ (**смешанная вина, которая влечет частичное освобождение от ответственности**).

Кроме того, в апелляционной инстанции Ответчик указывал на то, что суд первой инстанции неправомерно взыскал пеню за период с 06.10.2018 г. по 20.10.2018 г., т.к. в данный период, согласно п.13.2.1 Договора Истец имеет заявить штраф при просрочке в 15 дней, а период с 06.10.2018 г. по 20.10.2018 г. выпадал на 15-ти дневный период нарушения, в который Истец не имеет право заявлять пеню за просрочку.

Данный довод не был принят судом апелляционной инстанции.

Судами допущены следующие нарушения

1. Суды допустили неверное применение ст.404, 405, 406, 716, 719 ГК РФ.

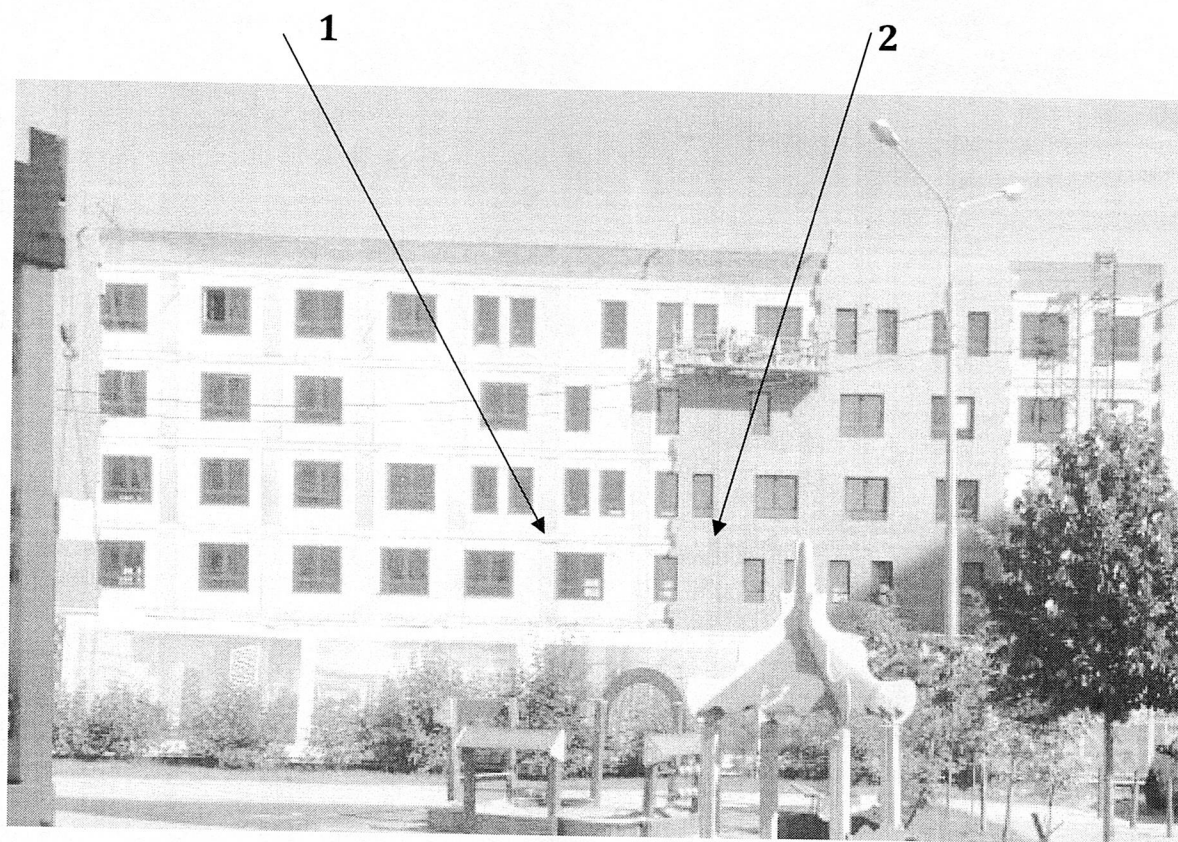
Применение ст.405,406, 719 и ст.716 ГК РФ.

Для удобства восприятия доводов Ответчика на картинке приведена технология работ по утеплению фасада.

Цифрой 1 обозначена поверхность фасада, которая готова для утепления. Как видно на рисунке утепление производится после того как будут установлены окна.

Цифрой 2 обозначен утеплитель, который крепится к поверхности фасада.

Затем на утеплитель крепится либо плитка либо иной финишный отделочный материал.



В своих возражениях Ответчик указывал, что просрочка была вызвана тем, что Истец не исполнял свои встречные обязательства по представлению фронта работ - строительной площадки (фасада) и материала для утепления.

Иными словами Ответчик **физически не мог утеплить** неподготовленную поверхность фасада в отсутствие утеплителя.

Из имеющихся материалов дела следует, что Истец **не** исполнил своевременно **встречные обязательства** по предоставлению фронта работ и предоставлению материала (**утеплитель**).

Фронт работ

Обязательство по предоставлению фронта работ (подготовленной поверхности фасада) является **встречным**, что следует из п.5.2.2 Договора и ст.747 ГК РФ.

Согласно п. 5.2.2. Договора Истец обязан обеспечить Ответчику возможность выполнения работ (фронт работ). Данным фронтом работ являлась поверхность фасада многоквартирного дома с монтированными окнами.

В частности, выполнению работ мешало **отсутствие входных групп в нежилые помещения с примыкающими к ним витражными контракциями (окнами) и отсутствие двери в лифтовые холлы на уровне 1-го этажа**, о чем Истцу сообщалось 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019.

Кроме того, не предоставлялись узлы примыкания цоколя к штукатурному фасаду, о чем Истцу сообщалось в письме от 31.01.2019.

Письма 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019, которые подтверждают, что даже в январе 2019 г. (срок окончания работ октябрь 2018) **фронт работ не передавался, что мешало окончить работы в срок.**

Из переписки следует, что Истец не передавал фронт работ более 3 (трёх) месяцев, что больше заявленного Истцом периодом просрочки работ и означает, что в просрочке работ на весь заявленный период виноват сам Истец.

Материал (утеплитель)

Обязательство по предоставлению материала утеплителя фасадного **является встречным**, что следует из ст.745 ГК РФ и п.1.5 Договора.

В соответствии с п.1 ст.745 ГК РФ обязанность по обеспечению строительства материалами, несет подрядчик, **если договором строительного подряда не предусмотрено, что обеспечение строительства в целом или в определенной части осуществляет заказчик.**

В соответствии с п. 1.5. Договора, работы выполняются из материалов, оборудования Подрядчика: «**утеплитель фасадный мин плита ТЕХНОФАС ОПТИМА 50 мм/100мм/150мм, Генподрядчик (Истец) продает Подрядчику (Ответчику) на условиях, оговоренных в статье 8 настоящего Договора.**».

Т.е. стороны договорились, что часть материала предоставляется (Истцом) заказчиком.

Согласно подписанными Сторонами счет-фактуры № 1102001 от 02.11.2018 являющимися универсальным передаточным документом, продажа и поставка утеплителя произведена Истцом в адрес Ответчика 02.11.2018, **т.е. после срока (30.09.2018) окончания выполнения работ по Договору.**

Также в материалах дела имелись письма, которыми сообщалось Ответчику о просрочке поставки утеплителя письма от 09.07.2018 г., от 18.07.2018 г., от 03.09.2018 г.

Таким образом, **материалы дела содержали** допустимые доказательства в достаточном объеме из которых следовало, что просрочка выполнения работ в два месяца полностью связана с виной самого Истца, выразившейся в неисполнении встречных обязательств по предоставлению фронта работ и предоставлению утеплителя.

Указанные обязательства Истца являются встречными по отношению к обязательствам по утеплению фасада и без их исполнения невозможно Ответчику исполнять работы по утеплению фасада.

Об указанных обстоятельствах сам Истец не мог не знать в силу их правовой природы.

Кроме того, обстоятельства просрочки предоставления фронта работ и поставки утеплителя **не отрицались Ответчиком**, следовательно, данные обстоятельства считаются установленным по правилам п.3.1 ст.70 АПК РФ.

В соответствии с п.3.1 ст.70 АПК РФ обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование **своих возражений, считаются признанными другой стороной**, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований.

В этой связи Ответчик указывал на необходимость применения ст.405 и ст.719 ГК РФ по смыслу которых, если будет установлено, что должник впал просрочку исполнения обязательств из-за того, что кредитор не исполнил свои встречные обязательства, то должник **АВТОМАТИЧЕСКИ освобождается от ответственности на период просрочки кредитором своих встречных обязательств.**

Ответчик указывал, что должна была быть применима специальная статья в отношении встречных обязательств – 719 ГК РФ, которая не требует приостановку работ. **Ст.719 ГК РФ наделяет подрядчиком лишь правом, а не обязанностью приостановить работы.**

ПРАКТИКА ВЫШЕСТОЯЩИХ СУДОВ

Данный подход поддерживается приложенной к апелляционной жалобе практикой Верховного суда РФ (*определения Верховного суда РФ от 21 ноября 2016 г. N 304-ЭС16-15116 и от 16 июня 2014 г. N ВАС-6566/14*) и Арбитражного суда Московского округа (*постановления Арбитражного суда Московского округа от 20 ноября 2019 г. по делу N А40-204352/2018, от 25 июля 2019 г. по делу N А40-210909/2018, от 3 февраля 2016 г. по делу N А41-82718/2014*)

(ВАЖНО !!!!!) Знаковым примером применения ч.2 ст.405 ГК РФ, ст.406 ГК РФ и ст.719 ГК РФ является постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 февраля 2016 г. по делу N А41-82718/2014.

В деле суды отказали в удовлетворении исковых требований о взыскании пени за просрочку работ, применив ч.2 ст.405 ГК РФ, ст.406 ГК РФ и ст.719 ГК РФ. Истец не согласился с судебными актами и подал кассационную жалобу, мотивировав ее тем, **что подрядчик не приостановил работы.** Суд кассации указал, что приостановка работ при неисполнении встречных обязательств **является правом, а не обязанностью подрядчика.**

Суды не принимая доводы Ответчика о нарушении Истцом встречных обязательств сослались на то, что **Ответчик не сделал приостановку работ,** которая по **обязательна** в соответствии с ст.716 и ст.719 ГК РФ.

Ошибка судов является в том, что суды не проводят различие между ст.716 и ст.719 ГК РФ. Действительно ст.716 ГК РФ обязывает подрядчика приостановить работы в случае, если выявляются обстоятельства, мешающие выполнению работ. Но в данной статье речь идет об обстоятельствах, которые **не известны Заказчику!!!** Именно поэтому в силу неизвестности обстоятельств Заказчику Подрядчик обязан известить о них **Заказчика и до получения ответа от Заказчика приостановить работы!**

В статье 719 ГК РФ идет речь о невозможности исполнять Подрядчику свои обязательства из-за неисполнения Заказчиком встречных обязательств. Презюмируется, что Заказчик знает о неисполнении встречных обязательств, поэтому ст.719 ГК РФ **в отличии от ст.716 ГК РФ не возлагает на Подрядчика обязанности как извещать Заказчика о наличии данных обстоятельств, так и тем более делать приостановку работ.**

Также неправомерна ссылка суда апелляционной инстанции на то, что переписка началась уже после истечения срока работ по Договору. Приведенная переписка напротив подтверждает, что даже после истечения срока окончания срока работ по Договору на стороне Истца **до сих пор существовала просрочка исполнения обязательств.**

Тот факт, что Ответчиком были выполнены работы в объеме 77% на что указали суды, подтверждает обстоятельства, указанные Ответчиком о том, что работы стало невозможно выполнять на финальной стадии исполнения Договора при утеплении фасада в районе 1-4 этаже из-за отсутствия витражных конструкций на уровне 1-го.

ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДА, ПОДЛЕЖАЩАЮ УЧЕТУ

В соответствии с п.28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции:

«Проверяя правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права, суд кассационной инстанции применительно к части 4 статьи 170 АПК РФ устанавливает, соответствуют ли выводы судов практике применения правовых норм, определенной постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановлениями Президиума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также содержащейся в обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом Верховного Суда Российской Федерации.»

В этой связи считаю важным обратить внимание суда на следующую практику Верховного суда РФ, которая касается схожих споров, где применялись указанные Ответчиком правовые нормы.

Согласно п.10 Обзора судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных нужд указано, что срок работ продлевается автоматически, если имеется просрочка заказчика. Таким образом, **приостановка работ не требуется.**

Кроме того, считаю возможным упомянуть разъяснения Верховного суда РФ **по применению ст.327.1, ч.3 ст.405 и ст.406 ГК РФ**, содержащиеся в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 N 54 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении":

*«59. Если иное не установлено законом, в случае, когда **должник не может** исполнить своего обязательства **до того, как кредитор совершит действия**, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства, **применению подлежат положения статей 405, 406 ГК РФ**. Правила статьи 328 ГК РФ в таком случае применению не подлежат.*

Также ранее делалась ссылка на практику Верховного суда **по конкретным делам** : определения Верховного суда РФ от 21 ноября 2016 г. N 304-ЭС16-15116 и от 16 июня 2014 г. N ВАС-6566/14

Применение ст.404 ГК РФ.

Если бы суды не согласились с применением ст. 405, 406, 719 ГК РФ, о применении которых просил Ответчик, суды, по мнению Ответчика, должны были безусловно принять во внимание вину самого Истца и применить п. 1 ст. 404 ГК РФ (смешанная вина) совместно с ст.333 ГК РФ.

Суд апелляционной инстанции указал, что в материалах дела нет доказательств, свидетельствующих о вине Истца в нарушение срока работ. Вывод необоснован и сделан без учета писем от 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019 Ответчика **о просрочке передаче фронда работ** и писем от 09.07.2018 г., от 18.07.2018 г., от 03.09.2018 г. **о просрочке передачи утеплителя.**

Указанная переписка доказывает, что в нарушении срока работ имеется вина Заказчика-Истца.

В соответствии с п. 81 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств", если неис-

полнение 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 по этим основаниям в соответствии с положениями ст. 404 ГК РФ**, что в дальнейшем не исключает применение ст. 333 ГК РФ.

2. Неверно рассчитан период просрочки

Не соглашаясь с требованиями, Ответчик кроме того, в апелляционной инстанции указывал на то, что суд первой инстанции неправомерно взыскал пеню за период с 06.10.2018 г. по 20.10.2018 г., т.к. в данный период, согласно п.13.2.1 Договора Истец имеет заявить штраф при просрочке в 15 дней, а период с 06.10.2018 г. по 20.10.2018 г. выпадал на 15-ти дневный период нарушения, **в который Истец не имеет право заявлять пеню за просрочку.**

Суд апелляционной инстанции не отрицал, что п.13.2.1 Договора ограничивает права Заказчика взыскивать пени при просрочке до 15-ти дней, но вместе с тем

Однако возражения Ответчика не было принято судом апелляционной инстанции.

Приведенное обоснование мотивов непринятия данного довода Ответчику не понятно. Указано на отсутствие оснований для освобождения от неустойки в период с 06.10.2018 г. по 20.10.2018 г. **в размере 750 000 руб.** без раскрытия обоснования мотивов.

Вывод суда апелляционной инстанции сделан не на основе имеющихся доказательств и без должной оценки возражений Ответчика, что является нарушением процессуальных норм

ПРОШУ СУД:

Изменить решение Арбитражного суда Московской области от 21.02.2020, постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 27.07.2020 и, не передавая дело на новое рассмотрение, принять по делу новый судебный акт, которым

либо отказать в удовлетворении требований, применив ст.405, 406, 719 ГК РФ

либо удовлетворить иск частично в размере не более 100 000 руб. **(с учетом ходатайства о снижении пени с учетом СУЩЕСТВЕННОЙ степени вины Истца)**, применив ст.404 и ст.333 ГК РФ.

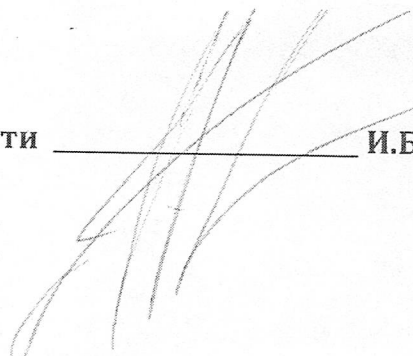
Приложения:

1. Квитанция об оплате госпошлины;
2. Копия квитанции об отправке жалобы;
3. Копия доверенности.

Представитель

по доверенности

И.Б. Полевилов



Арбитражный суд Московского округа

Ответчик ООО «ДОМСТРОЙ-РАЗВИТИЕ»
ОГРН 1135038005959
141011, Московская область, г. Мытищи
ул. 3-я Парковая, д. 25А

Истец ООО «Лето круглый год»
ОГРН 1075029009285
141009, Московская область, г. Мытищи,
Олимпийский проспект, 10, оф.1902

Дело № А41-96539/19

УТОЧНЕННАЯ КАССАЦИОННАЯ ЖАЛОБА

на решение Арбитражного суда Московской области от 21.02.2020 и постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 27.07.2020

ООО "ДОМСТРОЙ-РАЗВИТИЕ" (далее – «Истец») обратилось в Арбитражный суд Московской области к ООО "ЛЕТО КРУГЛЫЙ ГОД" (далее – «Ответчик») с требованиями **о взыскании 3 000 000 руб. неустойки**; расходов по оплате госпошлины в размере 38 000 руб.

В обоснование исковых требований истец ссылается на нарушение срока окончания работ и их сдачи по договору №67-15/05/2018 от 15.05.2018 г. в результате чего истец обратился в суд с начисленными штрафными санкциями за период с 01.10.2018г. по 30.11.2018г.

На основании Договора Истец, являлся Генеральным подрядчиком по строительству двадцати пяти этажного жилого дома, привлек Ответчика на субподрядные работы **по отделке фасада (утепление и облицовка плиткой)**.

Ответчик с требованиями не согласился и предоставил отзыв на исковое заявление в соответствии, с которым в удовлетворении требований должно быть отказано, т.к. в просрочке срока работ имела вина кредитора, выразившаяся в неисполнении встречных обязательств:

- не предоставлен фронт работ (готовая поверхность фасада);
- не предоставлен утеплитель, который должен был быть использован при утеплении фасада.

Без исполнения Истцом встречных обязательств (фронт работ и утеплитель) Ответчик не мог утеплять и облицовывать фасад (с 1 по 4 этажи – завершающий этап).

Учитывая, что неисполнение встречных обязательств делало невозможным выполнять работы весь заявленный Истцом период просрочки (2 месяца), Ответчик просил суд применить **ст.404 ГК РФ** (смешанная вина), **ст.333 ГК РФ**, удовлетворив иск в части в размере не более **131 012,13 руб.**

Суд первой инстанции решением от 21.02.2020 иск удовлетворен частично **в размере 500 000 руб.**, применив **лишь ст.333 ГК РФ. Пени за нарушение срока работ уменьшены в 6 раз.**

Суд апелляционной инстанции оставил решение суда первой инстанции без изменения, отказав как в применении ст.405, 719 ГК РФ (**полное освобождение от ответственности**), так и в совместном применении ст.333 ГК РФ и ст.404 ГК РФ (**смешанная вина, которая влечет частичное освобождение от ответственности**).

Судами допущены следующие нарушения

Суды допустили неверное применение ст.404, 405, 406, 716, 719 ГК РФ.

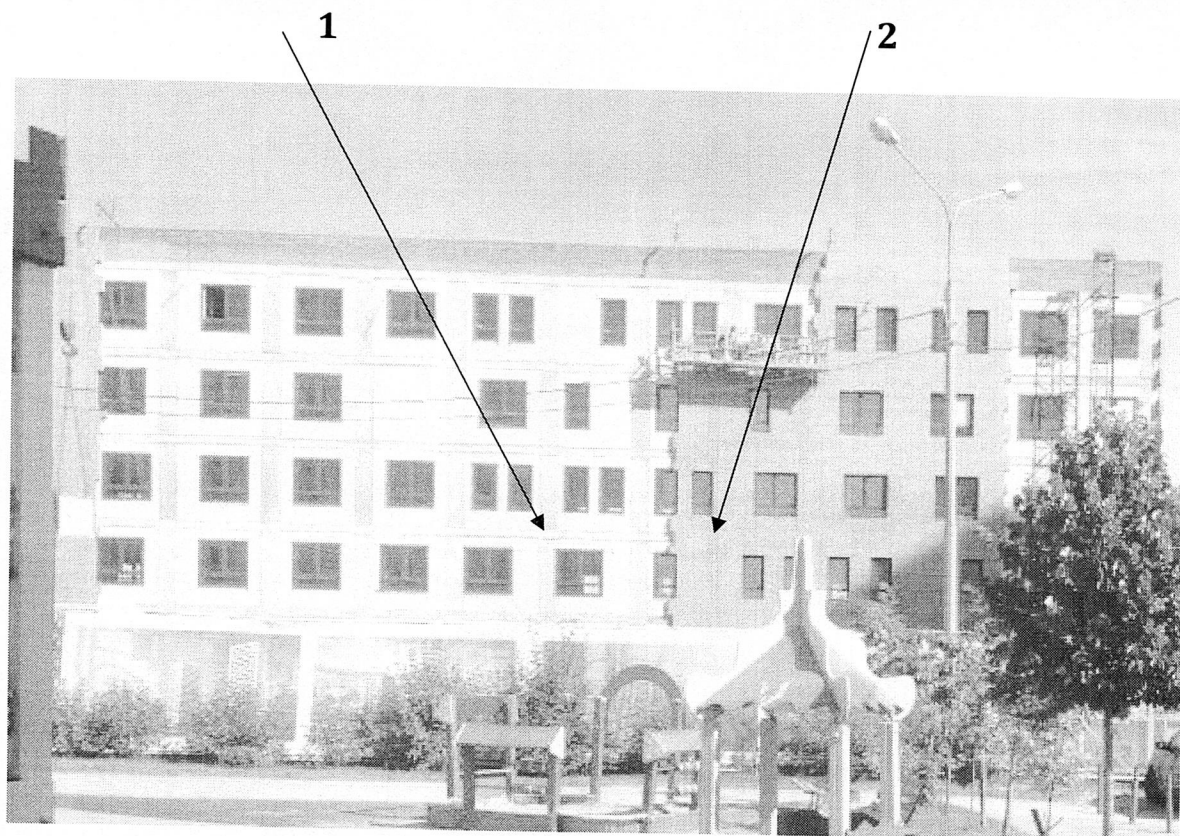
1.Применение ст.405,406, 719 и ст.716 ГК РФ.

Для удобства восприятия доводов Ответчика на картинке приведена технология работ по утеплению фасада.

Цифрой 1 обозначена поверхность фасада, которая готова для утепления. Как видно на рисунке утепление производится после того как будут установлены окна.

Цифрой 2 обозначен утеплитель, который крепится к поверхности фасада.

Затем на утеплитель крепится либо плитка либо иной финишный отделочный материал.



В своих возражениях Ответчик указывал, что просрочка была вызвана тем, что Истец не исполнял свои встречные обязательства по представлению фронта работ - строительной площадки (фасада) и материала для утепления.

Иными словами Ответчик **физически не мог утеплить** неподготовленную поверхность фасада в отсутствие утеплителя.

Из имеющихся материалов дела следует, что Истец **не** исполнил своевременно **встречные обязательства** по предоставлению фронта работ и предоставлению материала (**утеплитель**).

Фронт работ

Обязательство по предоставлению фронта работ (подготовленной поверхности фасада) является **встречным**, что следует из п.5.2.2 Договора и ст.747 ГК РФ.

Согласно п. 5.2.2. Договора Истец обязан обеспечить Ответчику возможность выполнения работ (фронт работ). Данным фронтом работ являлась поверхность фасада многоквартирного дома с монтированными окнами.

В частности, выполнению работ мешало **отсутствие входных групп в нежилые помещения с примыкающими к ним витражными контракциями (окнами) и отсутствие двери в лифтовые холлы на уровне 1-го этажа**, о чем Истцу сообщалось 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019.

Кроме того, не предоставлялись узлы примыкания цоколя к штукатурному фасаду, о чем Истцу сообщалось в письме от 31.01.2019.

Письма 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019, которые подтверждают, что даже в январе 2019 г. (срок окончания работ октябрь 2018) **фронт работ не передавался, что мешало окончить работы в срок.**

Из переписки следует, что Истец не передавал фронт работ более 3 (трёх) месяцев, что больше заявленного Истцом периодом просрочки работ и означает, что в просрочке работ на весь заявленный период виноват сам Истец.

Материал (утеплитель)

Обязательство по предоставлению материала утеплителя фасадного **является встречным**, что следует из ст.745 ГК РФ и п.1.5 Договора.

В соответствии с п.1 ст.745 ГК РФ обязанность по обеспечению строительства материалами, несет подрядчик, **если договором строительного подряда не предусмотрено, что обеспечение строительства в целом или в определенной части осуществляет заказчик.**

В соответствии с п. 1.5. Договора, работы выполняются из материалов, оборудования Подрядчика: *«утеплитель фасадный мин плита ТЕХНОФАС ОПТИМА 50 мм/100мм/150мм, Генподрядчик (Истец) продает Подрядчику (Ответчику) на условиях, оговоренных в статье 8 настоящего Договора».*

Т.е. стороны договорились, что часть материала предоставляется (Истцом) заказчиком.

Согласно подписанными Сторонами счет-фактуры № 1102002 от 02.11.2018 являющимися универсальным передаточным документом, продажа и поставка утеплителя произведена Истцом в адрес Ответчика 02.11.2018, **т.е. после срока (30.09.2018)** окончание выполнения работ по Договору.

Также в материалах дела имелись письма, которыми сообщалось Ответчику о просрочке поставки утеплителя письма от 09.07.2018 г., от 18.07.2018 г., от 03.09.2018 г.

Таким образом, **материалы дела содержали** допустимые доказательства в достаточном объеме из которых следовало, что просрочка выполнения работ в два месяца полностью связана с виной самого Истца, выразившейся в неисполнении встречных обязательств по предоставлению фронта работ и предоставлению утеплителя.

Указанные обязательства Истца являются встречными по отношению к обязательствам по утеплению фасада и без их исполнения невозможно Ответчику исполнять работы по утеплению фасада.

Об указанных обстоятельствах сам Истец не мог не знать в силу их правовой природы.

Кроме того, обстоятельства просрочки предоставления фронта работ и поставки утеплителя **не отрицались Ответчиком**, следовательно, данные обстоятельства считаются установленным по правилам п.3.1 ст.70 АПК РФ.

В соответствии с п.3.1 ст.70 АПК РФ обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование **своих возражений, считаются признанными другой стороной**, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований.

В этой связи Ответчик указывал на необходимость применения ст.405 и ст.719 ГК РФ по смыслу которых, если будет установлено, что должник впал просрочку исполнения обязательств из-за того, что кредитор не исполнил свои встречные обязательства, то должник **АВТОМАТИЧЕСКИ освобождается от ответственности на период просрочки кредитором своих встречных обязательств.**

Ответчик указывал, что должна была быть применима специальная статья в отношении встречных обязательств – 719 ГК РФ, которая не требует приостановку работ. **Ст.719 ГК РФ на-деляет подрядчиком лишь правом, а не обязанностью приостановить работы.**

ПРАКТИКА ВЫШЕСТОЯЩИХ СУДОВ

Данный подход поддерживается приложенной к апелляционной жалобе практикой Верховного суда РФ (*определения Верховного суда РФ от 21 ноября 2016 г. N 304-ЭС16-15116 и от 16 июня 2014 г. N ВАС-6566/14*) и Арбитражного суда Московского округа (*постановления Арбитражного суда Московского округа от 20 ноября 2019 г. по делу N А40-204352/2018, от 25 июля 2019 г. по делу N А40-210909/2018, от 3 февраля 2016 г. по делу N А41-82718/2014*)

(ВАЖНО !!!!!) Знаковым примером применения ч.2 ст.405 ГК РФ, ст.406 ГК РФ и ст.719 ГК РФ является постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 февраля 2016 г. по делу N А41-82718/2014.

В деле суды отказали в удовлетворении исковых требований о взыскании пени за просрочку работ, применив ч.2 ст.405 ГК РФ, ст.406 ГК РФ и ст.719 ГК РФ. Истец не согласился с судебными актами и подал кассационную жалобу, мотивировав ее тем, **что подрядчик не приостановил работы.** Суд кассации указал, что приостановка работ при неисполнении встречных обязательств **является правом, а не обязанностью подрядчика.**

Суд первой инстанции не принимая доводы Ответчика о нарушении Истцом встречных обязательств сослались на то, что **Ответчик не сделал приостановку работ**, которая по **обязательна** в соответствии с ст.716 и ст.719 ГК РФ.

Суд апелляционной инстанции в принципе не дал какое-либо обоснование неприменения норм права, на которые указывал Истец - ст.405,406, 719 ГК РФ.

Ошибка судов является в том, что суды не проводят различие между ст.716 и ст.719 ГК РФ. Действительно ст.716 ГК РФ обязывает подрядчика приостановить работы в случае, если выявляются обстоятельства, мешающие выполнению работ. Но в данной статье речь идет об обстоятельствах, которые **не известны Заказчику!!!** Именно поэтому в силу неизвестности обстоятельств Заказчику Подрядчик обязан известить о них **Заказчика и до получения ответа от Заказчика приостановить работы!**

В статье 719 ГК РФ идет речь о невозможности исполнять Подрядчику свои обязательства из-за неисполнения Заказчиком встречных обязательств. Презюмируется, что Заказчик знает о неисполнении встречных обязательств, поэтому ст.719 ГК РФ **в отличии от ст.716 ГК РФ не возлагает на Подрядчика обязанности как извещать Заказчика о наличии данных обстоятельств, так и тем более делать приостановку работ.**

ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДА, ПОДЛЕЖАЩАЯ УЧЕТУ

В соответствии с п.28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2020 N 13 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции:

«Проверяя правильность применения судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права, суд кассационной инстанции применительно к части 4 статьи 170 АПК РФ устанавливает, соответствуют ли выводы судов практике применения правовых норм, определенной постановлениями Пленума Верховного Суда Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановлениями Президиума Верховного Суда

Российской Федерации и сохранившими силу постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, а также содержащейся в обзорах судебной практики, утвержденных Президиумом Верховного Суда Российской Федерации.»

В этой связи считаю важным обратить внимание суда на следующую практику Верховного суда РФ, которая касается схожих споров, где применялись указанные Ответчиком правовые нормы.

Согласно п.10 Обзора судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных нужд указано, что срок работ продлевается автоматически, если имеется просрочка заказчика. Таким образом, **приостановка работ не требуется.**

Кроме того, считаю возможным упомянуть разъяснения Верховного суда РФ **по применению ст.327.1, ч.3 ст.405 и ст.406 ГК РФ**, содержащиеся Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 N 54 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении":

*«59. Если иное не установлено законом, в случае, когда **должник не может исполнить своего обязательства до того, как кредитор совершит действия**, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства, **применению подлежат положения статей 405, 406 ГК РФ**. Правила статьи 328 ГК РФ в таком случае применению не подлежат.*

Также ранее делалась ссылка на практику Верховного суда **по конкретным делам** : определения Верховного суда РФ от 21 ноября 2016 г. N 304-ЭС16-15116 и от 16 июня 2014 г. N ВАС-6566/14

Применение ст.404 ГК РФ.

Если бы суды не согласились с применением ст. 405, 406, 719 ГК РФ, о применении которых просил Ответчик, суды, по мнению Ответчика, должны были безусловно принять во внимание вину самого Истца и применить п. 1 ст. 404 ГК РФ (смешанная вина) совместно с ст.333 ГК РФ.

В материалах дела имеется достаточно доказательств, свидетельствующих о вине Заказчика в нарушение срока работ: письма Ответчика от 20.11.18, 09.01.2019, 31.01.2019 **о просрочке передаче фронда работ** и письма Ответчика от 09.07.2018 г., от 18.07.2018 г., от 03.09.2018 г. **о просрочке передачи утеплителя.**

Указанная переписка доказывает, что в нарушении срока работ имеется вина Заказчика-Истца.

В соответствии с п. 81 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств", 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 по этим основаниям в соответствии с положениями ст. 404 ГК РФ**, что в дальнейшем не исключает применение ст. 333 ГК РФ.

2. Неверно рассчитан период просрочки

В решение суда первой инстанции и постановлении суда апелляционной инстанции делалась ссылка на п.13.2.1 Договора следующем контексте:

« Согласно пункту 13.2.1 договора окончание обусловленных договором работ позже установленного срока более чем на 15-ть дней по вине подрядчика влечет наложение на подрядчика штрафа в сумме 50 000 руб. за каждый день просрочки.

На основании пункта 13.2.1 договора истец начислил ответчику неустойку за период с 01.10.2018 по 30.11.2018 в сумме 3 000 000 руб. (50 000,00 рублей * 60 дней).»

Таким образом, по смыслу данного пункта Истец не вправе взыскивать пеню за период нарушения не превышающий 15 дней. Т.е. суды неправомерно взыскали пеню за период с 01.10.2018 г. по 15.10.2018 г., что составляет 750 000 руб. (без применения ст.333 ГК РФ) или 125 000 (с учетом примененного 6-ти кратного снижения пени).

ПРОШУ СУД:

Изменить решение Арбитражного суда Московской области от 03.02.2020, постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2020 и, не передавая дело на новое рассмотрение, принять по делу новый судебный акт, которым

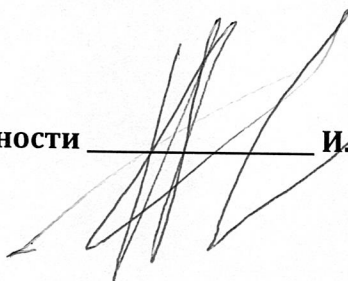
либо отказать в удовлетворении требований, применив ст.405, 406, 719 ГК РФ

либо удовлетворить иск частично в размере не более 150 000 руб. (с учетом ходатайства о снижении пени с учетом СУЩЕСТВЕННОЙ степени вины Истца), применив ст.404 и ст.333 ГК РФ.

Приложения:

1. Квитанция об оплате госпошлины;
2. Копия квитанции об отправке жалобы;
3. Копия доверенности.

Представитель по доверенности _____ И.Б. Полевиков



ДОВЕРЕННОСТЬ № _____

г. Мытищи, шестого сентября две тысячи девятнадцатого года

Общество с ограниченной ответственностью «Лето круглый год» (ООО «Лето круглый год») (ОГРН 1075029009285) в лице генерального директора Коробейкина Романа Сергеевича, действующего на основании Устава, настоящей доверенностью уполномочивает

гражданина Российской Федерации Полевикова Ивана Борисовича, 01.02.1984 года рождения, паспорт 33 09 № 972249, выдан отделом УФМС России по Кировской области в Кирово-Чепецком районе 24.12.2009, к.п. 430-012, зарегистрированного по адресу: Московская область, г. Мытищи, улица Юбилейная, дом 16, кв. 331, а также

гражданина Российской Федерации Полевикова Романа Борисовича, 13.03.1978 года рождения, паспорт 33 00 № 340852, выдан Кирово-Чепецким РОВД Кировской области 27.06.2001 г, к.п. 432-012, зарегистрированного по адресу: Кировская область, г. Кирово-Чепецк, улица Алексея Некрасова, дом 23/2, кв.35,

представлять интересы ООО «Лето круглый год» в судах общей юрисдикции, арбитражных судах во всех инстанциях, в Верховном суде РФ, мировом суде, а также на стадии исполнительного производства со всеми правами, которые предоставлены Гражданским процессуальным кодексом, Арбитражным процессуальным кодексом, Федеральным законом «Об исполнительном производстве», Кодексом об административном судопроизводстве истцу, заявителю, ответчику, заинтересованному лицу, третьему лицу для совершения всех процессуальных действий, в том числе: подписание искового заявления и отзыва на исковое заявление, заявления по делам, вытекающим из административных правоотношений, заявления об обеспечении иска; предъявление искового заявления в суд; передача дела на рассмотрение третейского суда; предъявление встречного иска; полный или частичный отказ от исковых требований, уменьшение их размера; признание иска, изменение предмета или основания иска; заключение мирового соглашения и соглашения по фактическим обстоятельствам (за исключением определения цены отчуждения имущества ООО «Лето круглый год»), подписание заявления

о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, обжалование судебного постановления, судебного акта арбитражного суда, мирового судьи, получения на руки, предъявления к взысканию и отзыва исполнительного документа, обжалования действий судебного пристава-исполнителя, получения присужденных денежных средств и иного имущества.

Настоящая доверенность выдана без права передоверия сроком на один год.

ООО «Лето круглый год»
Генеральный директор



/Р.С. Коробейкин/