**В апелляционную коллегию по гражданским и административным делам Алматинского городского суда**

 **г. Алматы, 050000,** улица Казыбек Би, д. 66.

0201@sud.kz

**От ответчика:** **Индивидуального предпринимателя «…...»**

в лице гр. …………

ИИН: ................

прож.: г. Алматы, ул. ......., д. .., кв. ....

**Представитель по доверенности:**

Саржанов Галымжан Турлыбекович

ИИН: 850722301036.

г. Алматы, Медеуский район,050002, пр. Жибек Жолы, д. 50, офис 202, БЦ Квартал.

info@zakonpravo.kz / [www.zakonpravo.kz](http://www.zakonpravo.kz)

+ 7 (708) 578 57 58.

**АПЕЛЛЯЦИОННАЯ ЖАЛОБА**

на решениеРайонного суда №2 Алмалинского района города Алматы от 19 октября 201.. года

 19 октября 201.. года Районный суд №2 Алмалинского района города Алматы в составе председательствующей судьи ……….., с участием Представителя истца – адвоката …………., по доверенности, и ордеру, Представитель ответчика ИП «…….» в лице ……………... - Саржанов Г.Т., по доверенности, рассмотрев в открытом судебном заседании, в здании суда, гражданское дело, по исковому заявлению гр. ……………… к Индивидуальному предпринимателю «…………..» о расторжении договора на разработку мобильного приложения и взыскании суммы предоплаты, законной неустойки, суд Решил: Иск ……………… к индивидуальному предпринимателю «………...» в лице гр. ………… - удовлетворить частично. Расторгнуть договор на разработку мобильного приложения № …… от 28 апреля 201.. года, заключенный между индивидуальным предпринимателем «….» в лице ……………… и ………………. Взыскать с индивидуального предпринимателя «…………..» в лице гр. …………., в пользу гр. …………., сумму предоплаты в размере 435 000 (четыреста тридцать пять тысяч) тенге, законную неустойку в размере 70 332 (семьдесят тысяч триста тридцать два) тенге, расходы по оплате государственной пошлины в размере 6 350 (шесть тысяч триста пятьдесят) тенге, расходы по оплате помощи представителя в размере 20 000 (двадцать тысяч) тенге.

 Доводами указанные в решения суда от 19 октября 201..года которая была вынесена в окончательной форме 24.10.201... года не согласны.

Вынесенное решение суда первой инстанции считаем незаконным, не обоснованным и подлежащим отмене по следующим основаниям:

Уважаемая апеляционная колегия суд первой иснтанци не принял во внимания доводы ответчика По которому Истец мотивирует свои требования о том, что в соответствии с Договором на разработку мобильного приложения № …. от 28 апреля 201… года заключенным между Истцом и Ответчиком на общую сумму 725 00 тенге. где Ответчиком приняты обязательства в течение 45 календарных дней со дня утверждения дизайна всех экранов приложения, разработать мобильное приложение. Согласно Приложению №1 к Договору.

Во исполнение пункта 2.2. Договора, 23 мая 201.. года Истцом была перечислена предоплата на банковский счет Ответчика в размере 30 % от суммы Договора, что составило 217 500 тенге, что подтверждается приходно-кассовым ордером № 48.

Далее, 16 июня 201.. года после согласования Истцом дизайна на работы по условиям пунктов 2.6. и 2.3. Договора Истцом была перечислена предоплата на банковский счет Ответчика в размере 30 % от суммы Договора, что составило 217 500 тенге, что подтверждается приходно-кассовым ордером № 61. Таким образом, Ответчик принял обязательство до 01 мая 201.. года завершить работы.

В итоге общая сумма предоплаты составила 435 000 тенге.

До сегодняшнего дня условия Договора Ответчиком не исполняются, о причинах послужившим ненадлежащему исполнению условий Договора также не сообщаются.

Вышеуказанными доводами Истца не согласны так как Истец утверждает о том, что со стороны Ответчика никакие работы по Договору не были выполнены и Истец в иске не указывает на конкретные нарушения договора тогда как согласно Договору на разработку мобильного приложения № …. от 28 апреля 201.. года, пункта 2,5., оговорено «Первый взнос вносится Заказчиком, в течении 3 банковских дней со дня подписания настоящего договора», тогда как стороны не оспаривают о том, что Договор на разработку мобильного приложения № ……… был подписан 28 апреля 201.. года, соответственно наблюдаем нарушения Договорных обязательств со стороны Истца который нормы Договора трактуют в свою пользу и п. 2,5., Договора исполнил по истечений 26 календарных дней а именно 23 мая 201.. года Истцом было перечислено предоплата на банковский счет Ответчика в размере 30 % от суммы Договора согласно п. 2.2., что составило 217 500 тенге что не оспаривается сторонами. Тогда как денежные средства должны были поступить до 31 апреля 201.. года. После перечисления с нарушением Договорных обязательств первого транша предоплаты Ответчиком были согласно п. 1., Приложения №1., Договора, Разработаны оригинальные дизайны н иконки для мобильного приложения «……..» которое было согласованно и принято Истцом о чем свидетельствует соответствующее приложение запущенное в Google Play (Подробно можно посмотреть пройдя по ссылке ……. и Доводы Истца написанные на 2-странице в исковом заявлений где истец подтверждает факт согласования п. 1., Приложения №1., Договора буквально словами «Далее, 16 июня 201.. года после согласования Истцом дизайна на работы по условиям пунктов 2.6. и 2.3. Договора…» а также второй транш оплаты которую произвел Истец согласно п. 2, п.п. 2.6., где оговорено «Второй взнос вносится Заказчиком в течении 3 банковских дней со дня утверждения дизайна всех страниц мобильного приложения» о чем также стороны не оспаривают.

Таким образом Уважаемый суд, доводы Истца о том, что условия Договора не исполняются несостоятельности и не обоснованы на основания вышеизложенных доводов.

Будучи человеком добропорядочным и ответственным, Ответчик никогда не отказывался от исполнения своих Договорных обязательств перед Истцом. Однако самим Истцом, не было предпринято не какого конструктивного диалога для урегулирования сложившейся ситуации. Ответчиком на сегодняшний день исполнены все пункты договора, однако, самим Истцом наблюдается злоупотребления пунктами договора и нормами законодательства в своих недобросовестных корыстных целей.

Также доводы истца о том, что «Ответчик принял обязательства до 01 мая 201.. года завершить работы» не состоятельны и не обоснованы тогда как согласно п.п.3.1, п. 3. Предусмотрено «Исполнитель обязуется сдать Заказчику готовое Мобильное приложение в течении 45 Календарных дней с момента утверждения заказчиком дизайна всех экранов приложения, получения первого взносами второго взноса и получения всей необходимой информации для начала работ, а Заказчик принять его и оплатить» но уважаемый суд Просим обратить внимание что доводы истца приведенные в исковом заявлений противоречат друг к другу тогда как истец поясняет что им 16 июня 201.. года после согласования Истцом дизайна на работы по условиям пунктов 2.6. и 2.3. Договора Истцом была перечислена предоплата на банковский счет Ответчика то есть после лета приходит осень а не весна.

Намеки Истца о том, что со стороны Ответчика были нарушены сроки исполнения Договорных обязательств не обоснованы так как согласно п.п. 3.3, п. 3 Договора установлено о том, что «Материалы, необходимые для оформления разделов мобильного приложения (Приложение №1к настоящему Договору), предоставляет Заказчик Исполнителю в срок 3 рабочих дней. При просрочке предоставления материалов Заказчиком срок создания мобильного приложения продляется соответственно времени просрочки. По истечении 25 рабочих дней с момента получения всей необходимой информации, материалы не принимаются и считаются внесенными» Однако со стороны Истца к Ответчикам не были предоставлены и/или предоставлены поздно:

1. Аккаунты социальных сетей Истца, которых по истечений 3 месяцев, а именно в начале октября было предоставлено Истцом;
2. Получение разрешения Истцом от [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/) на публикацию мобильного приложения;
3. Покупка Доменного имя и Аккаунта в [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/).

Соответственно из-за вышеуказанных обстоятельств Ответчик был вынуждено не по своей вине продлевать срок сдачи, тогда как чем больше затягиванием срока занимался Истец приносило только убытки Ответчику.

К началу октября 201.. год всеми силами Ответчика было разработано мобильное приложение «……………..» которую Истец утвердил, о чем свидетельствуют Ватсап переписки между Истцом и Ответчиком так как установка к [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/) является конечным этапом услуги не было целесообразно без утверждения Истца устанавливать приложение в [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/). Выход в прокат [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/) начался с 16 октября 201.. года о чем свидетельствуют в приложений документы а также сведения в настройках мобильного приложения «………».

После установки мобильного приложения «…….» в [Google Play Маркет](https://play.google.com/store?gl=KZ&utm_source=emea_Med&utm_medium=hasem&utm_content=Jan2017&utm_campaign=Evergreen&pcampaignid=MKT-DR-emea-kz-1001280-Med-hasem-py-Evergreen-Jan2017-Text_Search_BKWS%7CONSEM_kwid_%5B*TrackerID*%5D) и [App Store](https://www.apple.com/ru/ios/app-store/), Истцу были предоставлены все необходимые сведения по управлению приложения которую Истец принял и начал пользоваться а также зарабатывать на данном приложений о чем свидетельствуют около 200 подписчиков мобильного приложения «……».

Как предусмотрено п.п. 4.8, п. 4, Исполнитель обязан устранить за свой счет недостатки, иные дефекты, выявленные Заказчиком в ходе контроля за ходом оказания Услуг. В течение года после подписания акта приема передач. Согласно данной договоренности Ответчик оказывал техническую поддержку мобильного приложения «……….» и устранял все технические неполадки которые выявлялись в мобильном приложений о чем свидетельствует последнее обновления Мобильного приложения до версии 1.3.0 от 21 сентября 201.. года, после которого Ответчиком путем переписок было сообщено о том, что необходимо постоянно поддерживать и обновлять мобильное приложение в противном случае приложение может работать не корректно с перебоями. Также было предложено Истцу дальнейшую техническую поддержку мобильного приложения на которую Истец отказался и требовал бесплатного сопровождения некоторое Ответчиком было отказано Истцу.

Поскольку Договором не предусмотрено неустойка доводы Истца не состоятельно применение пункта 1, статьи 295 ГК РК, где сказано «кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законодательством (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон» данная норма применяется в исключительно договорах займа. Тогда как Статья 294, ГК РК,Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме, независимо от формы основного обязательства. Несоблюдение письменной формы влечет ничтожность соглашения о неустойке. Также Истец в иске мотивирует Неустойку за период с 01 мая 201.. года по 30 апреля 201.. года общее количество календарных дней составило – 730. По состоянию на 17 апреля 201.. года ставка рефинансирования НБ РК составляет- 9,25. В итоге общая сумма законной неустойки составляет 79 387 тенге. – которое является ошибочным и не состоятельным так как сам договор был заключен 28 апреля 201.. года и первый транш оплаты был произведен 23 мая 201.. года а второй транш оплаты был произведен 16 июня 201.. года.

В соответствие с ч.1 ст. 359 ГК РК. «Должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства. Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах (стихийные явления, военные действия и т.п.)»

Так же в соответствие с ч.1 ст.364 ГК РК «Если неисполнение или не надлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника».

Согласно статье 5. Применение гражданского законодательства по аналогии сказано В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 [статьи 1](http://online.zakon.kz/Document/?link_id=1000007122) настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи, к таким отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяются нормы гражданского законодательства, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При невозможности использования в указанных случаях аналогии закона права и обязанности сторон определяются, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права). Таким образом Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» и О Микрофинансовых организациях необходимо учесть при наступлении просрочки исполнения обязательства по договору. В части начисленных пении не согласны так как данная сумма пени чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора тогда как согласно ст. 35 Закона О банках и банковской деятельности указанно "Размер неустойки (штрафа, пени) за нарушение обязательства по возврату суммы займа и (или) уплате вознаграждения по договору банковского займа, заключенному с физическим лицом, не может превышать в течение девяноста дней просрочки 0,5 процента от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки, по истечении девяноста дней просрочки не может превышать 0,03 процента от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки, но не более десяти процентов от суммы выданного займа за каждый год действия договора банковского займа."

Применения Истцом в исковом заявление нормы Главы 32 ГК РК, «Подряд» уважаемый суд считаем не обоснованы и не верны так как данная глава регулирует отношения строительного подряда, подряд на проектные или изыскательские работы, подряд на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы и другие работы в сфере строительства. И Считаем Истцом правильно было бы применить статьи ГК РК Глав 4, 16, 17, 18, 22 и т.д.

Согласно ст. 272 ГК РК обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства со стороны всеми обязанными лицами указанно в статье, однако данное не наблюдается в действиях Истца.

Также корыстные мысли Истца не найдут свое воплощение так как согласно статье 147. ГК РК Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Статья 68 ГПК РК. «Оценка доказательств» гласитКаждое доказательство подлежит

оценке с учетом относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения гражданского дела – в данном гражданском деле мы наблюдаем фальшивость предоставленных доказательств и необоснованность.

Статья 72 ГПК РК. В «Обязанность доказывания» предусмотрено Каждая сторона

должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований – что не наблюдается в исковом заявлений.

Статья 73 ГПК РК. «Представление доказательств», доказательства представляются

сторонами и другими лицами, участвующими в деле, суду первой инстанции на стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

Согласно статье 224 ГПК решение суда должно быть законным и обоснованным.

      Решение является законным тогда, когда оно вынесено с соблюдением норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, подлежащими применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходное отношение, либо исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости.

      Обоснованным считается решение, в котором отражены имеющие значение для данного дела факты, подтвержденные исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости, допустимости и достоверности, или являющиеся общеизвестными обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, и в совокупности достаточными для разрешения спора.

Решение суда вынесено при несоблюдении приведенных требований.

Согласно статье 427 п. 4, ГПК нормы материального права считаются нарушенными или неправильно примененными, если суд применил закон, не подлежащий применению, неправильно истолковал закон.

 При разрешении спора суд не применил подлежащие применению нормы материального права, что привело к неправильному разрешению дела и вынесению незаконного решения.

 Удовлетворяя иск, суд мотивировал свои выводы со ссылкой на ст.ст. 157,158,159 ГПК РК.

  Однако суд не применил правильную интерпретацию указанных статьей ГК РК, подлежащих к применению нормы материального права.

Так, в соответствии с п. 3 ст. 722 ГК РК если договором предусмотрено возвращение предмета займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части предмета займа, займодатель вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся части предмета займа вместе с причитающимся вознаграждением.

В пункте данной статьи закона указано, что если договором предусмотрена выплата вознаграждения по займу в сроки, опережающие сроки возврата самого предмета займа, то при нарушении срока, установленного для выплаты вознаграждения, займодатель вправе потребовать от заемщика досрочного возврата предмета займа вместе с причитающимся вознаграждением.

В силу пункта 2 статьи 13 Конституции Республики Казахстан каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод.

Пункт 1 статьи 14 Конституции Республики Казахстан все равны перед законом и судом.

Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года №91-111 ратифицирован Международного пакта о гражданских и политических правах, совершенного в Нью-Йорке 16 декабря 1966 года. Согласно пункту 1 ст.14 названного Пакта, каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом.

Согласно статье 17 Всеобщей декларации прав человека, принятой резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года, каждый человек имеет право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими.

В соответствии со ст.8 ГПК каждый вправе обратиться в суд за защитой нарушенных или оспариваемых конституционных прав, свобод или охраняемых интересов.

В соответствии со ст.15 ГПК РК, стороны избирают в ходе гражданского судопроизводства свою позицию, способы и средства её отстаивания самостоятельно и независимо от суда, других органов и лиц.

Всеобщая декларация прав человека (статьи 7, 8 и 10), Международный пакт о гражданских и политических правах (статья 14) и Конвенция о защите прав человека и основных свобод (статья 6) устанавливают, что все равны перед законом и судом и что каждый при определении его гражданских прав и обязанностей имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

На основании изложенного прошу Суд, учесть о том что ответчик относится к категорий социально уязвимым слоям населения в связи считаем необходимо удовлетворений иска отказать в соответствии с принципами добросовестности, разумности и справедливости так как ответчиком были предприняты меры по мирному урегулированию дела однако самим Истцом не было предпринято никаких встречных мер.

На основании выше изложенного, и руководствуясь Главой 52, ГПК РК.,

**ПРОШУ СУД:**

* Решение Районного суда №2 Алмалинского района города Алматы от 19 октября 201.. года по исковому заявлению гр. …………., к Индивидуальному предпринимателю «……..» о расторжении договора на разработку мобильного приложения и взыскании суммы предоплаты, законной неустойки – **отменить;**
	+ - Исковое заявление о расторжении договора на разработку мобильного приложения и взыскании суммы предоплаты, законной неустойки гр. …………., к Индивидуальному предпринимателю «…………..» - **оставить без удовлетворения.**

**С уважением,**

**Представитель по доверенности:**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_/Саржанов Г.Т.**

 "\_\_\_"\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_201.. год