

Структурирование, заключение и исполнение ЕРС и ЕРС(М)-контрактов в новой реальности

ВЕРСИЯ 3.0
ДОПОЛНЕННАЯ И ПЕРЕРАБОТАННАЯ

Структурирование инвестиционных проектов на основе ЕРС- и ЕРС(М)-контрактов

Средства обеспечения исполнения обязательств и управления рисками в ЕРС-контрактах

Гарантии качества и производительности в ЕРС- и ЕРС(М)-контрактах: ключевые моменты и подводные камни

Основания и последствия расторжения ЕРС-контрактов и иных строительных договоров

Приостановка строительного договора заказчиком по соображениям удобства

Разрешение споров, связанных со строительными контрактами в новой реальности



СОДЕРЖАНИЕ



- 3** Введение
- 4** Структурирование инвестиционных проектов на основе ЕРС- и ЕРС(М)-контрактов
Владимир Липавский
- 16** Заключение ЕРС- и ЕРС(М)-контрактов: условия, которым нужно уделить особое внимание. Взгляд заказчика
Владимир Липавский
- 28** Средства обеспечения исполнения обязательств и управления рисками в ЕРС-контрактах
Иван Суздаев
- 43** Субподряд в системе ЕРС-контракта
Иван Суздаев
- 56** Гарантии качества и производительности в ЕРС- и ЕРС(М)-контрактах: ключевые моменты и подводные камни
Владимир Липавский
- 67** Этапы приемки работ в российских и международных строительных контрактах
Гульнара Наструдинова
- 78** Приостановка строительного договора заказчиком по соображениям удобства
Владимир Липавский
- 86** Основания и последствия расторжения ЕРС-контрактов и иных строительных договоров
Гульнара Наструдинова
- 98** Разрешение споров, связанных со строительными контрактами в новой реальности
Вадим Цветков

A photograph of an industrial facility, likely a power plant or refinery, featuring a tall, red and white striped chimney stack with a bright orange and yellow flame at the top. The sky is a clear, deep blue. In the foreground, there are various pipes, metal structures, and scaffolding. The text is overlaid on the lower left portion of the image.

**“Ost Legal де-факто
установила отраслевые
стандарты ЕРС-контрактов на
строительство электростанций
в России....” IFLR 1000**



Вторая редакция нашей «Белой книги» по строительным контрактам была опубликована в ноябре 2019 года. За прошедшие пять лет многое изменилось. Вызовы, с которыми столкнулась индустрия промышленного строительства в период с 2020 по 2024 годы, по своему масштабу и драматизму не имеют прецедентов. Можно с уверенностью сказать, что события последних лет сформировали новую реальность как для заказчиков крупных промышленных проектов, так и для подрядчиков и поставщиков. Например, если раньше структура работы Ost Legal была разделена примерно поровну между структурированием, заключением новых сделок и разрешением споров, то в последние годы значительная часть нашей работы сконцентрировалась на судебных и арбитражных проектах.

Несмотря на все трудности, отрасль продолжает функционировать и находить способы для дальнейшего развития. Именно поэтому мы решили, что настало время проанализировать новые реалии промышленного строительства, обновить рекомендации и подходы. В этом издании мы существенно переработали ранее опубликованные материалы и добавили целый ряд новых статей, чтобы помочь участникам рынка успешно преодолевать вызовы и доводить свои проекты до успешного завершения.

Если у вас возникнут вопросы или комментарии, пожалуйста, направляйте их на адрес info@ostlegal.ru — мы с благодарностью их рассмотрим.

*Искренне Ваш,
Владимир Липавский,
управляющий партнер Ost Legal*



Структурирование инвестиционных проектов на основе EPC- и EPC(M)-контрактов



Владимир Липавский
Управляющий партнер
Ost Legal

При реализации крупного инвестиционного строительного проекта на ранних стадиях важно определиться с контрактной стратегией, то есть выбрать договорную структуру (типы подрядчиков, виды, последовательность заключения и взаимосвязь договоров), которая позволит реализовать проект в оптимальные сроки, с разумными затратами и с максимально эффективным управлением рисками. Важно помнить, что при оценке эффективности контрактной стратегии сроки, стоимость и риски строительства необходимо оценивать в совокупности, поскольку, например, более высокая стоимость строительства может с лихвой компенсироваться более ранним вводом объекта в эксплуатацию и, как следствие, получением прибыли.

При определении контрактной стратегии учитывается множество факторов: имеющаяся степень определенности в отношении объема работ, требуемые сроки строительства, суть строительства («гринфилд», «браунфилд»), вид строящегося объекта и особенности отрасли, источник финансирования (собственные средства инвестора, строительный займ, проектное финансирование и т. д.), конъюнктура рынка, собственные компетенции заказчика в области управления строительством и др. Важность своевременного и комплексного анализа всех этих факторов сложно переоценить: именно такой анализ может помочь выбрать действительно подходящую контрактную модель для конкретной ситуации.

Мультилот

В схеме «мультилот» заказчик сам непосредственно выстраивает взаимоотношения с каждым подрядчиком (проектирование, строительно-монтажные работы, поставки, пуско-наладка), заключает с каждым в отдельности договор, контролирует исполнение, несет все риски. Каждый подрядчик отвечает только за свою часть работ, отсутствует единое лицо, которое бы отвечало за производственные показатели и сроки ввода всего объекта. Важно понимать, что нарушение сроков одним из подрядчиков (например, проектировщик несвоевременно выдает рабочую документацию) дает право остальным затронутым подрядчикам требовать продления сроков выполнения их

Можно выделить два «полюса» договорных структур проекта:

- 1) Заключение договоров с множеством отдельных подрядчиков и управление ими силами собственного внутреннего подразделения — то, что в России часто называется «строительство хозспособом», а на Западе — «multilot».
- 2) Сооружение объекта на основе договора EPC.

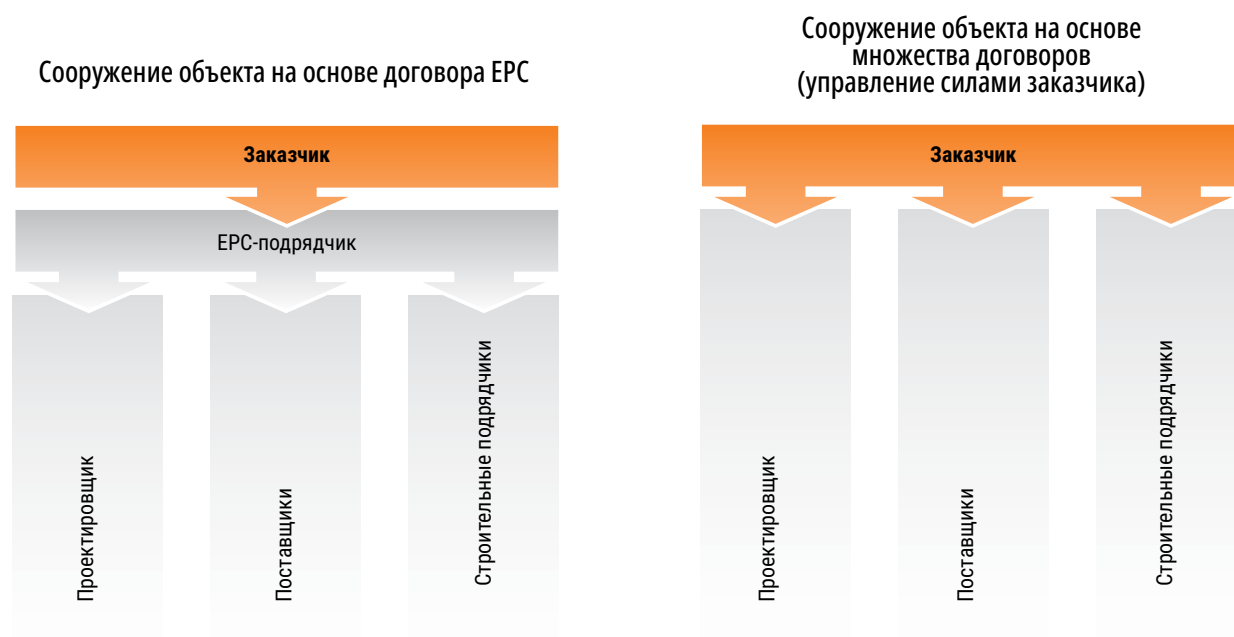


Рис. 1. Две полярные договорные модели реализации строительных проектов

ЕРС-контракт, мультилот, ЕРС(М) – это всего лишь инструменты, каждый из которых может быть уместным и подходящим для конкретной ситуации. Но довольно часто эти инструменты используют не по назначению

части работ, а также возмещения связанных с таким продлением расходов. К слову, исходя из нашей практики, во всех проектах, где заказчик отдельно нанимал проектировщика и строительно-монтажных подрядчиков/поставщиков, всегда имел место срыв сроков задержек в передаче рабочей документации от проектировщика — подрядчикам и исходных данных от поставщиков — проектировщику. Вместе с тем в ряде случаев управление проектом собственными силами заказчика (т. е. мультилот) может быть вполне оправданным, в частности, когда имеют место следующие факторы:

- 1) Заказчик располагает собственной службой капитального строительства, которая имеет достаточный опыт управления подобными проектами в прошлом;
- 2) Особенности площадки или проекта таковы, что заказчик может более эффективно управлять рисками, чем предполагаемый ЕРС-подрядчик;
- 3) В соответствующей нише рынка отсутствуют опытные и компетентные ЕРС-подрядчики с суммой ликвидных активов, достаточной для того, чтобы эффективно принять на себя предусмотренную ЕРС-контрактом ответственность; ЛИБО
- 4) Реализующийся проект характеризуется повышенной степенью неопределенности и рисков, что побуждает ЕРС подрядчиков закладывать высокую стоимость рисков в цену ЕРС-контракта;
- 5) Финансирование проекта осуществляется заказчиком за счет собственных средств или

корпоративных займов, т. е. отсутствуют требования займодавцев в отношении договорной структуры проекта;

- б) Сроки ввода объекта в эксплуатацию не являются критическим фактором.

ЕРС-контракт

ЕРС представляет собой английскую аббревиатуру слов engineering, procurement, construction (инжиниринг, поставки, строительство) и представляет собой так называемый договор «полного цикла» — подрядчик отвечает за проектирование, поставки, строительство, пуско-наладку и ввод объекта в эксплуатацию.

Договор ЕРС¹ часто используется в тех случаях, когда заказчик не располагает собственной службой, способной управлять строительным проектом, не желает вмешиваться в такое управление и принимать на себя соответствующие риски. Также ЕРС является одной из основных договорных форм в проектах, которые финансируются с помощью банков или иных финансовых институтов (в особенности это касается проектного финансирования), так как банки, предоставляя кредит, стремятся к тому, чтобы проектная компания брала на себя как можно меньшее количество рисков.

Для «классического» договора ЕРС lumpsum свойственны следующие характеристики:

- 1) Выполнение ЕРС-подрядчиком полного цикла работ: проектирование, поставки, строительство

¹ Для целей удобства классификации под термином «Договор ЕРС» или «ЕРС-контракт» мы будем понимать ЕРС-контракт с твердой ценой «под ключ» (ЕРС lumpsum turnkey), если иное не вытекает из контекста.

Правильное применение модели EPC позволяет серьезно сократить общие сроки реализации проекта за счет параллельного проектирования и закупок оборудования длительного цикла изготовления

- 2) твердая цена, которая в большинстве случаев может являться паушальной. Следует отметить, что определение цены в качестве твердой и паушальной не исключает того обстоятельства, что в процессе проектирования может появиться разбивка цены. Любое превышение стоимости работ, оборудования или материалов по сравнению с договорной ценой относится на EPC-подрядчика. Исключением является изменения в объеме или составе работ, инициированные заказчиком, события форс-мажора, неисполнение заказчиком своих обязательств, предусмотренных договором EPC;
 - 3) высокий предел ответственности подрядчика по сравнению с другими договорными моделями или разновидностями EPC, основанными на принципе открытой или индикативной цены;
 - 4) подрядчик располагает большей самостоятельностью в осуществлении строительного процесса, а заказчик имеет минимум полномочий по управлению EPC-подрядчиком или субподрядчиками;
 - 5) большинство рисков по договору, включая риски непредвиденных затрат и задержек, относятся на EPC-подрядчика.
- EPC-контракт, разумеется, при правильном выборе EPC-подрядчика — это наиболее удобное и надежное решение для заказчика: ему необходимо администрировать только один



Рис. 2. EPC vs. Мультилот

Плюсы	Минусы
Полный контроль над процессом сооружения объекта	Длинные сроки строительства из-за последовательных проектирования, закупок и строительства
Возможность оптимизации цены строительства объекта вследствие удачной конъюнктуры рынка	Сложности с администрированием большого количества договоров
Риск не сконцентрирован на одном контрагенте	Отсутствие единых гарантий (каждый подрядчик отвечает за свой объем работ)
Собственное проведение тендеров на закупку	Риск недостижения проектных (ожидаемых) показателей объекта
Возможность легкой замены отдельных подрядчиков	Эффект домино: просрочка одного подрядчика дает освобождение другим

Таблица № 1. Управление силами заказчика на основе множества договоров (Multi Lot)

Плюсы	Минусы
Сокращенные сроки строительства за счет параллельного проектирования, закупок и строительства	Более высокая цена контракта
Простота администрирования (один договор, один подрядчик)	Ограниченное количество опытных генподрядчиков на рынке
Минимализация риска недостижения проектных (ожидаемых) показателей объекта	Отсутствие дополнительного контроля на уровне субподрядчиков (при исполнении субподрядов)
Снижение риска нарушения сроков реализации проекта	Сложности в замене субподрядчиков
Ответственность и гарантии по принципу «одного окна»	Высокий риск в случае выбора «плохого» генподрядчика

Таблица №2. Плюсы и минусы модели EPC (Single lot)

договор, ответственность за сроки, качество и производственные показатели объекта строится по принципу «одного окна», нарушения со стороны одного или нескольких субподрядчиков не дают EPC-подрядчику права на продление сроков или освобождение от ответственности. Однако, как правило, это и самое дорогое решение: все вышеуказанные риски EPC-подрядчик расценивает и закладывает в цену. По нашему опыту, на стадии контрактации стоимость EPC-контракта может быть на 30–50% выше по сравнению с контрактацией по принципу «мультилот». Вместе с тем

высокая стоимость может компенсироваться или даже перекрываться преимуществами более раннего ввода в эксплуатацию. Сокращение сроков строительства часто бывает возможным за счет того, что EPC-подрядчик, будучи единственным ответственным перед заказчиком лицом, может осуществлять разработку и выдачу проектной и рабочей документации параллельно с закупками материалов и оборудования, а также выполнением СМР. Например, EPC-подрядчик может не дожидаться разработки и утверждения всей проектной документации для того, чтобы начать

контрактование оборудования длительного цикла изготовления. Эффективное применение параллельного проектирования позволяет в ряде случаев серьезно сократить общие сроки строительства.

Каждая контрактная стратегия — «традиционная» модель управления силами заказчика и EPC-модель обладает сильными и слабыми своими сторонами. Для сравнения приводим таблицы, систематизирующие плюсы и минусы каждой стратегии.

Ценообразование в EPC-контракте

EPC-контракт необязательно должен быть основан на твердой «паушальной» цене lumpsum. Термин «EPC» относится, прежде всего, к объему и видам выполняемых работ, однако помимо классического EPC-lumpsum контракта в практике часто встречаются варианты с иными принципами ценообразования:

- контракты с полностью открытой ценой: «открытая книга» (open book), «затраты + вознаграждение» (cost + fee);
- контракты с целевой или индикативной ценой (target price): в своей основе содержат какой-либо из принципов расчета затрат, указанный выше, но дополняются при этом «целевой» ценой, при превышении которой стороны делят перерасход в определенной пропорции;
- контракты с нефиксированной общей ценой, содержащие закрытые единичные расценки, умножаемые на физические объемы выполняемых работ. Наряду с этим такие контракты могут включать твердую фиксированную сумму «косвенных» расходов подрядчика (накладные, административные расходы, страхование и т. п.);
- гибридные и комбинированные варианты ценообразования: сочетание элементов твердой, открытой цены, механизмов эскалации и индексации, привязка части цены, относящейся к высоковолатильным материалам, к биржевой стоимости этих материалов.

Следует отметить, что в ситуации чрезвычайно изменчивой конъюнктуры рынка последних лет именно различного рода гибридные варианты с гибким подходом к ценообразованию вытесняют классические EPC-контракты с твердой ценой.

EPC(M)-контракт

EPC(M) — структура является контрактным решением, которое, с точки зрения распределения рисков, лежит между моделями мультитот и EPC. Следует сразу оговориться, что единого и однозначного понимания, что считать EPC(M) — контрактом не существует. Под таким договором могут понимать, например, ситуацию, когда EPC(M)-подрядчик выступает исключительно как консультант, не заключающий никаких договоров субподряда от своего имени. Равным образом EPC(M)-контрактом может называться договор генерального подряда

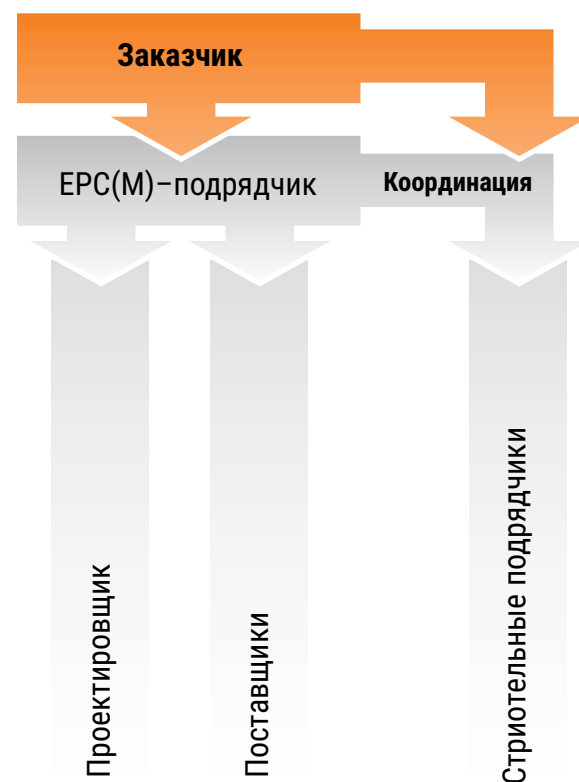


Рис. 3. Сооружение объекта на основе договора EPC(M)

ЕРС(М)-контракт может оказаться удачным решением, когда заказчик хочет выбрать кого-то из узкого списка подрядчиков, владеющих лицензионной технологией, и при этом такие подрядчики не желают принимать риски строительно-монтажных работ в стране площадки.

полного цикла, но в котором цена определена по принципу «открытой книги» (open book) или «возмещения» (cost + fee, reimbursable)². Сложность в терминологию привносит также то обстоятельство, что ни одна из ведущих международных организаций (FIDIC, ICC Orgalime) не выпустила проформы договора ЕРС(М).

ЕРС(М) представляет собой английскую аббревиатуру Engineering Procurement Construction Management. При этом корректным переводом данной аббревиатуры на русский язык является «Проектирование, Поставки, Управление Строительством». В ЕРС(М) модели слово management (управление) чаще всего относится именно к строительству в узком смысле слова, т. е. к выполнению строительно-монтажных и иных работ на площадке. С учетом ранее сделанных оговорок о неопределенности в терминологии, под ЕРСМ-контрактом чаще всего понимается такая структура, когда ЕРС(М)-подрядчик собственными силами или силами дочерней компании осуществляет проектирование, самостоятельно осуществляет закупку оборудования и материалов, но в части строительно-монтажных работ осуществляет лишь управление, т. е. не нанимает от собственного имени строительно-монтажных подрядчиков, а лишь от имени заказчика управляет нанятыми заказчиком подрядчиками.

Не секрет, что в ходе реализации крупного строительного проекта именно выполнение строительно-монтажных работ представляет собой зону наибольшего риска, вследствие чего многие международные подрядчики,

особенно при выполнении проектов в другой стране, неохотно принимают участие в тендерах, основанных на «классической» ЕРС-модели. В таких случаях, когда заказчику интересен конкретный подрядчик, например, владеющий некоей лицензируемой технологией, ЕРС(М)-контракт может оказаться верным решением.

В ЕРС(М) — контракте ответственность подрядчика будет более ограничена по сравнению с ЕРС-моделью, по крайней мере, в части строительно-монтажных работ и в этой части будет больше напоминать ответственность инженера-консультанта (который отвечает лишь за недобросовестное или некомпетентное оказание собственных услуг), нежели чем ответственность генерального подрядчика. Вместе с тем довольно часто в договорах ЕРС(М) встречаются механизмы стимулирования подрядчика к успешному завершению проекта в целом с использованием принципов бонуса/малуса (т. н. gain sharing / pain sharing). Например, договор может предусматривать, что при вводе объекта в эксплуатацию в более ранний срок подрядчик получает дополнительное вознаграждение, при задержке подрядчик, наоборот, лишается части прибыли. Аналогичным образом может строиться стимулирование в отношении общей стоимости строительства: стороны могут установить некий целевой бюджет и если, эффективно управляя строительством, подрядчик добьется экономии, то такая экономия делится между сторонами в согласованной пропорции.

² На наш взгляд, более правильно называть такие контракты ЕРС open book и ЕРС reimbursable либо cost plus fee соответственно.

Трансформация различных контрактных стратегий

Не так уже редко встречаются случаи, когда проект, который начинал реализовываться с использованием одной контрактной стратегии, изменяет направление и продолжает осуществляться с применением уже других договорных моделей. Такие изменения могут быть запланированы изначально либо они могут происходить вследствие изменившихся обстоятельств.

В качестве примера запланированных изменений можно привести проект строительства очень крупной газоперерабатывающей установки. Для реализации данного проекта заказчик выбрал стратегию контрактования по принципу EPC “open book” (подрядчик получал повременные ставки за управление проектом, в оставшейся части ценообразование строилось по принципу “открытой книги», ответственность подрядчика была минимальной) с последующей (примерно по истечении 9 месяцев) конвертацией в EPC lumpsum согласно заранее согласованной формуле. Причины такого выбора состояли в следующем: 1) срок ввода был критическим фактором проекта; 2) подготовка и качественное проведение тендера на присуждение договора EPC lumpsum заняли бы не менее 8 месяцев, при этом предварительные переговоры с подрядчиками показали, что они оценивают риски неопределенности в объемах существенно выше, чем была бюджетная оценка заказчика; 3) реализовывать проект по модели Open book заказчик тоже не хотел, так как это означало ценовую неопределенность и риски. Кроме того, предполагалось, что в течение 9 месяцев с момента заключения договора EPC open book будет разработана значительная часть рабочей документации, закуплено или хотя бы определено основное оборудование, что позволит снять неопределенность в объемах и даст подрядчику возможность оценить свои риски и адекватно конвертировать их в твердую цену.

В другом случае имела место незапланированная трансформация. Проект изначально реализовывался по модели EPC lumpsum. Между тем, в процессе строительства финансовое положение EPC-подрядчика существенно ухудшилось, кроме того, он, возможно, несколько ошибся в расчетах цены. Заказчик в данном случае располагал компетентной и опытной командой по управлению проектом, которая во многом превосходила команду EPC-подрядчика. В этой ситуации было принято решение о переходе на модель мультитот: EPC-контракт был расторгнут, все договоры субподряда и поставки переведены на заказчика, который продолжил управление проектом собственными силами.

Не запутаться в терминах

Как уже неоднократно отмечалось, единой стройной классификации строительных договоров не существует. Например, помимо договора EPC lumpsum turnkey существуют такие модели, как EPC open book или EPC reimbursable/cost+fee (договор EPC с ценообразованием по принципу «открытой книги» либо — по принципу возмещаемых затрат, соответственно), что сближает такие договоры с моделью EPC(M). С другой стороны, часто встречаются договоры на управление проектом (Project Management Contract — PCM) и договор на оказание услуг инженера заказчика, которые часто путают с моделью EPC(M).

Кроме того, в практике часто встречаются «усеченные» контрактные модели: EP — Engineering & Procurement (инжиниринг и поставки либо управление поставками); EP(SS) — Engineering, Procurement & Site Services (инжиниринг, поставки и услуги на площадке); balance of the plant agreements (дословно — «остаток завода») — обычно описывает ситуацию, когда заказчик к моменту заключения договора подряда уже самостоятельно закупил все или часть основного оборудования и в объеме обязательств подрядчика входит поставка всего остального необходимого для завода оборудования.

Соблазн пойти по более короткому пути и выбрать в качестве основы какую-то из имеющихся проформ FIDIC может привести к тому, что в ходе исполнения договора всем задействованным в этом лицам придется потратить гораздо больше сил для понимания того, что же в договоре все-таки написано

Как подготовить проект договора

При подготовке проекта строительного договора существует два основных варианта: 1) взять за основу готовую проформу договора, выпущенную одной из международных организаций, либо 2) подготовить договор специально под проект (т. н. bespoke контракт). В настоящее время целый пакет проформ разработали такие организации, как Международная ассоциация инженеров-консультантов (FIDIC), Международная торговая палата (ICC), Европейская ассоциация инжиниринговых отраслей Orgalime, а также ряд других международных и национальных организаций.


Наибольшую распространенность приобрели проформы FIDIC. Изначально FIDIC разработала 5 проформ:

- «Условия контракта на сооружение объектов гражданского строительства» 4-е издание 1987 г., исправленное и дополненное в 1988 и 1992 гг. («Красная» книга) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition 1987, reprinted with editorial amendments in 1988, reprinted with further amendment in 1992 (Red Book);
- «Условия контракта на электромонтажные работы и работы по монтажу механического оборудования», 3-е издание 1987 г. («Желтая» книга) Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition 1987 (Yellow Book);
- «Условия субдоговора на сооружение объектов гражданского строительства», 1-е издание 1994 г. Conditions of Subcontract for Civil Engineering Construction, First Edition 1994;
- «Типовой договор между заказчиком и консультантом на оказание услуг» 3-е издание 1994 г. («Белая» книга) Client/Consultant Model Services Agreement, Third Edition 1998 (White Book);
- «Условия контракта на проектирование, строительство и сдачу объектов «под ключ», 1-е издание 1995 г. («Оранжевая» книга) Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition 1995 (Orange Book).

На основе опыта применения первой группы проформ FIDIC был разработан ряд новых типовых контрактов:

- «Условия контракта на строительство», 1-е издание 1999 г. (новая «Красная» книга) Conditions of Contract for Construction, First Edition 1999 (New Red Book);
- «Условия контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство», 1-е издание 1999 г. (новая «Желтая» книга) Conditions of Contract for Plant and Design and Build, First Edition 1990 (New Yellow Book);
- Условия контрактов типа «ИПС» («инжиниринг-поставка-строительство») и проектов, выполняемых «под ключ», 1-е издание, 1999 г. («Серебряная» книга) Conditions of Contract for EPS Turnkey, First Edition 1999 (Silver Book);
- «Краткая форма контракта», 1-е издание 1999 г. («Зеленая» книга) Short Form of Contract, First Edition 1999 (Green Book).

В новых контрактах роль инженера-консультанта существенно изменилась, теперь он не является независимой и беспристрастной



**Знаем индустриальную
специфику и применяем
коммерческий подход**

стороной, а представляет интересы Заказчика. Для доарбитражного урегулирования споров новыми контрактами предусмотрено назначение посредника между сторонами в лице Совета по урегулированию споров.

Несмотря на то, что новые типовые контракты издания 1999 года (за исключением «Краткой формы контракта», которая является первым документом такого рода) были призваны заменить соответствующие контракты, выпущенные до 1999 года, на практике этого не произошло. В настоящее время при выполнении международных строительных проектов стороны активно используют как контракты, выпущенные до 1999 года, так и новые контракты.

В 2008 году FIDIC разработала и выпустила новую проформу – FIDIC Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (DBO) – Условия контракта на Проектирование, Строительство и Эксплуатацию. Данная проформа может быть использована в механизмах государственно-частного партнерства, в том числе как база для проектов «жизненного цикла».

Использование проформ FIDIC, как и проформ других организаций сопряжено с определенными преимуществами, так и с недостатками. К преимуществам данного подхода можно отнести универсальность (могут быть использованы для проектов в различных отраслях) и довольно широкую известность (как подрядчикам, так и финансовым организациям) проформ. Однако недостатки также существенны, во многом эти недостатки являются продолжением достоинств этих универсальных документов: 1) недостаточная степень индивидуализации (например, контракт на строительство газоперерабатывающего завода или электростанции будет серьезно отличаться от договора на строительство офисного комплекса); 2) сложность в согласовании,

а главное — в последующем использовании на стадии строительства (проформа состоит из 7 документов, поэтому уяснить, о чем договорились стороны бывает непросто уже на стадии подписания, не говоря уже про изменение контракта на стадии строительства), недостаточная адаптированность проформ к законодательству стран континентальной правовой системы. Кроме того, необходимо понимать, что несмотря на то, что ФИДИК позиционирует свои проформы, как пакет «на все случаи жизни», в действительности многие договорные формы в этом пакете просто отсутствуют. Например, EPC присутствует в единственном виде — с твердой ценой, переделка его в EPC open book, EPC target price или EPC cost + fee требует существенной модификации — проще подготовить абсолютно новый проект. Такие договоры как EPC(M), PCM⁵, EP+CS вообще отсутствуют в пакете FIDIC, как и других организаций.

Наш опыт показал, что оптимальным способом подготовки договора является его разработка специально под проект, но с использованием основных принципов и подходов, содержащихся в известных проформах FIDIC, ICC и других организаций. Кроме того, безусловно, строительные контракты должны учитывать отраслевые стандарты, требования законодательства, а также судебную практику Российской Федерации. Это позволит применять данные проформы на территории с учетом особенностей проекта и отрасли. ♦

⁵ «Белая книга» ФИДИК, которая может теоретически быть использована для данных целей, носит абсолютно бланкетный характер.





Заключение ЕРС- и ЕРС(М)- контрактов: условия, которым нужно уделить особое внимание. Взгляд заказчика



Владимир Липавский
Управляющий партнер
Ost Legal

Переговоры по согласованию условий договоров на строительство крупных промышленных и инфраструктурных объектов, в особенности, контрактов полного цикла, таких как ЕРС и ЕРС(М), как правило, длятся значительно дольше, чем стороны изначально предполагают. Причина в том, что ЕРС и ЕРС(М)-контракты — это сложные и объемные документы по сути, — некий алгоритм, программа действий сторон на последующие три или четыре года. В такой программе могут быть заложены ловушки и подводные камни, позднее обнаружение которых может стоить значительных потерь, как в плане денег, так и в плане сроков, для той стороны, которая недостаточно внимательно отнеслась к формулировкам условий договоров или их обсуждению. Исходя из нашего опыта, в тех случаях, когда крупный проект реализуется крупным и опытным подрядчиком (в особенности — иностранным) по заказу российского заказчика, подрядчик имеет преимущество, поскольку он располагает профессиональной командой, которая специализируется на подобных контрактах и переговорах, хорошо знает их условия и структуру и, следовательно, может

«спрятать» ряд важных решений, которые будут невыгодны для заказчика.

Первым шагом по «нейтрализации» такой менее выгодной переговорной позиции подрядчика является предоставление собственного проекта ЕРС-контракта для обсуждения. Мы встречали ситуации, когда заказчик в целях экономии, обманчивой, очевидно, денег или времени предлагает подрядчику разработать и представить для обсуждения проект договора. Между тем, сторона, предлагающая свой проект договора, имеет стратегическое преимущество: дать свои замечания относительно того, что в договоре *написано*, — несложно, гораздо сложнее выявить, чего в договоре *не хватает*. Так, в одном из известных нам случаев представленный проект договора вообще не содержал условия об ответственности (заранее оцененные убытки) за просрочку, и заказчик обнаружил это непосредственно перед подписанием.

Ниже мы приводим описание наиболее важных моментов, на которые нужно обратить внимание при заключении договоров ЕРС и ЕРС(М).

1. Объем работ

- **Часто за более низкой ценой кроется меньший объем.**

Каждый подрядчик хочет победить в тендере (а для этого нужно дать как можно более низкую цену), но при этом, разумеется, каждый хочет получить максимальную прибыль от проекта. Погоня за этими двумя зайцами обычно заканчивается тем, что многие подрядчики в ходе тендера дают привлекательные по цене предложения, но при этом стараются ограничить объем выполняемых ими работ и обязательств. С этой целью в их предложения включаются ограничения, предположения, исключения и оговорки, которые так или иначе уменьшают объем обязательств подрядчика. Такая манипуляция может осуществляться малозаметным для заказчика способом — например, невинное, с первого взгляда, предложение дополнить договор

еще одним приложением — коммерческим или техническим предложением подрядчика. В этом предложении весьма аккуратно, в различных местах, будет написано, что НЕ входит в объем работ подрядчика. В результате, если сложить стоимость того, что не входит в обязательства подрядчика, может оказаться, что стоимость реального объекта значительно выше, чем собственно цена, указанная в ЕРС-контракте. Учитывая изложенное, необходимо как на стадии тендера, так и в ходе переговоров добиваться того, чтобы подрядчик расценил и включил в объем все обязательства и работы, которые хочет приобрести заказчик.

Границы работ подрядчика должны быть четко определены. Их отсутствие может затруднить применение оговорки catch-all

- **В случае договора ЕРС входит ли в объем подрядчика выполнение всех работ, указанных в проектной и рабочей документации?**

Довольно часто приходится встречать случаи, когда проектировщик, нанятый ЕРС-подрядчиком, выпустил проектную/рабочую документацию, а ЕРС-подрядчик отказывается делать какие-либо работы или их часть, ссылаясь на какое-либо исключение, содержащееся в ЕРС-контракте. Для того, чтобы избежать таких рисков желательно включать в договор условие о том, что все работы, которые будут перечислены в проектной и рабочей документации, должны быть выполнены ЕРС-подрядчиком.

- **Входит ли в объем работ подрядчика обеспечение соответствия требованиям обязательных технических правил?**

Обязательно настаивать на включении условия о том, что в объем работ подрядчика входит обеспечение соответствия работ и построенного объекта требованиям обязательных технических

правил, действующих в Российской Федерации (независимо от того, перечислены ли конкретные работы в техническом задании и проектной документации). В противном случае заказчик может быть поставлен перед необходимостью, например, устранять предписания Ростехнадзора за свой счет.

- **Необходимо точно определить граничные точки обязательств как заказчика, так и подрядчика.**

Несмотря на кажущуюся очевидность этого тезиса, его практическая реализация не всегда оказывается простой. Довольно часто мы сталкиваемся со спорами относительно того, где заканчиваются обязательства подрядчика и начинаются обязательства заказчика. Важно, чтобы при определении таких условий техническая команда работала во взаимодействии с коммерческой командой и юристами. Границы работ нужно прописывать не только графически (например — пунктирной линией на чертеже), но и текстуально, с подробным описанием каждой из граничных точек. Перед подписанием договора необходимо убедиться, что границы работ определены одинаково во всех документах, составляющих контракт.

- **Оговорки “catch-all” не всегда уместны.**

Довольно часто мы наблюдаем попытки заказчика включить в договор оговорки типа *«подрядчик помимо работ, прямо предусмотренных договором, должен выполнить также любые работы (не упомянутые в договоре), которые необходимы для обеспечения непрерывности или для завершения, или для безопасной и надежной эксплуатации Объекта»*. Такого рода условия обычно включаются в ЕРС-контракт с твердой ценой¹ и имеют своей целью возложить на подрядчика риск появления неучтенных работ (который весьма высок при заключении классического ЕРС-контракта в момент, когда отсутствует детальная, или вообще какая-либо,

проектная документация). Однако, такие оговорки работают так, как они задуманы, только в договорах с твердой или предельной ценой. Если же контракт основан на модели «открытого» ценообразования — open book, cost + fee, закрытые единичные расценки или же российское традиционное сметное ценообразование, то включение условия catch-all может напротив, нанести ущерб интересам заказчика. Так, в одном из дел российский арбитражный суд удовлетворил иск подрядчика о взыскании стоимости дополнительных работ, которые заказчик прямо не поручал и не утверждал, как раз на том основании, что договор подряда (с открытой, «сметной» ценой) содержал как раз такое определение подлежащих выполнению работ: *«работы, указанные в сметах, а также иные работы и услуги, необходимыми или обычно производящимися опытными, квалифицированными и разумными подрядчиками на схожих объектах для обеспечения непрерывности и для завершения или безопасной и надежной эксплуатации Объекта, вне зависимости от того, предусмотрены ли такие работы Договором или нет»*.

2. Проектирование

- **Исходные данные — нужно ли проверять?**

В договоре ЕРС рекомендуется предусмотреть исчерпывающий перечень и сроки предоставления исходных данных со стороны заказчика — это несколько сузит возможности подрядчика по манипулированию сроками путем постоянных запросов дополнительных исходных данных у заказчика. Еще один важный вопрос: гарантирует ли заказчик точность и правильность предоставленных им исходных данных или же ЕРС-подрядчик не может на них полагаться и должен предварительно проверить все исходные данные. Данный вопрос решается по-разному от проекта к проекту. По-нашему мнению, в ЕРС-проекте «под ключ» (т. е. в проекте, где

¹ См. например, FIDIC Silver Book.

подрядчик берет на себя большинство рисков, а участие заказчика минимально) справедливым является решение, когда исходные данные подразделяются на те, которые подлежат проверке, и информацию, на которую подрядчик может полагаться. Например, результаты физических измерений, полученных в ходе топографических, геологических изысканий подрядчик может проверить, только повторив соответствующие изыскания, поэтому если такие изыскания уже были выполнены заказчиком, логично предоставить подрядчику возможность полагаться на такие результаты. Что же касается интерпретации данных, различных вычислений и прочих сведений, которые могут быть проверены без проведения повторных изысканий, то подрядчику необходимо предоставить определенный срок на проверку таких сведений и данных, по истечении которого ЕРС-подрядчик должен сообщить обо всех обнаруженных им ошибках, неточностях и пропусках. Ошибки, о которых подрядчик не сообщил заказчику и которые могли быть обнаружены подрядчиком при внимательном и компетентном изучении исходных данных, должны быть риском подрядчика.

- **Организация обмена исходными данными**

Довольно часто заказчик желает, чтобы какую-то часть проектирования (например, подготовку проектной документации) выполнял отдельный проектировщик на основе прямого договора с заказчиком. В такой контрактной стратегии принцип единой ответственности несколько размывается, однако, помимо собственно ответственности, часто возникает еще одна проблема: организация обмена исходными данными между заказчиком, проектировщиком, подрядчиком и поставщиками оборудования. Каждый из указанных субъектов стремится ограничить объем предоставляемых им исходных данных закрытым и минимальным перечнем, и комбинация таких перечней обычно не равна общему объему исходных данных,

Если заказчик готов взять ответственность за какую-то часть исходных данных, такую часть целесообразно выделить в качестве «информации, не подлежащей проверке»

требуемых для проекта. Для того, чтобы снизить риски заказчика, необходимо включать в каждый из договоров условия: (а) о совместном участии проектировщика, подрядчика и поставщиков в определении перечней исходных данных, предоставляемых каждым из них; (б) о синхронизации сроков представления исходных данных; (в) в ряде случаев — формулирование перечня данных по принципу «все, что нужно» — т. е. таким образом, чтобы не оставалось пробелов; (г) о ранней проверке достаточности исходных данных друг друга и раннем сообщении о каких-либо недостающих данных с исключением возможности в последующем ссылаться на указанные обстоятельства как на освобождение от ответственности.

3. Поставка оборудования

- **Структурирование поставки оборудования в рамках ЕРС-контракта.**

В тех случаях, когда ЕРС-контракт заключается с иностранным подрядчиком, довольно часто стороны структурируют отношения путем заключения нескольких взаимно объединенных договоров:

- «оншорный» контракт, заключаемый с российским подразделением подрядчика и имеющий своим предметом выполнение внутрироссийской части проектирования, работ и поставок;
- «оффшорный» контракт с иностранной компанией ЕРС-подрядчика на поставку основного импортного оборудования, а также выполняемое за границей проектирование;



Chambers: Преимуществом юристов Ost Legal является «глубокое знание индустрии, эффективность, скорость и качество работы»

- соглашение о координации, основной целью которого является связывание оффшорного и оншорного контрактов.

Главные причины структурирования ЕРС-контракта таким довольно сложным образом лежат в области налоговой оптимизации, между тем практическим последствием этого является то, что в крупных проектах с иностранным подрядчиком часто используется «поставочная» модель предоставления оборудования².

С российским подрядчиком ЕРС-контракт, как правило, заключается в виде единого документа, регламентирующего как выполнение работ, так и поставку оборудования.

- **Как принимать оборудование?**

Существует два основных способа приемки оборудования в ЕРС-проектах: «подрядная» модель и «поставочная» модель. В первом случае заказчик не принимает оборудование как таковое — оно принимается в составе законченного объекта в целом либо в составе завершеного этапа работ. Во втором случае заказчик принимает у подрядчика оборудование отдельно, например, на основании товарно-транспортной накладной ТОРГ-12 или УПД (что, в принципе, близко к отношениям по поставке), а затем передает такое оборудование подрядчику «в монтаж».

В тех случаях, когда ЕРС-подрядчиком является иностранная компания — нерезидент России, использование «подрядной» модели в отношении импортного оборудования может оказаться проблематичным в силу требований таможенного законодательства, согласно которому декларантом перемещаемых через таможенную границу грузов может являться только резидент Российской Федерации. Вместе с тем, как показывает практика, крупные иностранные компании, давно работающие в России, нашли способ использовать «подрядную» модель, используя для этой цели собственные дочерние российские компании либо филиалы.

В международной практике поставка импортного оборудования часто выделяется в отдельный «оффшорный» контракт

Преимуществом «подрядной» схемы приемки оборудования для заказчика является то, что от заказчика не требуется каких-либо действий в ходе поставки (например, участия в таможенном оформлении), кроме того, заказчик даже на короткий промежуток времени не несет рисков случайной гибели оборудования. Недостатком можно назвать то, что в случае банкротства ЕРС-подрядчика или обращения взыскания на его имущество такое взыскание потенциально может быть обращено третьими лицами и на оборудование, еще не переданное в составе работ заказчику. Недостатков «поставочной» модели может быть несколько. Во-первых, при любом базисе поставки, кроме DDP, обязанность по таможенному оформлению оборудования лежит на покупателе (заказчике), что влечет целый комплекс проблем, описанных ниже. Во-вторых, в тот период времени, когда заказчик принял оборудование от подрядчика и еще не передал его обратно в монтаж, риск случайной гибели и повреждения оборудования лежит на заказчике (в этой связи рекомендуется осуществлять такую передачу одновременно с приемкой оборудования от подрядчика). Преимуществом является то, что оборудование раньше становится собственностью заказчика. Также, поскольку многие крупные компании имеют ограничения по суммам и обеспечению выданных авансов, преимуществом может считаться более раннее погашение авансов, уплаченных в счет оборудования.

- **Как выбрать базис поставки?**

До 2020 года ЕРС-контракты, как правило, предусматривали базис поставки DDP,

² Более подробно это описано ниже.

реже — DAP³. Однако за последние четыре года ситуация радикально изменилась: сбои логистических цепочек из-за пандемии, кратный рост стоимости перевозок, санкции и отказ многих компаний, особенно страховщиков, работать с Россией привели к тому, что подрядчики и иностранные поставщики оборудования (те, кто еще готов поставлять оборудование в Россию) категорически не желают брать на себя риски, вытекающие из условий группы “D” Инкотермс. Сейчас даже EPC-контракты «под ключ», которые по определению подразумевают, что подрядчик должен купить и привезти на площадку все оборудование самостоятельно, часто содержат специальные оговорки и исключения в части цены, рисков и ответственности за доставку оборудования и материалов. Также, стороны теперь гораздо чаще модифицируют или уточняют своим соглашением соответствующие условия Инкотермс. Например, в одном из контрактов было указано, что оборудование хотя и поставляется на основе базиса DAP, однако стоимость транспортировки и страхования не включена в общую твердую цену оборудования, а определяется отдельно на основе фактических затрат. Кроме того, отдельно оговаривалось, что если поставка на основе DAP окажется невозможной в силу санкций, отказа страховых компаний или перевозчиков, то с соблюдением определенной процедуры поставщик имел право вместо DAP осуществить поставку на основе базиса FOB. К сожалению, универсальных решений сейчас не существует, поэтому мы можем рекомендовать сторонам проявлять гибкость как при определении условий договора, так и в ходе его исполнения, что, впрочем, не означает, что нужно в принципе забыть о минимизации рисков.

³ Терминология Инкотермс 2010.

⁴ В данном случае возникает отдельный вопрос, а целесообразно ли вообще заключать EPC lumpsum -контракт с таким подрядчиком. Подробнее данный вопрос рассматривается в нашей статье «Контрактная стратегия при реализации строительных проектов»

4. Выбор субподрядчиков и заключение договоров субподряда

• Кто выбирает субподрядчиков?

В «классическом» договоре EPC с твердой ценой lumpsum предполагается, что выбор субподрядчиков осуществляется EPC-подрядчиком по собственному усмотрению, поскольку именно EPC-подрядчик несет ответственность за результат в целом и при этом ограничен твердой ценой. В известной нам российской практике в тех случаях, когда EPC lumpsum контракт заключается с крупным иностранным подрядчиком, право заказчика влиять на выбор субподрядчиков и поставщиков ограничено, в основном, правом согласования поставщиков и производителей основного технологического оборудования, т. к. выбор такого оборудования влияет на стоимость дальнейшего владения заводом. В тех же случаях, когда (1) договор EPC заключается с российским подрядчиком, не располагающим ликвидными активами достаточной величины⁴; (2) заключается договор EPC с открытой ценой (например, EPC open book) или договор EPC(M) процедура выбора субподрядчиков должна быть принципиально иной. В вышеуказанных ситуациях, поскольку цена является открытой (или, в случае заключения крупного EPC lumpsum контракта с российским подрядчиком, так как подрядчик де-факто может оказаться не в состоянии обеспечить своим имуществом обязательства построить объект в пределах твердой цены) предоставление EPC-подрядчику права выбирать субподрядчиков по собственному усмотрению может выразиться в существенном удорожании проекта. В таких проектах, во-первых, субподрядчики должны выбираться в соответствии с тендерной или иной конкурентной процедурой на основе заранее согласованной с заказчиком тендерной

документацией, во-вторых, заказчик должен принимать участие в выборе и, в определенных случаях, иметь право вето.

• **Должны ли быть предусмотрены требования к договорам субподряда?**

Договор ЕРС и, тем более, ЕРС(М) может предусматривать одну или несколько форм договоров субподряда, на основе которых ЕРС-подрядчик заключает договоры с субподрядчиками. При этом существенные отклонения от указанной формы должны быть согласованы с заказчиком. Как минимум, договор ЕРС должен предусматривать обязанность ЕРС-подрядчика включить в каждый договор субподряда следующие условия:

- возможность расторжения договора субподряда в случае досрочного прекращения договора ЕРС/ЕРСМ;
- возможность перевода прав и обязанностей по договору субподряда в пользу заказчика в случае досрочного прекращения договора ЕРС/ЕРСМ (об этом подробнее ниже)

Также следует иметь в виду, что российское законодательство допускает возможность предъявления заказчиком прямых требований к субподрядчикам. Данная опция может оказаться полезной при заключении договора ЕРСМ, в котором ответственность ЕРСМ-подрядчика будет существенно ограничена по сравнению с моделью ЕРС lump sum.

В реалиях последних лет особого внимания заслуживает включение механизма перевода прав и обязанностей по договорам субподряда и субпоставки на заказчика в случае досрочного расторжения ЕРС или ЕРС(М)-контракта. К моменту такого расторжения стороны, как правило, уже находятся в состоянии конфликта, поэтому добровольная передача заказчику субдоговоров не всегда является возможной. Заказчику рекомендуется озаботиться включением в ЕРС-контракт и субконтракты такого механизма вступления в договоры субподряда и поставки, который, в случае необходимости,

Договоры субподряда должны быть синхронизированы с ЕРС-контрактом

мог бы быть реализован действиями одного заказчика.

Для этого необходимо включить как в ЕРС-контракт, так и в субконтракты симметричные блоки условий о переходе прав и обязанностей по договорам субподряда / поставки к заказчику на основании его одностороннего уведомления и о последствиях такого перехода. В договорах, регулируемых правом Англии, также рекомендуется заключить отдельное прямое соглашение между заказчиком и основными поставщиками / субподрядчиками.

Важно помнить, что замена лица в договоре, находящемся в процессе выполнения — это сложный многофакторный процесс, который включает в себя не только формальную сделку по замене лица в обязательстве. Замена стороны договора подразумевает также сверку расчетов, передачу частично выполненных результатов работы, документации, вопросы обеспечения, интеллектуальной собственности, гарантий и пр. Все это требует сотрудничества всех сторон, поэтому как в ЕРС-контракт, так и в субдоговоры желательно включить инструменты стимулирования сторон к такому сотрудничеству.

Таким инструментом стимулирования, помимо формальной обязанности ЕРС-подрядчика совершить все необходимые юридические и фактические действия для фактической замены лица в обязательстве, может быть увязывание платежей, причитающихся подрядчику в результате расторжения ЕРС-контракта, с успешным завершением замены лица в договорах субподряда и поставки.

5. Платежи и приемка работ

В большинстве случаев обсуждение данного раздела договора ЕРС либо ЕРСМ с иностранным подрядчиком, как и в случае с проектированием, обнаруживает существенную разницу в подходах. В западной практике типичным является осуществление платежей по графику, который включает в себя последовательность платежных событий (payment milestones) и сумму платежа, относящуюся к каждому из таких событий. Приемка же как таковая осуществляется один раз — по факту завершения строительства. Важно избежать путаницы в терминологии: термин “milestone” часто переводят на русский язык как «этап» или «этап работ». Это неверно, поскольку в российском законодательстве под «этапом» должен пониматься некий завершённый комплекс работ, функциональный узел. Модель «платежи по этапам работ» в российской практике означает уплату *стоимости этапа* по факту его завершения и приемки. Структурирование платежей по схеме payment milestones означает, что к каждому платежному событию относится некая сумма, которая совершенно необязательно представляет стоимость работ, выполненных в соответствующий момент времени. Кроме того, платежным событием может быть необязательно факт завершения каких-либо работ: часто такой вехой может быть выход подрядчика на площадку или заключение какого-либо договора поставки. В российском законодательстве, в принципе, ничего не препятствует согласованию модели платежей по графику (и в ряде случаев она встречается в известных нам заключенных договорах), однако в соответствии с российскими правилами бухгалтерского учета все такие платежи, предшествующие приемке работ, расцениваются как авансы. Согласно корпоративной политике большинства крупных российских компаний, каждый выданный аванс должен обеспечиваться банковской гарантией — разумеется, ни один подрядчик не в состоянии предоставить банковские гарантии

на сумму, равную полной цене договора. Более традиционной системой оплаты в России является сочетание одного или нескольких авансовых платежей, а также платежей, равных стоимости выполненных этапов работ (с вычетом пропорциональной части авансов). Проблемой использования данной схемы в отношениях с иностранным подрядчиком является то, что она не всегда может обеспечить для подрядчика положительный или хотя бы нейтральный денежный поток. Положительный или нейтральный денежный поток обычно является неременным условием участия в проекте крупного иностранного подрядчика. Способ достичь данную цель, оставаясь при этом в рамках традиционной российской платежной модели, может заключаться в многостадийном дроблении этапов на все более и более мелкие подэтапы, вплоть до функционального узла. В итоге количество этапов может достигать нескольких тысяч. Недостатками данной схемы является сложность ее администрирования и необходимость многочисленных согласований сторон, т. к. каждая новая разбивка цены на этапы представляет собой изменение договора.

6. Приостановка работ⁵

В последние годы положения ЕРС-контрактов, а также связанных с ними договоров о праве на полную или частичную приостановку исполнения обязательств приобрели особенную важность, которую невозможно переоценить. Наличие и грамотное использование такого права может помочь, без преувеличения, спасти компанию, и напротив, недостаточное внимание к включению контрагентом прав на приостановку в текст договора часто ставило поставщиков и субподрядчиков на грань банкротства.

• Когда заказчик может приостанавливать работы?

Заказчик должен иметь право приостанавливать выполнение работ в случае нарушений

⁵ См. отдельную статью, посвященную приостановке исполнения договоров.

со стороны подрядчика, угрожающих качеству или безопасности: невыполнение правил техники безопасности на площадке, производство работ с несогласованными отступлениями от проектной и рабочей документации и пр. В таком случае все связанные с задержкой риски несет подрядчик и ему не предоставляется право на продление сроков или возмещение расходов.

Кроме того, крайне желательно включить в договор право заказчика на приостановку работ по собственному усмотрению, т. е. не в связи с нарушением подрядчика. Наличие данного права может оказаться незаменимым в текущих турбулентных условиях. Безусловно, расходы подрядчика в ходе такой приостановки должны быть возмещены, а сроки выполнения работ продлены, однако преимуществом для заказчика является то, что, в течение установленного договором периода приостановки подрядчик, во-первых, не может предъявлять к приемке и оплате новые объемы работы, а во-вторых, не может расторгнуть договор.

• Когда подрядчик может приостановить работы?

Обычно перечень предусмотренных договором ЕРС оснований, дающих подрядчику право приостановить выполнение работ, включает следующее:

- в случае, когда предлагаемые заказчиком решения или указания, предоставляемые материалы или оборудование создают угрозу безопасности выполняемых работ или качеству строящегося объекта (ст. 716 ГК РФ);
- в случае невыполнения заказчиком обязанностей, которые препятствуют выполнению подрядчиком работ (непредоставление исходных данных, строительной площадки, коммуникации и т. п.)
- в случае несвоевременной оплаты работ заказчиком. Однако в данном случае рекомендуется оговорить в договоре (1) минимальную сумму задолженности и минимальный

Если договор подчиняется российскому праву, вместо механизма «заранее оцененных убытков» лучше использовать исключительную неустойку

срок просрочки, которые предоставляют право подрядчику приостановить работы.

7. Ответственность

Раздел договора ЕРС/ЕРС(М), посвященный ответственности сторон и ее ограничениям, обычно является предметом долгих обсуждений. Здесь опять мы видим разницу в подходах. Российские заказчики обычно основывают свою позицию на положениях Гражданского кодекса РФ, в соответствии с которым в случае нарушения обязательств лицо должно возместить убытки в полном объеме, включая как реальный ущерб, так и упущенную выгоду. Разумеется, помимо убытков заказчик настаивает на включении в договор неустоек, в основном, за нарушение сроков и за недостижение производственных показателей объекта. При этом заказчик желает видеть такие неустойки зачетными (т. е. в части, не покрытой неустойкой могут быть взысканы еще и убытки), а еще лучше — штрафными (убытки взыскиваются в полной сумме сверх неустойки). Что касается неустоек за несоблюдение сроков, заказчик обычно настаивает на том, чтобы штрафы применялись не только к конечным срокам, но и к промежуточным.

Почти все, указанное выше, является категорически неприемлемым для иностранного подрядчика. В качестве ключевых принципов, без которых ни один крупный иностранный подрядчик не заключит договор ЕРС/ЕРСМ можно указать следующие:

- i. Договор должен предусматривать безусловный «глобальный» лимит ответственности, т. е. тот лимит, который не может быть

- превышен при осуществлении выплат по любым предусмотренным договором или законом основаниям. Размер такого лимита может различаться в зависимости от суммы контракта и терпимости подрядчика к риску: для EPC lumpsum контрактов до 100 миллионов долларов лимит может быть равен цене договора; при сумме контракта до 500 миллионов долларов лимит может находиться в диапазоне 50% — 75% от цены, в крупных проектах свыше 1 млрд долларов общий лимит ответственности редко превышает 30% договорной цены. В EPC(M)-контрактах лимит ответственности, как правило, существенно ниже — он соотносится с вознаграждением подрядчика и стоимостью работ, выполняемых им собственными силами.
- ii. Санкции за нарушение сроков сдачи объекта и за недостижение объектов обусловленных производственных показателей структурируются в виде заранее оцененных убытков. При этом заранее оцененные убытки, предусмотренные договором, должны представлять собой единственные средства защиты для соответствующего нарушения. Российским приближенным аналогом заранее оцененных убытков является исключительная неустойка. Общий размер таких заранее оцененных убытков также должен быть ограничен. Так, обычной практикой является лимитирование заранее оцененных убытков за просрочку и за недостижение производственных показателей суммами по 10% от цены договора.
- iii. Не подлежат возмещению так называемые «косвенные» и «непрямые» убытки. Из известных российскому праву инструментов в данную категорию попадает упущенная выгода, убытки от простоя или снижения производства, а также штрафы, связанные с такими убытками.

Кроме того, серьезные споры возникают по поводу возмещения вреда, причиненного подрядчиком имуществу заказчика: нормальной мировой практикой считается страхование «от всех рисков» как на стадии строительства, так

и на стадии эксплуатации предприятия, причем с отказом страховщика от суброгации, поэтому западные подрядчики готовы компенсировать такой вред только в пределах суммы франшизы, предусмотренной страховым полисом. Такой подход, конечно же, является непривычным для российских компаний.

8. Право на Изменение

- **В каких случаях подрядчик имеет право на продление сроков выполнения работ и увеличение цены?**

Если смотреть на договор с позиции интересов заказчика, перечень предусмотренных договором EPC либо EPC(M) оснований, которые бы предоставляли подрядчику право на продление сроков и/или увеличение цены, должен быть исчерпывающим. При формировании такого перечня желательно избегать включения в него оснований, которые сами по себе «оставляют дверь открытой», например, желательно не включать формулировки типа «любые иные обстоятельства вне контроля подрядчика, которые оказывают влияние на ход работ...». Перечень обстоятельств, предоставляющих подрядчику право на изменение, можно подразделить на три большие группы: 1) нарушения, иные действия/бездействия со стороны заказчика или помехи других лиц, нанятых заказчиком; 2) материализация рисков заказчика; 3) события форс-мажора (кроме событий, которые не подлежат страхованию и обычно относятся к рискам заказчика, например, война и военные действия).

В договоре желательно описать последствия наступления каждого из оснований, дающих подрядчику право на изменение. Некоторые обстоятельства могут предоставлять подрядчику право только на возмещение расходов, некоторые — право только на продление сроков. Разумеется, будут и обстоятельства, которые наделяют подрядчика правом и на то и на другое. Так, в случае события форс-мажора продлеваются сроки выполнения работ, но при этом, хотя бы в течение некоторого промежутка времени

При расчете продления сроков выполнения работ должны также учитываться предшествующие и параллельные задержки подрядчика

ЕРС-подрядчик может принять на себя собственные расходы, связанные с данным событием. При обнаружении каких-то непредвиденных работ или увеличении объемов работ, если такие сложности можно преодолеть с помощью более высокой интенсивности работ, увеличения количества рабочих и строительной техники, ЕРС-подрядчику должны быть возмещены соответствующие расходы, но сроки могут остаться неизменными.

- **На сколько должны быть продлены сроки?**

Важный момент касающийся сроков: как известно, график строительства крупного промышленного объекта — это многоуровневый комплекс различных мероприятий. Многие работы и поставки выполняются не последовательно, один за другим, а параллельно, при этом задержка в выполнении какого-либо одного вида работ, скажем, на 1 месяц, совсем необязательно должна выражаться в задержке ввода объекта в эксплуатацию на тот же месяц. В планировании строительством используется термин «критический путь» — это взаимосвязь строительных мероприятий (работ, поставок), которые не имеют с точки зрения графика запаса по времени (или имеют минимальный запас) и поэтому задержка любого из видов работ, составляющих критический путь с большой долей вероятности вызовет сдвигку срока окончания работ в целом. При этом важно понимать, что «критический путь» — явление динамическое, например, работы, изначально имевшие запас по времени, при их существенной просрочке могут оказаться на критическом пути проекта.





Средства обеспечения исполнения обязательств и управления рисками в ЕРС-контрактах



Иван Суздалев
Партнер
Ost Legal

Статья посвящена способам обеспечения исполнения обязательств подрядчика по ЕРС-контракту. Рассматриваются вопросы страхования рисков при реализации строительного проекта, включая страхование договорной ответственности подрядчика, применения независимых гарантий, поручительства, гарантийного удержания, а также залога прав по банковскому счету и инструментов банковского сопровождения контракта.

Почему исполнение обязательств подрядчика по ЕРС-контракту обязательно должно быть обеспечено, и какие средства можно для этого использовать

Специфика ЕРС-контракта состоит в том, что основным ответственным лицом, реализующим строительный проект по заданию заказчика, является ЕРС-подрядчик. На него замыкаются организационные задачи, информационные, финансовые и иные потоки при реализации проекта. ЕРС-подрядчик отвечает перед заказчиком за несвоевременное или некачественное выполнение работ

в том числе в случаях, когда это вызвано действиями (бездействием) субподрядчиков и иных лиц, а также обстоятельствами, не зависящими от подрядчика (за исключением действия непреодолимой силы и иных обстоятельств, изъятых договором из сферы ответственности подрядчика). Такая концентрация компетенций и ответственности по принципу «одного окна» представляет собой одно из основных преимуществ ЕРС-контракта.

Но оборотной стороной такой концентрации является сосредоточение на фигуре подрядчика основной части рисков проекта. Размер его обязательств равен совокупной стоимости работ, оборудования и материалов по проекту. Обычно это более, чем значительные суммы, зачастую превышающие собственный капитал подрядчика.

Возникшая неспособность подрядчика реализовать проект создает критическую ситуацию для заказчика. Несостоятельного ЕРС-подрядчика невозможно оперативно вывести из проекта и заменить другим подрядчиком (подрядчиками), и он не сможет самостоятельно компенсировать все убытки.

Задача состоит в том, чтобы перераспределить часть рисков подрядчика на других субъектов рынка, а также участвовать в управлении этими рисками. Для этого могут быть использованы способы обеспечения исполнения обязательств, которые мы рассмотрим ниже¹:

- **Страхование**
- **Независимая гарантия**
- **Поручительство**
- **Гарантийное удержание**
- **Залог прав по договору банковского счета и иные формы обеспечения с привлечением кредитных организаций**

Часть из этих инструментов поименована в статье 329 ГК РФ как способ обеспечения исполнения обязательств, другая часть прямо к ним не отнесена. Но с учетом того, что перечень средств обеспечения является открытым, в широком смысле мы можем рассматривать в соответствующем контексте и страхование, и даже услуги по банковскому сопровождению проекта, поскольку они направлены на обеспечение исполнения обязательств ЕРС-подрядчика: спроектировать, построить и передать заказчику объект строительства в установленный срок и с надлежащим качеством.

1. Страхование

В международной практике деятельность ЕРС-подрядчика на строительной площадке, как правило, страхуется по полису комплексного страхования CAR/EAR (*construction / erection all risks insurance*), покрывающего все риски, включая риск ответственности по договору.

Российское законодательство, по общему правилу, не допускает страхование ответственности по договору (статья 932 ГК РФ). Считается, что наличие такой страховки демотивирует застрахованное лицо надлежащим образом исполнять обязательство.

В специально оговоренных законом случаях риск договорной ответственности строительной организации может быть застрахован. В частности, соответствующие нормы содержатся в ст. 15.6 Федерального закона «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и в Градостроительном кодексе. Пункт 2 части 2 статьи 55.5, и часть 4 статьи 60.1 этого кодекса предусматривают право саморегулируемой организации установить для своих членов правила страхования риска

¹ Неустойка, квалифицируемая статьей 329 ГК РФ в качестве одного из способов обеспечения исполнения обязательств вынесена за рамки данной статьи

Российское законодательство, по общему правилу, не допускает страхование договорной ответственности ЕРС-подрядчика, но другие виды страховой защиты остаются актуальными

ответственности за нарушение условий договора подряда. Причем системное толкование этих норм позволяет сделать вывод, что речь в них идет только о договорах подряда, заключенных с использованием конкурентных способов заключения договоров. Разработанный Всероссийским Союзом Страховщиков внутренний стандарт для данного вида страхования еще больше сужает сферу страхования ответственности договорами, заключение которых с использованием конкурентных способов предписано законом (т. е. фактически закупками товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд и закупками отдельных видов юридических лиц согласно Федеральному закону от 18.07.2011 № 223-ФЗ).

Невозможность застраховать договорную ответственность ЕРС-подрядчика, реализующего коммерческий проект, не означает, что страхование в принципе невозможно использовать для обеспечения интересов сторон в рамках такого проекта.

Подрядчик может (а случаях, в предусмотренных правилами его СРО, — обязан) застраховать свою гражданскую ответственность за причинение вреда вследствие разрушения, повреждения объекта капитального строительства, нарушения требований безопасности при строительстве объекта капитального строительства (часть 4 статьи 60 Градостроительного кодекса). Такая страховка покрывает деликтную ответственность подрядчика перед третьими лицами (статья 931 Гражданского кодекса). Но вправе ли заказчик рассчитывать на страховое покрытие в случае разрушения

или повреждения его имущества подрядчиком в процессе исполнения ЕРС-контракта? Базовым здесь является вопрос о характере ответственности перед заказчиком: является она договорной или деликтной в данном случае. Очевидно, что данной страховкой покрывается риск причинения вреда, причиненного подрядчиком в результате повреждения имущества заказчика, не связанного с проектом (например, имеющегося производственного корпуса по соседству со строительной площадкой) или результата работ по проекту, ранее в полном объеме сданного заказчику. Когда вред причинен незавершенному строительному объекту, возводимому по ЕРС-контракту, речь, вероятно, идет о договорной ответственности подрядчика, поэтому договор страхования может в этом случае может не предоставлять покрытие.

Страхование незавершенного строительством объекта, материалов, оборудования и другого имущества, используемого в рамках проекта, осуществляется в рамках договора страхования имущества (статья 930 ГК РФ). Статья 742 кодекса предусматривает, что страхование может быть возложено договором на сторону, на которой лежит риск случайной гибели или случайного повреждения объекта строительства или иного страхуемого имущества. В ЕРС-контракте такие риски, как правило, несет подрядчик до момента передачи заказчику готового объекта. Означает ли это, заказчик не может за свой счет застраховать незавершенный объект (например, если такая страховка обходится ему дешевле, чем подрядчику)? Пункт 2 статьи 930 ГК РФ запрещает страхование имущества в отсутствии страхового интереса. Однако, вряд ли можно говорить о незаинтересованности заказчика в судьбе возводимого за его счет объекта, в том числе с учетом положений пунктов 27 и 28 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.06.2024 № 19 «О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества», которые предусматривают возможность страхования вещи, права на которую должны возникнуть у страхователя в будущем.

Legal 500 отмечает **Ost Legal** за
доскональное знание отрасли
«Энергетика и природные
ресурсы», практическую
применимость рекомендаций, а
также за хорошее соотношение
цены и качества



В договорах страхования гражданской ответственности ЕРС-подрядчика и задержанного в проекте имущества рекомендуется предусматривать условие о запрете суброгации в отношении требований к подрядчику и заказчику (пункт 1 статьи 965 ГК РФ). Целью страхования для заказчика является успешная реализация проекта ЕРС-подрядчиком и снижение рисков и потенциальных расходов заказчика. Вряд ли способствует достижению этих целей ситуация, когда вред был причинен по неосторожности подрядчика или самого заказчика, страховщик возместил этот вред и начал суброгационное преследование причинителя вреда.

2. Независимая гарантия

Наиболее распространенным средством обеспечения исполнения обязательств ЕРС-подрядчика выступает независимая гарантия.

Независимая гарантия является весьма эффективным способом обеспечения исполнения обязательств в точки зрения двух критериев:

- 1) обязанным по гарантии является лицо, отличное от ЕРС-подрядчика, поэтому в случае несостоятельности последнего заказчик вправе рассчитывать на компенсацию не только с точки зрения права, но и с учетом наличия у гаранта обособленных активов;
- 2) теоретически, выплата по гарантии производится по первому требованию, что позволяет заказчику оперативно получить денежные средства и продолжить реализацию проекта, в том числе с привлечением иного подрядчика.

С момента внесения в ГК РФ изменений в 2015 году, гарантами по гарантии могут выступать любые коммерческие организации, а не только банки. Тем не менее, эффективным средством обеспечения является гарантия, выданная именно кредитной организацией. Как правило, договором устанавливаются требования к наличию у гаранта определенного

кредитного рейтинга, отражающего способность удовлетворить требования по гарантии.

ЕРС-подрядчики в ряде случаев предлагают в качестве обеспечения гарантию организации, которая входит в одну группу лиц с подрядчиком (так называемая «корпоративная гарантия»). С учетом приведенных выше критериев обеспечительные свойства такой гарантии существенно уступают гарантии банка, так как: а) финансовые затруднения ЕРС-подрядчика могут быть связаны с кризисом всей группы и б) гарант, связанный с принципалом (ЕРС-подрядчиком), будет заинтересован изыскать причины и поводы не осуществлять выплаты по гарантии в большей степени, чем банк.

Помимо требований к личности гаранта, в тексте ЕРС-контракта фиксируются основные условия гарантии (срок действия, сумма, основания платежа и т. д.). Форма гарантии, устраивающей заказчика, часто включается в качестве приложения к ЕРС-контракту.

По сложившейся практике, исполнение обязательств ЕРС-подрядчика обеспечивается двумя или тремя гарантиями:

- 1) гарантия возврата авансового платежа;
- 2) гарантия исполнения обязательств (performance bond);
- 3) гарантия гарантийного периода (либо стороны могут предусмотреть, что в течение гарантийного периода полностью или в части может продолжать действовать performance bond).

По гарантии возврата авансового платежа заказчик, уплативший ЕРС-подрядчику аванс, вправе потребовать от гаранта уплаты денежной суммы в размере неотработанного аванса в случае расторжения договора. Обычно гарантия возврата авансового платежа предоставляется на сумму выплачиваемого аванса до его уплаты заказчиком и на срок, на несколько месяцев превышающий плановый срок выполнения работ.

Независимая гарантия — основное средство обеспечения исполнения обязательств ЕРС-подрядчика. Важно предусмотреть в договоре и в гарантии условия ее продления, если реализация проекта затянется и выйдет за пределы срока действия гарантии

Условиями гарантии может быть предусмотрено уменьшение ее суммы по мере погашения аванса фактически выполненными работами.

Performance bond обеспечивает более широкий круг обязательств:

- 1) возмещение убытков заказчика, вызванных расторжением договора,
- 2) возмещение расходов на устранение недостатков работ в случае, если ЕРС-подрядчик уклоняется от устранения недостатков,
- 3) уплату неустоек, начисленных в соответствии с договором,
- 4) выплату заказчику иных сумм, обязанность по уплате которых возникает у подрядчика по условиям договора или в связи с ним.

Гарантия исполнения обязательств обычно выдается на сумму, составляющую от 5 до 15% общей стоимости работ по договору (причем, чем выше стоимость проекта, тем меньше процент). Performance bond действует с даты, близкой к началу работ на площадке, и до запланированной даты завершения работ и передачи его результата заказчику плюс несколько месяцев.

Гарантия гарантийного периода² обеспечивает требования заказчика, возникающие в течение гарантийного периода, прежде всего, о возмещении убытков, вызванных уклонением подрядчика от устранения гарантийных недостатков. Сумма такой гарантии обычно составляет 3–5% от стоимости работ по договору, а срок — с начала гарантийного периода до его окончания плюс несколько месяцев.

Истечение срока, на который выдана гарантия, исключает возможность предъявления требований по ней. В связи с этим гарантией должны быть предусмотрены механизмы продления гарантии на случай, если срок ее действия истекает, а работы (или гарантийный срок) не завершены по тем или иным причинам. Для этого в ЕРС-контракт включается условие об обязанности ЕРС-подрядчика обеспечить продление или замену гарантии, если работы не завершены (гарантийный срок не окончился) в ранее запланированные даты. При этом заказчику должно быть предоставлено право затребовать платеж по действующей (истекающей) гарантии, если она не продлена или не замещена новой гарантией.

Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (публикация Международной торговой палаты № 758) предусматривают возможность включения в гарантию условия «продлевай или плати», согласно которому гарант, получивший требование бенефициара (заказчика) о продлении гарантии, обязан продлить ее или (по своему усмотрению) выплатить бенефициару сумму гарантии.

В ЕРС-контракте целесообразно закрепить правовой статус и судьбу суммы, взысканной в случае непродления гарантии. Полученная по гарантии сумма может быть квалифицирована в качестве гарантийного удержания. Она подлежит возврату ЕРС-подрядчику после того, как замещающая гарантия будет предоставлена, или по истечению гарантийного срока на результат работ. При этом из удерживаемых

² Под «гарантийным периодом» здесь и далее понимается срок гарантии качества работ (ст. 722 ГК РФ). Необходимо не путать гарантийный период со сроком действия независимой гарантии.



средств заказчиком вычитаются те неустойки, убытки и иные суммы, которые должны были быть обеспечены продленной гарантией.

Привлекательность гарантии как средства обеспечения состоит в том, что гарант безусловно должен произвести выплату по предъявлению бенефициаром предусмотренных гарантией документов. Гарант не вникает в существующее между принципалом и бенефициаром обеспеченное обязательство, не рассматривает споры между ними, не проверяет, действительно ли не соблюдено и в какой степени нарушено основное обязательство (статья 370 ГК РФ).

В ЕРС-проектах, как правило, основанием для платежа является предоставление заказчиком — бенефициаром заявления (требования) о выплате с описанием допущенного подрядчиком-принципалом нарушения основного обязательства (просрочка, повлекшая начисление неустойки, убытки, вызванные неустранением недостатков, непродление гарантии в случае незавершения работ в срок и т. п.). При этом не требуется предъявление каких-либо формализованных документов, подтверждающих нарушение основного обязательства.

Такая простота взыскания средств по гарантии иногда приводит к злоупотреблениям со стороны бенефициаров. Например, при просрочке выполнения работ заказчик начисляет неустойку в определенном размере, но при этом заявляет требование по гарантии на всю ее сумму, значительно превосходящую размер неустойки. Бенефициар (заказчик) должен помнить, что гарантия является независимой от основного обязательства только в его отношениях с гарантом. Тем не менее, для бенефициара и принципала гарантия остается обеспечительным обязательством, связанным с основным (обеспеченным) обязательством. В рассмотренном примере гарант взыщет выплаченную бенефициару сумму с принципала (подрядчика), а тот, в свою очередь, будет взыскивать неосновательное

обогащение с заказчика. Величина такого обогащения будет составлять разницу между суммой гарантии и начисленной неустойкой.

Банки-гаранты иногда игнорируют независимый характер гарантии по первому требованию и начинают изыскивать основания и поводы для отказа в выплате по гарантии. Например, рассматривают по существу возражения принципала (подрядчика) об отсутствии основания для выплаты в рамках основного обязательства. Судебная практика частично легитимизирует такое поведение гарантов. Так, в пункте 4 информационного письма Высшего Арбитражного Суда от 15 января 1998 г. № 27 описана ситуация, когда гарант может отказать в удовлетворении требований бенефициара, злоупотребляющего своим правом (например, если он заявляет по гарантии требование о возврате аванса несмотря на факт выполнения работ). Верховный Суд в определении от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16–15440 уточнил, что наличие злоупотребления на стороне бенефициара должен доказать гарант.

На практике обсуждение вопроса о злоупотреблениях бенефициара в деле о выплатах по гарантии часто превращается в полноценный спор о надлежащем исполнении обеспеченного строительного контракте (о факте и сроках выполнения работ, своевременности и полноте предоставления исходной документации и т. п.), что конечно же противоречит природе и сути независимой гарантии. Разъяснения высших судебных инстанций имели целью защиту гарантов и принципалов от очевидных злоупотреблений со стороны бенефициаров, а не превращение гарантии в поручительство.

Таким образом заказчик, предъявляющий требование о выплате по гарантии, должен быть готов к необходимости опровергать в судебном порядке доводы о своей недобросовестности. Более того, с большой вероятностью заказчик вынужден будет, как минимум, *prima facie*, подтвердить факт нарушения принципалом

(подрядчиком) условий ЕРС-контракта, являющегося основанием для взыскания денежных средств по гарантии.

Нельзя не отметить, что в последние несколько лет в силу целого ряда причин: уход крупных западных подрядчиков, участившиеся случаи банкротства подрядчиков, рост ключевой ставки Банка России, переоценка банками стоимости рисков и т. д. для многих подрядчиков, все еще работающих на российском рынке, получение банковских гарантий существенно затруднено или вовсе невозможно. В этой ситуации большее распространение приобретают альтернативные способы обеспечения обязательств и контроля за целевым расходованием средств.

3. Поручительство

Поручительство обладает некоторыми чертами, сходными с независимой гарантией, но не тождественно ей. В силу этого мы не стали бы рекомендовать заказчикам соглашаться на замену обеспечения в ЕРС-контракте с независимой гарантии на поручительство.

Поручительство, как и гарантия, предусматривает право кредитора (в данном случае — заказчика) получить платеж от третьего лица — поручителя. Однако, поручительство не является независимым обязательством. Заявляя требования к поручителю, заказчик должен доказать факт, существо и размер нарушения основного обязательства.

Рынок выдачи поручительств на коммерческой основе банками или иными организациями, обладающими достаточными активами, практически отсутствуют. Поэтому в случае поручительства речь почти всегда идет о предоставлении обеспечения аффилированными лицами должника (подрядчика).

Это означает, что в случае финансовых затруднений подрядчика, с высокой вероятностью

аналогичные затруднения может испытывать и аффилированный с ним поручитель.

Вместе с тем поручительство может быть полезно именно в контексте его предоставления аффилированным лицом. Возложение солидарной ответственности на основную (материнскую) организацию, а особенно на физическое лицо — бенефициара может предотвратить попытки подрядчика перевести активы и бизнес в иное хозяйственное общество группы, и в целом стимулирует повышение эффективности управления.

Таким образом, поручительство может быть эффективным обеспечительным инструментом в дополнение к независимой гарантии банка.

4. Гарантийное удержание

Гарантийное удержание широко применяется на практике в целях обеспечения исполнения обязательств подрядчиков по договорам строительного подряда, в том числе по ЕРС-контрактам.

Оно обычно является альтернативой банковской гарантии надлежащего исполнения. Договоры часто предусматривают, что заказчик получит право на гарантийное удержание, если подрядчик не предоставит независимую гарантию (а в случае предоставления такой гарантии удержанная сумма выплачивается).

Такое средство обеспечения исполнения обязательств, как гарантийное удержание, не закреплено ГК. Однако, обеспечительный платеж, введенный в кодекс в 2015 году, обладает значительным сходством с гарантийным удержанием. В обоих случаях обеспечением служит денежная сумма, аккумулированная у кредитора по обеспечиваемому обязательству, за счет которой могут быть удовлетворены требования к должнику в случае ненадлежащего исполнения. Основная разница состоит в том, что в случае обеспечительного платежа должник

Обычно выплата гарантийного удержания связывается с успешным завершением проекта ЕРС-подрядчиком. Что делать с удерживаемой суммой в случае, если договор по тем или иным причинам расторгнут досрочно, и ЕРС-подрядчик не завершил работы?

вносит кредитору сумму обеспечения, тогда как гарантийное удержание удерживается кредитором из сумм, подлежащих уплате должнику (в данном случае — подрядчику за выполненные работы).

Суть гарантийного обязательства состоит в том, что заказчик вычитает определенный процент (обычно 5–10%) из сумм платежей, уплачиваемых подрядчику в качестве промежуточной оплаты выполненных объемов работ. Выплата части удержанной суммы происходит по факту завершения работ и передачи их результата заказчику, другая часть суммы обычно удерживается до конца гарантийного периода. При этом в случае неисполнения ЕРС-подрядчиком обязанностей по своевременной передаче результата работ, устранению недостатков качества, в т. ч. в течение гарантийного периода, за счет удерживаемой суммы заказчик может взыскать неустойку за просрочку, убытки, вызванные устранением недостатков силами заказчика или привлеченных им третьих лиц и т. п. При этом от заказчика не требуется обращаться в суд (арбитраж) или осуществлять иные подобные процедуры: сумма неустойки или убытков просто вычитается из суммы гарантийного удержания при его выплате. Заказчик, засчитывающий часть суммы гарантийного удержания в счет исполнения обязанностей подрядчика, должен уведомить его об этом. Как минимум, такое уведомление необходимо для того, чтобы потекли сроки исковой давности по требованию об уплате удержанных сумм, и чтобы действия заказчика в последующем не выглядели необоснованными.

Фактически гарантийное удержание представляет собой одновременно средство обеспечения исполнения обязательства и отсрочку оплаты

выполненных работ (то есть коммерческий кредит — статья 823 ГК РФ). В связи с этим мы рекомендуем при использовании данного инструмента прямо оговаривать в договоре, что проценты на сумму гарантийного удержания не начисляются и не уплачиваются.

Самым сложным вопросом применительно к гарантийному удержанию является его судьба в случае досрочного расторжения договора по причинам, зависящим от той или иной стороны. Ранее считалось, что при прекращении договора основания для удержания суммы отпадают и принятые работы подлежат оплате в полном объеме (то есть удержанная сумма должна быть выплачена подрядчику, даже если договор расторгнут по его вине).

Позднее этот вопрос был разрешен судебной практикой иным образом (пункт 20 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018)). Верховный Суд, во-первых, указал на соответствие закону такого средства обеспечения, как гарантийное удержание, а, во-вторых, разъяснил, что ни досрочное расторжение договора по причинам, зависящим от подрядчика, ни банкротство последнего не являются основаниями для досрочной выплаты гарантийного удержания (то есть раньше, чем предусмотренный договором срок), условия расторгнутого договора в этой части сохраняют силу.

То есть, если стороны согласовали выплату части гарантийного удержания после ввода объекта в эксплуатацию, а части — по завершению гарантийного срока, подрядчик получит право требовать оплаты, когда объект будет фактически достроен и когда после этого момента истечет ранее установленный гарантийный срок.

Очевидно, что если заказчик отказался от исполнения договора с нарушившим обязательство подрядчиком, дальнейшая достройка объекта зависит от заказчика: он должен привлечь другого подрядчика, профинансировать работы и т. п. В связи с этим Верховный Суд разъяснил, что если заказчик недобросовестно уклонялся от завершения проекта, суд может признать наступившим условие, с которым связывается выплата гарантийного удержания (ввод объекта в эксплуатацию, завершение гарантийного периода и т. п.), даже если условие фактически не наступило. То есть в данном случае суд применит инструмент юридической фикции в отношении факта ввода объекта, истечения гарантийного периода.

Ссылка Верховного Суда на недобросовестность заказчика кажется в этом случае избыточной. Заказчик может вполне добросовестно отказаться от достройки объекта по своим экономическим причинам. Естественно, он не должен в этом случае освобождаться от обязанности выплатить гарантийное удержание. По логике разъяснений Верховного Суда заказчик должен осуществить выплату в срок, когда соответствующее условие должно было наступить, если бы заказчик продолжал реализацию проекта с применением разумных сил и средств.

Аналогичным образом вопрос о выплате гарантийного удержания должен разрешаться в случае расторжения договора по обстоятельствам, зависящим от заказчика или не зависящим ни от одной из сторон. Основания для досрочной выплаты удержания отсутствуют и в этом случае. Подрядчик должен получить гарантийное удержание в срок, в который он получил бы его при реализации проекта и сдаче объекта согласно предусмотренному договором графику выполнения работ (с учетом задержек с его стороны).

Очевидно, что сроки выплаты гарантийного удержания в случае расторжения договора могут стать причиной споров. Поэтому мы

рекомендовали бы четко урегулировать эти вопросы в договоре. Например, предусмотреть порядок расчета срока выплаты гарантийного удержания, исчисляемого с учетом плановой даты ввода объекта в эксплуатацию и даты расторжения договора, с учетом того, по чьей вине (инициативе) расторгнут договор.

Другой важный вопрос, связанный с гарантийным удержанием, — может ли заказчик получить удовлетворение своих требований, связанных с ненадлежащим исполнением ЕРС-контракта, за счет гарантийного удержания в случае банкротства подрядчика, не приведет ли это к нарушению запрета на зачет и преимущественное удовлетворение требований отдельных кредиторов (статья 61.3, пункт 1 статьи 63 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»).

Ответ на этот вопрос дан в том же пункте 20 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018) и ряде определений Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ (от 29.01.2018 № 304-ЭС17-14946, от 29.08.2019 № 305-ЭС19-10075, от 02.09.2019 № 304-ЭС19-11744, от 08.04.2021 № 308-ЭС19-24043(2,3), от 26.10.2023 № 305-ЭС23-8241 и др.).

Суд сформировал правовую позицию, согласно которой неисправный подрядчик не вправе требовать выплаты полной договорной цены работ, если вследствие несвоевременного выполнения работ была начислена неустойка, или если выявлены не устраненные им дефекты. При этом уменьшение договорной цены на сумму неустойки или на стоимость устранения недостатков не имеет признаков зачета, а является прямым следствием ненадлежащего исполнения обязательств подрядчиком. Процедуру определения сальдо расчетов между сторонами в результате такого уменьшения цены Верховный Суд назвал «сальдированием».

Таким образом, в случае банкротства подрядчика заказчик будет выплачивать сумму

Обеспечение исполнения обязательств ЕРС-подрядчика посредством залога прав по банковскому счету является более компромиссной конструкцией по сравнению с гарантийным удержанием. Но заказчик должен помнить, что средства с залогового счета могут быть списаны в пользу приоритетных кредиторов ЕРС-подрядчика

гарантийного удержания, сальдированную с учетом размера требований к подрядчику по ЕРС-контракту. При этом выплата должна осуществляться в сроки, предусмотренные договором, в пользу подрядчика или лица, приобретшего его требования в ходе конкурсного производства.

В свою очередь, применение гарантийного удержания оставляет подрядчика незащищенным в случае банкротства заказчика. Сумма гарантийного удержания, естественно, не принадлежит подрядчику. Он располагает обычным денежным требованием к заказчику на сумму гарантийного удержания и ему остается лишь требовать включения этого требования в реестр требований кредиторов заказчика. Подрядчик при этом не имеет никакого приоритета перед другими кредиторами.

5. Залог прав по договору банковского счета и иные формы обеспечения с привлечением кредитных организаций

Посредством заключения договора залога прав по договору банковского счета можно создать конструкцию, которая не влечет для подрядчика рисков, свойственных для гарантийного удержания, но позволяет заказчику получить похожий обеспечительный эффект, поскольку также предполагает блокировку определенной суммы денежных средств, за счет которых заказчик может получить удовлетворение в случае ненадлежащего исполнения ЕРС-контракта подрядчиком.

От гарантийного удержания эта конструкция отличается, прежде всего, тем, что сумма обеспечения находится в банке, что защищает подрядчика от несостоятельности заказчика, а также дает последнему меньше возможностей для недобросовестного уклонения от оплаты работ.

Из минусов данного способа обеспечения для заказчика можно указать то обстоятельство, что средства на залоговом счете не имеют абсолютной защиты от требований иных кредиторов залогодателя (подрядчика). Законом (пункт 9 статьи 358.9 ГК РФ) установлен общий запрет на списание средств с залогового счета в порядке, установленном статьями 847, 855 ГК РФ, включая списание на основании требований налоговых органов и исполнительных документов. Однако, согласно части 1 статьи 72.1 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», в случае недостаточности у залогодателя иного имущества, средства с залогового счета все же могут быть взысканы в пользу приоритетных кредиторов (статья 111 закона «Об исполнительном производстве»). Например, приоритетом в соответствии с этой нормой пользуются налоговые органы (но только при условии отсутствия у залогодателя как денежных средств на других счетах, так и любого другого имущества).

Заказчик может оперативно получить удовлетворение за счет заложенных прав, если договором залога предусмотрено право на внесудебное обращение взыскания. В этом случае денежные средства с залогового счета могут быть получены заказчиком в порядке, похожем на заявление требования по банковской гарантии.

Залог прав по договору банковского счета может быть для подрядчика более выгодным и более простым к приобретению инструментом, чем банковская гарантия, так как в случае с залогом банк не рискует собственными активами.

По общему правилу, установленному пунктом 1 статьи 358.12 ГК РФ, залогодатель вправе распоряжаться свободно денежными средствами на залоговом счете, если иное не предусмотрено договором залога прав по соответствующему договору банковского счета или правилами данной статьи. Право свободного распоряжения средствами на счете практически нивелирует обеспечительную функцию залога, поскольку залогодатель может в любое время (не позднее получения банком уведомления залогодержателя о ненадлежащем исполнении обеспеченного обязательства — пункт 4 статьи 358.12 ГК РФ) вывести средства с залогового счета. Поэтому договором залога должна быть установлена твердая сумма, ниже которой не может опуститься остаток на залоговом счете (пункт 3 статьи 358.12 ГК РФ). Эта сумма, накопленная на залоговом счете за счет поступающих от заказчика платежей, и будет источником погашения требований заказчика (залогодержателя) в случае ненадлежащего исполнения ЕРС-контракта.

Банки могут предоставить сторонам ЕРС-контракта еще одну возможность по обеспечению исполнения обязательств подрядчика.

В рамках контрактной системы закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд хорошо известны инструменты банковского сопровождения контракта в виде (1) мониторинга расчетов при исполнении контракта и (2) расширенного банковского сопровождения, включающего осуществления банком проверки документов при распоряжении поставщиком и соисполнителями средствами на сопровождаемых счетах (Постановление Правительства РФ от 20.09.2014 № 963

«Об осуществлении банковского сопровождения контрактов»).

Аналогичные механизмы могут использоваться и в коммерческих договорах, включая ЕРС-контракты. Банковское сопровождение контрактов не является способом обеспечения исполнения обязательств в собственном смысле слова, но позволяет контролировать целевое расходование подрядчиком и субподрядчиками денежных средств, уплачиваемых по контракту, предотвращать их вывод, что в итоге служит цели обеспечения надлежащего исполнения контракта.

При этом залоговый счет является наиболее адекватной платформой для построения системы банковского сопровождения контракта с учетом установленных законом особенностей режима данного счета. Абзац 2 пункта 1 статьи 358.12 ГК РФ предусматривает, что особенности проведения операций по залоговому счету могут быть установлены в соглашении, заключенном между банком, залогодателем и залогодержателем. Пункт 2 той же статьи предусматривает право залогодержателя получать информацию об остатках и операциях по счету.

Однако, система мониторинга и контроля платежей подрядчика может быть построена и на основании обычного (не залогового) банковского счета подрядчика. Нормы главы 45 ГК РФ о договоре банковского счета не содержат норм о правах третьего лица на осуществление мониторинга и контроля. Однако, данные нормы являются в большинстве своем диспозитивными (например, статьи 847 и 858 ГК РФ, позволяющие установить договорной порядок распоряжения средствами на счете и ограничения такого распоряжения). С учетом этого некоторые банки допускают заключение дополнительных соглашений к договорам банковского счета, позволяющих третьему лицу (в нашем случае — заказчику) контролировать в той или иной мере операции по счету владельца счета (подрядчика).

КАК ВЫИГРАТЬ
СТРОИТЕЛЬНЫЙ СПОР?



ЧТО ТАКОЕ
ЕРС(М)?

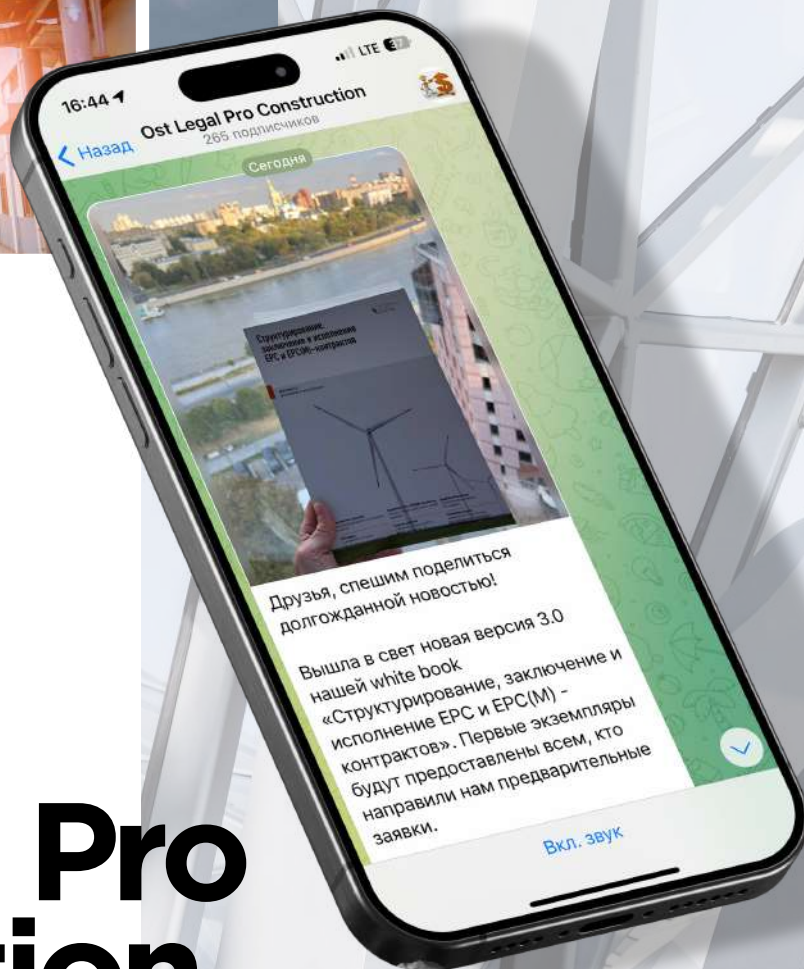


КАКИЕ
ПОДВОДНЫЕ
КАМНИ
В ЕРС-
КОНТРАКТЕ?



ДЕЛИМСЯ НАШИМ
20-ЛЕТНИМ ОПЫТОМ

ПОДПИСЫВАЙТЕСЬ
НА НАШ КАНАЛ В TELEGRAM



Ost Legal Pro Construction

Использование средств банковского мониторинга и контроля операций также является опцией, необходимость использования которой может быть вызвана, например, особенностями проекта (например, привлечением внешнего банковского финансирования) или личностью подрядчика (его экономическим положением и репутацией)

Тем не менее, залоговый счет лучше подходит в качестве средства обеспечения, поскольку, во-первых, средства на нем защищены от взыскания со стороны большинства иных кредиторов, а во-вторых, в случае нарушения подрядчиком ЕРС-контракта, взыскание на средства на залоговом счете могут быть обращены во внесудебном порядке (если это предусмотрено договором залога).

Заказчик может воспользоваться следующими инструментами мониторинга и контроля в отношении средств на счете подрядчика в случае оказания услуг по банковскому сопровождению контракта:

- 1) получение заказчиком информации по счету (включая прямой доступ к системе «клиент-банк»);
- 2) прямое одобрение заказчиком всех или отдельных расходных операций по счету, при условии, что они направлены на реализацию проекта;
- 3) проверка банком перед совершением расходной операции ее соответствия установленным требованиям в части получателя, назначения платежа, наличия определенных документов, в том числе подтверждающих факт выполнения работ, поставки товара, соответствия платежным графикам и т. п.;
- 4) осуществление аналогичных контрольных мероприятий в отношении счетов и платежей субподрядчиков, когда участниками проекта согласовывается применение многоуровневой системы банковского сопровождения ЕРС-контракта.

В настоящей статье рассмотрены основные средства обеспечения исполнения обязательств подрядчика по ЕРС-контракту. Их перечень не является закрытым, и стороны могут использовать другие инструменты, в том числе прямо не предусмотренные законом.

Ряд описанных способов обеспечения, как правило, являются альтернативными: при заключении ЕРС-контракта (а иногда уже на стадии исполнения) стороны могут выбрать наиболее подходящее средство: независимую гарантию, гарантийное удержание или блокировку на залоговом счете твердой суммы. Эти средства обеспечения могут использоваться совместно при условии, когда они не дублируют друг друга, например, возврат авансов обеспечивается банковской гарантией, а своевременное и качественное выполнение работ — гарантийным удержанием.

В то же время другие инструменты могут использоваться в дополнение к вышеперечисленным. Обычной практикой является использование страхования наряду с независимой гарантией. Поручительство может быть добавлено в комплекс обеспечительных мер с учетом особенностей корпоративной структуры подрядчика. Использование средств банковского мониторинга и контроля операций также является опцией, необходимость использования которой может быть вызвана, например, особенностями проекта (например, привлечением внешнего банковского финансирования) или личностью подрядчика (его экономическим положением и репутацией). ♦



Субподряд в системе EPC-контракта*



Иван Суздаев

Партнер
Ost Legal

Статья посвящена структурированию договорных отношений между участниками строительных проектов по EPC-контракту с привлечением субподрядчиков. В частности, рассматриваются вопросы участия заказчика в отборе и согласовании субподрядчиков, распределения договорной ответственности в связке «заказчик — генеральный (EPC) подрядчик — субподрядчик». Предложены договорные условия, позволяющие защитить интересы заказчика и продолжить реализацию проекта силами субподрядчиков в случае ненадлежащего исполнения обязательств EPC-подрядчиком.

Для всех очевидно, что любой более-менее существенный по объему и сложный по содержанию строительный проект не может быть реализован единственным подрядчиком. Трудно представить себе EPC-подрядчика, который собственными силами подготовил бы проект, изготовил все оборудование и выполнил строительные-монтажные работы. Для выполнения специализированных функций в рамках проекта EPC-подрядчиком (генеральным подрядчиком) привлекаются соответствующие субподрядчики. Самим EPC-подрядчиком

* Строительный контракт полного цикла (под ключ), включающий проектирование, строительство и обеспечение материалами, оборудованием (Engineering, Procurement, Construction)

может выполняться определенный объем строительно-монтажных работ или изготовление какой-то части оборудования, но не исключено, что функционал ЕРС-подрядчика может быть ограничен лишь проектированием ключевых элементов объекта, закупками и управлением проектом.

В ЕРС-контрактах «субподрядчиками» часто именуются не только организации, выполняющие проектные, строительно-монтажные, а также иные работы, но и лица, поставляющие ЕРС-подрядчику оборудование и материалы, оказывающие услуги, а также предоставляющие права на результаты интеллектуальной деятельности, необходимые для сооружения объекта. Обозначение поставщиков, исполнителей и лицензиатов термином «субподрядчик» носит условный, технический характер и оправдано схожестью мер отбора, контроля, принципов ответственности, применимых ко всем этим участникам проекта. Далее мы будем понимать под «субподрядчиками», где это возможно, весь круг лиц, привлекаемых ЕРС-подрядчиком для реализации проекта.

1. Участие заказчика в отборе и привлечении субподрядчиков

В идеале модель ЕРС lump sum turnkey дает заказчику возможность полностью устраниться от участия в проекте и от контроля за его ходом. ЕРС-подрядчик должен полностью организовать проект, в том числе в части отбора субподрядчиков, и нести ответственность за успешную реализацию проекта. Заказчик должен лишь оплатить работы и, собственно, «повернуть ключ» при запуске объекта.

Описанная модель построения отношений теоретически возможна, но не вполне жизнеспособна. На практике заказчики редко готовы выдать ЕРС-подрядчику такой кредит доверия

и не участвовать в промежуточном контроле в т. ч. в отношении субподрядчиков. Контролируя отбор субподрядчиков, заказчик:

- существенно снижает риск появления в проекте недобросовестного субподрядчика, в т. ч. так называемой «фирмы-однодневки» (что чревато как прямым хищением средств проекта, так и отказом в предоставлении налоговых вычетов по уплаченному НДС);
- снижает риск выбора ЕРС-подрядчиком менее квалифицированного и финансово состоятельного, но более дешевого субподрядчика (в ущерб качеству работ и с повышением вероятности дефолта субподрядчика);
- на ранней стадии получает достаточно полную информацию о субподрядчиках, участвующих в проекте;
- добивается включения в договоры между ЕРС-подрядчиком с субподрядчиками положений, описанных ниже, направленных на обеспечение интересов заказчика.

Более важным является участие заказчика в процедурах отбора субподрядчиков при ценнообразовании по принципу «открытой книги» (open book) или «затраты+вознаграждение» (cost+fee). В этом случае цена договора субподряда непосредственно влияет на стоимость проекта в целом.

Пункт 1 статьи 706 ГК РФ¹ по умолчанию предусматривает право генерального подрядчика самостоятельно привлекать субподрядчиков для выполнения работ, если договором не установлена обязанность подрядчика выполнить работы лично.

При этом закон не запрещает сторонам договора согласовать промежуточные варианты, когда подрядчик вправе привлекать субподрядчиков, но пределы усмотрения подрядчика при реализации данного права ограничены в пользу заказчика.

¹ Здесь и далее мы будем анализировать положения российского права, как наиболее тесно связанного с проектами, реализуемыми на территории нашей страны

Судебная практика допускает возможность установления таких ограничений. Так, в Постановлении от 20.02.2017 по делу № А40-44336/16 Арбитражный суд Московского округа отклонил довод антимонопольного органа о необоснованном включении в проект договора положений о согласовании с заказчиком кандидатур потенциальных субподрядчиков. Аналогично в постановлениях Арбитражного суда Уральского округа от 04.05.2022 по делу № А50-10949/2021, Арбитражного суда Поволжского округа от 14.06.2024 по делу № А12-12917/2023 суды признали допустимым включение в договоры подряда условий о согласовании кандидатур субподрядчика с заказчиком.

Каким образом право ЕРС-подрядчика на выбор субподрядчика по своему усмотрению может быть ограничено ЕРС-договором:

Вариант 1. В договоре указываются критерии, которым должен соответствовать субподрядчик (опыт работы, наличие определенных активов и т. п.). Отбор осуществляет ЕРС-подрядчик, а заказчик постфактум проверяет, насколько выбранные подрядчиком субподрядчики отвечают установленным требованиям, и в случае несоответствия требует заменить субподрядчика.

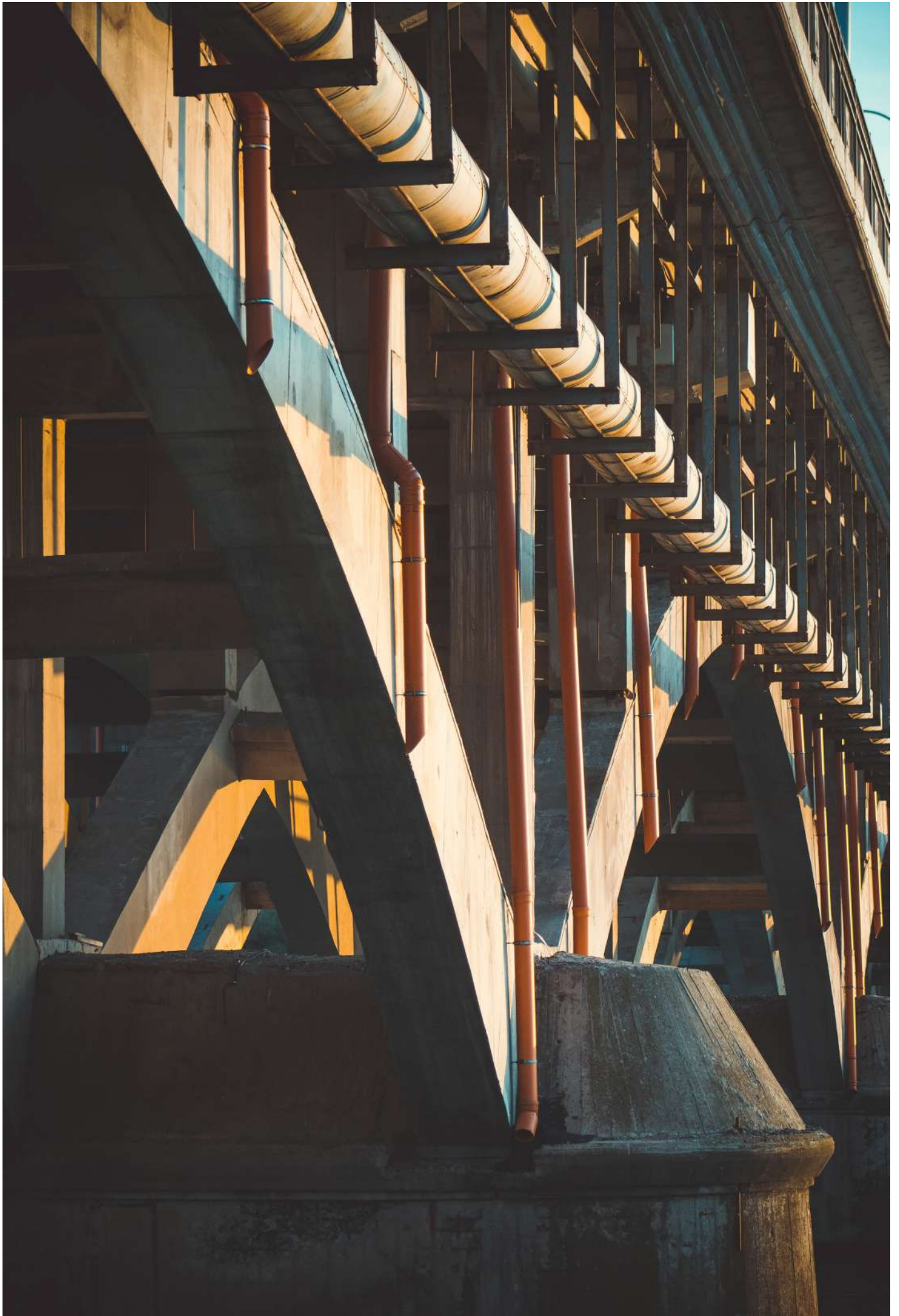
Вариант 2. В договор включается условие о необходимости предварительного согласования с заказчиком конкретных кандидатур субподрядчиков (а иногда и условий договора с ними). В случае отказа ЕРС-подрядчик не вправе заключать договор с данным субподрядчиком. В договорах часто устанавливается суммовый критерий контроля, поскольку с точки зрения соотношения рисков и затрат на контрольные мероприятия бессмысленно проверять субподрядчиков, выполняющих незначительные (в суммовом выражении) объемы работ, кроме отдельных ключевых работ, влияющих на проект в целом. После заключения договора с субподрядчиком ЕРС-подрядчик предоставляет заказчику копию договора.

Подрядчики зачастую готовы предоставлять заказчику свои договоры с субподрядчиком при условии сохранения в тайне (для заказчика) ценовых условий сделки.

Вариант 3. В ЕРС-контракте закрепляется право заказчика определять так называемого «номинарованного субподрядчика» на определенный сегмент (объем) работ. В этом случае заказчик предписывает подрядчику заключить договор с определенным субподрядчиком. Данное условие не противоречит принципу свободы договора. С другой стороны, что делать подрядчику, если заказчик навязывает ему субподрядчика, очевидно неспособного надлежащим образом исполнить обязательство? Подрядчик вправе в этом случае сослаться на злоупотребление правом со стороны заказчика. Некоторые типовые проформы ЕРС-контрактов предусматривают механизмы разрешения такого рода ситуаций, когда подрядчик не готов вступать в сделку с номинарованным субподрядчиком. Например, в «Серебряной книге» FIDIC предусмотрено право подрядчика отклонить такого субподрядчика. Заказчик может настоять на своем решении, но при условии, что он примет на себя риски ненадлежащего исполнения номинарованным субподрядчиком своих обязательств, в том числе гарантирует возмещение убытков подрядчику и освободит его от ответственности за действия субподрядчика.

ЕРС-контракты часто устанавливают похожие требования к согласованию кандидатур не только субподрядчиков, но и ключевого персонала подрядчика, привлекаемого к работе по проекту. То есть заказчик согласовывает участие в проектировании и строительстве конкретных работников подрядчика, замещающих ключевые для проекта должности. Согласование субподрядчиков и ключевого персонала имеет аналогичные цели: обеспечение проекта квалифицированными исполнителями.

Согласование кандидатур субподрядчиков, как правило, сопровождается контролем условий



В ЕРС-контракт рекомендуется включать условия о порядке согласования заказчиком субподрядчиков, привлекаемых для выполнения работ. Если заказчик уклоняется от согласования предложенной кандидатуры субподрядчика или немотивированно отклоняет ее — он может понести вызванные этим неблагоприятные последствия

договора субподряда со стороны заказчика. Как минимум, предметом контроля в этом случае является проверка включения подрядчиком в договор субподряда условий, которые обеспечивают реализацию заказчиком контрольных функций, прямой ответственности и иных условий, обеспечивающих реализацию заказчиком его прав по ЕРС-контракту, связанных с субподрядчиками.

2. Последствия нарушения заказчиком сроков и процедур согласования субподрядчиков

Мы не рекомендуем включать в ЕРС-контракты условия о согласовании субподрядчика «по умолчанию», когда кандидатура считается согласованной в случае отсутствия ответа со стороны заказчика в определенный договором срок. Приоритетным является вариант прямого и явного согласования.

Если заказчик задерживает предоставление такого согласования, подрядчик, очевидно, будет пытаться связать с этим все последующие задержки в выполнении работ (зачастую, списывая собственные упущения на задержку согласования субподрядчика заказчиком). Чтобы исключить возможность такого рода манипуляций, целесообразно включать в ЕРС-контракт условие об обязанности подрядчика приостановить работы в той части, в какой они не могут выполняться без субподрядчика, согласование которого задерживает заказчик. При этом заказчик должен быть в обязательном порядке письменно уведомлен о предстоящей приостановке.

Отказ заказчика в согласовании кандидатуры субподрядчика должен быть мотивированным. В противном случае подрядчик сможет сослаться на злоупотребление со стороны заказчика его правом на отклонение субподрядчиков, оправдывая тем самым просрочку в выполнении работ.

3. Последствия нарушения ЕРС-подрядчиком условий отбора и согласования субподрядчиков

Согласно пункту 2 статьи 706 ГК РФ, ЕРС-подрядчик, привлечший субподрядчика в нарушение условий договора о необходимости предварительного согласования его кандидатуры с заказчиком, обязан возместить вызванные этим убытки заказчика.

Представляется, что предусмотренная законом санкция неэффективна и сама по себе не остановит ЕРС-подрядчика от нарушения. Затруднительно вычленить убытки заказчика, которые могут быть вызваны непосредственно привлечением несогласованного субподрядчика. Даже дефолт на стороне такого субподрядчика не повлечет прямых убытков заказчика.

Более действенно интересы заказчика могут быть защищены посредством установления в договоре неустойки за каждый факт привлечения субподрядчика без согласования с заказчиком, а также право заказчика на отказ от договора в случае, если ЕРС-подрядчик неоднократно или существенно нарушает порядок привлечения субподрядчиков (существенное нарушение имеет место, например, при

самовольном привлечении ключевого субподрядчика, определенного договором).

4. Контроль заказчика над субподрядчиками

Контрольные полномочия заказчика, связанные с субподрядчиками, не должны завершаться на стадии их отбора. Заказчик, естественно, заинтересован в надлежащем выполнении работ субподрядчиками, отсутствии злоупотреблений, нарушений правил безопасности на всех этапах реализации проекта.

В связи с этим в ЕРС-контракте должны быть зафиксированы контрольные полномочия заказчика, связанные с субподрядчиками. Если осуществление такого контроля налагает какие-то обязанности непосредственно на субподрядчика, соответствующие условия должны быть зеркально отражены ЕРС-подрядчиком в договоре подряда.

Среди мер контроля можно выделить следующие:

1) Контроль платежной дисциплины и прямые платежи

Заказчик, как правило, контролирует исполнение подрядчиком своих обязанностей по оплате работ, выполненных субподрядчиками. В строительной сфере весьма распространен данный тип конфликтов, когда подрядчик получает оплату от заказчика, но не исполняет свои платежные обязательства перед субподрядчиками. Для их выявления и пресечения заказчик должен регулярно получать от подрядчика отчеты об оплате им работ субподрядчиков. Кроме того, заказчик должен быть наделен правом без отдельной просьбы или поручения подрядчика осуществлять в пользу субподрядчика платежи в погашение задолженности подрядчика (исполнение обязательства третьим лицом — статья 313 ГК РФ). Такой осуществленный заказчиком на счет субподрядчика платеж одновременно исполняет обязанность заказчика перед подрядчиком

по ЕРС-контракту, что должно быть зафиксировано в контракте. Целью осуществления прямых платежей заказчиком субподрядчику является урегулирование конфликтов между подрядчиком и субподрядчиком и предотвращение остановки проекта вследствие такого конфликта.

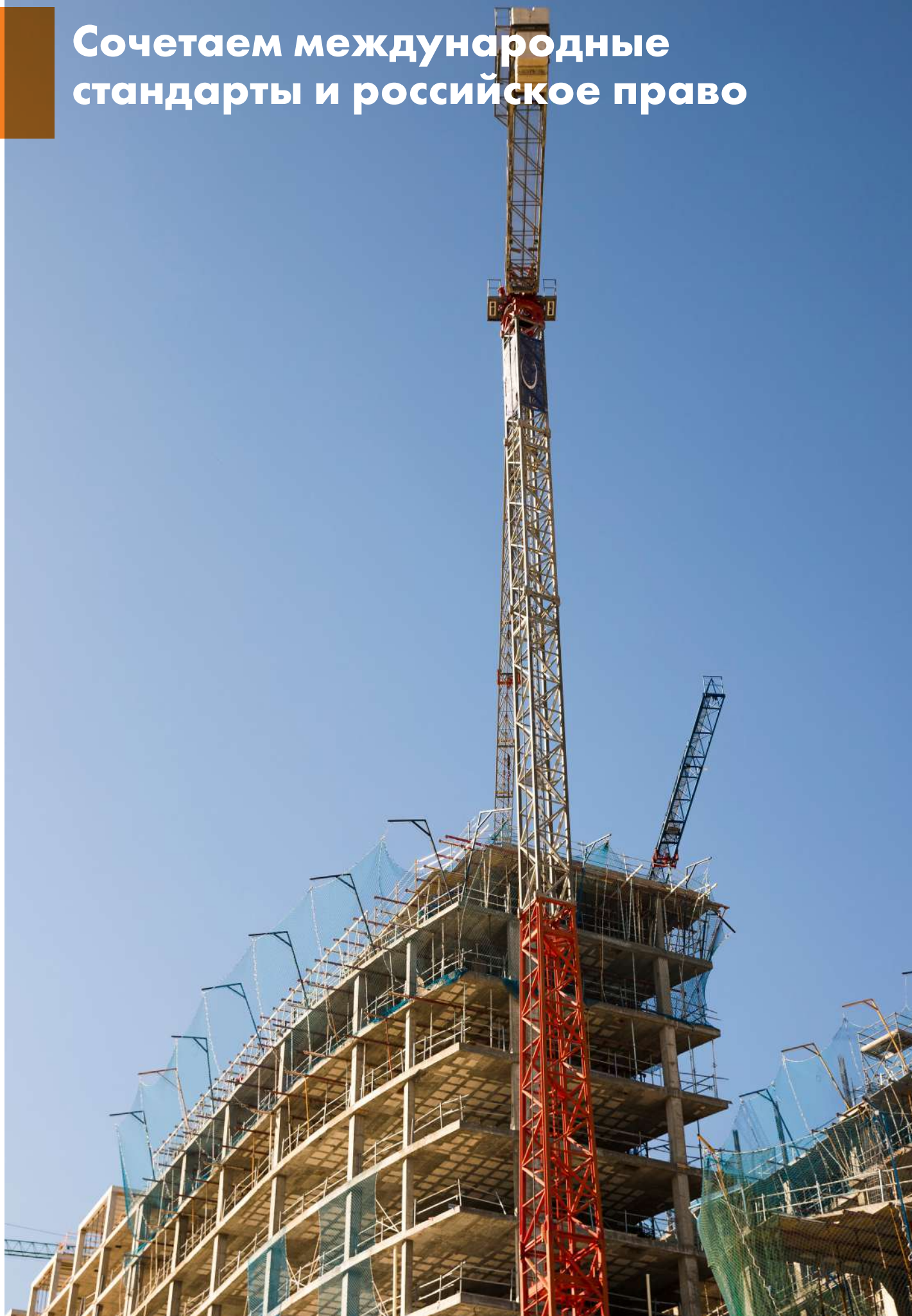
2) Банковское сопровождение контракта

Банковское сопровождение контрактов хорошо известно в сфере отношений по закупке товаров, работ и услуг для государственных нужд. Банки также предлагают аналогичные услуги и в коммерческой сфере. Содержание этих услуг можно описать как осуществление банком, в котором открыт специальный счет подрядчика, контроля над целевым расходованием средств, уплаченных заказчиком по ЕРС-контракту. Система банковского сопровождения может быть многоуровневой, когда основным субподрядчикам также открываются специальные счета, подлежащие банковскому сопровождению, и банк контролирует целевое использование средств, полученных по договору подряда. Контроль целевого расходования средств может предусматривать предварительную проверку банком инициированных владельцем счета платежей на соответствие условиям, установленным в многостороннем соглашении между банком, владельцем счета (подрядчиком, субподрядчиком) и заказчиком. Такими условиями могут быть оплата только определенными контрагентам, за определенные товары, работы, услуги, предъявление определенных документов (актов выполненных работ, товаросопроводительных документов), соблюдение платежного графика и т. п.

3) Информационное взаимодействие с субподрядчиками

Договором подряда должно быть предусмотрено право заказчика осуществлять проверки работ субподрядчика на строительной площадке, затребовать у субподрядчика отчеты и документы, связанные с реализацией проекта.

Сочетаем международные стандарты и российское право



- Это позволит заказчику в случае необходимости проводить контрольные мероприятия и обладать полной информацией по проекту. Особенно это важно, когда по причине несостоятельности подрядчика или в условиях конфликта с заказчиком подрядчик перестает предоставлять необходимые отчеты и информацию.

4) Отстранение субподрядчика и отдельных его работников от участия в проекте

Заказчик должен обладать не только инструментами контроля, но и средствами реагирования по его результатам. В частности, в ЕРС-контракте должно быть закреплено право заказчика требовать от подрядчика расторгнуть договор с субподрядчиком в определенных случаях, таких, как систематическое или существенное нарушение договора субподряда, включая просрочку работ, некачественное их выполнение, причинение вреда заказчику, систематическое или существенное нарушение правил промышленной безопасности, утрату возможности исполнять обязательства вследствие несостоятельности, утраты специальных прав (лицензии, членства в СРО и т. п.).

Аналогично, контрактом может быть предусмотрено право заказчика требовать от подрядчика удалить со строительной площадки определенного работника подрядчика или субподрядчика. Обычно это является мерой реагирования на грубое нарушение правил техники безопасности или трудовой дисциплины. Для того, чтобы иметь возможность исполнить требование заказчика об отстранении от работ субподрядчика или его работника, подрядчик должен предусмотреть соответствующие права в договоре субподряда.

Реализация рассматриваемого права заказчика обычно обеспечивается взысканием с подрядчика неустойки в случае уклонения от исполнения распоряжения заказчика,

правом заказчика приостановить оплату работ и/или иными мерами, вплоть до права заказчика заявить об отказе от исполнения ЕРС-контракта.

5. Распределение ответственности между участниками проекта

Согласно абзацу 1 пункта 3 статьи 706 ГК РФ генподрядчик отвечает перед заказчиком за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательств субподрядчиком.

Факт согласования кандидатуры субподрядчика заказчиком не должен расцениваться как принятие заказчиком на себя в какой-либо части ответственности / рисков за действие субподрядчика.

Более того, даже в случае определения заказчиком номинированного субподрядчика риск неисправности такого субподрядчика относится на ЕРС-подрядчика, заключившего с ним договор субподряда, если в стороны ЕРС-контракта не согласовали иное. Однако в такой ситуации ЕРС-подрядчик вправе на основании статьи 404 ГК РФ просить суд уменьшить размер своей ответственности перед заказчиком в той мере, в которой неосмотрительный выбор субподрядчика заказчиком содействовал увеличению убытков.

6. Прямая ответственность субподрядчика перед заказчиком

По общему правилу ответственность участников при реализации строительного проекта строится по принципу цепочки: субподрядчик отвечает перед ЕРС-подрядчиком, а он, в свою очередь, — перед заказчиком. Соответственно, выпадение среднего звена (например, в случае несостоятельности ЕРС-подрядчика) означает невозможность удовлетворения требований заказчика в связи с ненадлежащим выполнением работ, даже когда допустивший нарушение субподрядчик вполне платежеспособен.

При определенных условиях заказчик может заявлять требования непосредственно субподрядчику. Это позволит заказчику получить возмещение в случае ненадлежащего выполнения субподрядчиком работ, в том числе в случае несостоятельности генерального ЕРС-подрядчика. Соответствующие условия должны быть включены как в ЕРС-контракт, так и в договор субподряда

Но стороны могут договориться также и о прямой ответственности субподрядчика перед заказчиком (как, впрочем, и заказчика перед субподрядчиком).

Согласно абзацу 2 пункта 3 статьи 706 ГК РФ, *если иное не предусмотрено законом или договором*, заказчик и субподрядчик не вправе предъявлять друг другу требования, связанные с нарушением договоров, заключенных каждым из них с генеральным подрядчиком.

Из нормы следует, что при наличии соответствующих договорных условий заказчик вправе от своего имени предъявить субподрядчику требования, вытекающие из договора, заключенного между ЕРС-подрядчиком и субподрядчиком. Субподрядчик не становится ответственным по основному ЕРС-контракту (в качестве поручителя или каким-либо иным образом), он отвечает в соответствии с заключенным им договором субподряда. Заказчик, в свою очередь, наделяется правом заявлять требования по договору субподряда, стороной которого он не является. Договор субподряда, в котором заказчику предоставлено право заявлять требования субподрядчику, является договором в пользу третьего лица (статья 430 ГК РФ). При заявлении заказчиком прямого требования субподрядчику, подрядчик не выбывает из правоотношения, перемены лиц в обязательстве не происходит. Заказчик и подрядчик являются в отношении субподрядчика солидарными кредиторами.

Приобретая право прямого требования к субподрядчику по договору субподряда,

заказчик не лишается права требовать надлежащего исполнения ЕРС-контракта от ЕРС-подрядчика. То есть из факта одного нарушения (допущенной субподрядчиком просрочки, дефекта) заказчик может заявить два требования по двум договорам. Исполнение субподрядчиком заявленного заказчиком требования одновременно погашает в соответствующей мере и обязательство субподрядчика по договору субподряда, и обязательство ЕРС-подрядчика по ЕРС-контракту. Поэтому заказчик в любом случае вправе рассчитывать лишь на одно удовлетворение.

Разберем ситуацию на примере. Субподрядчик допустил просрочку в выполнении работ на X дней. В соответствии с договором субподряда за такую просрочку начислена неустойка Y руб. Одновременно просрочка субподрядчика привела к срыву срока по ЕРС-контракту на те же X дней, что в соответствии с его условиями является основанием для начисления неустойки Z руб. Подрядчик обязательства не исполняет, поэтому Заказчик обращается с прямым требованием к субподрядчику. Субподрядчик выплачивает неустойку Y руб. непосредственно заказчику. Тем самым он одновременно исполняет обязанность подрядчика по уплате неустойки по ЕРС-контракту (статья 313 ГК РФ) в части суммы Y руб. Если размер неустойки по ЕРС-контракту (Z руб.) превышает выплаченную субподрядчиком сумму Y руб., ЕРС-подрядчик должен уплатить заказчику разницу. Если наоборот, $Z > Y$, заказчик перечисляет разницу ЕРС-подрядчику.

Для чего же заказчику может понадобиться право на заявление прямого требования субподрядчику, если интересы заказчика и так обеспечены в рамках основного контракта? Механизм прямой ответственности субподрядчика нужен, прежде всего, на случай банкротства генерального ЕРС — подрядчика, а также в ситуации, когда получение возмещения непосредственно от субподрядчика может быть более эффективным (например, при заявлении требований по качеству смонтированного оборудования, изготовленного этим субподрядчиком).

Помимо ответственности за просрочку, аналогичные механизмы могут использоваться для восстановления прав заказчика, нарушенных ненадлежащим выполнением работ, если дефект допущен субподрядчиком. Для этого договор субподряда наделяет заказчика (не являющегося стороной этого договора) правом требовать от субподрядчика исправления недостатков и возмещения вызванных ими убытков.

Для того, чтобы конструкция прямой ответственности субподрядчика перед заказчиком была работоспособной, она должна быть закреплена как в ЕРС-контракте, так и в договоре субподряда. Договорная структура, обеспечивающая реализацию прямой ответственности субподрядчика, должна выглядеть следующим образом:

1) в ЕРС-контракте ЕРС-подрядчик принимает на себя обязанность при заключении договоров субподряда включить в них условия о праве заказчика заявлять прямые требования к субподрядчику в случае неисполнения, ненадлежащего исполнения договора субподряда. Одновременно в ЕРС-контракте заказчик наделяется правом заявлять требование из ненадлежащего выполнения работ к субподрядчику. Подрядчики часто возражают против наделения заказчика ничем не обусловленным правом требовать от субподрядчика исполнения договора субподряда. В этом случае в ЕРС-контракте предусматривается, что прямые требования могут заявляться заказчиком только в случае

расторжения ЕРС-контракта по обстоятельствам, зависящим от подрядчика, или в случае несостоятельности подрядчика.

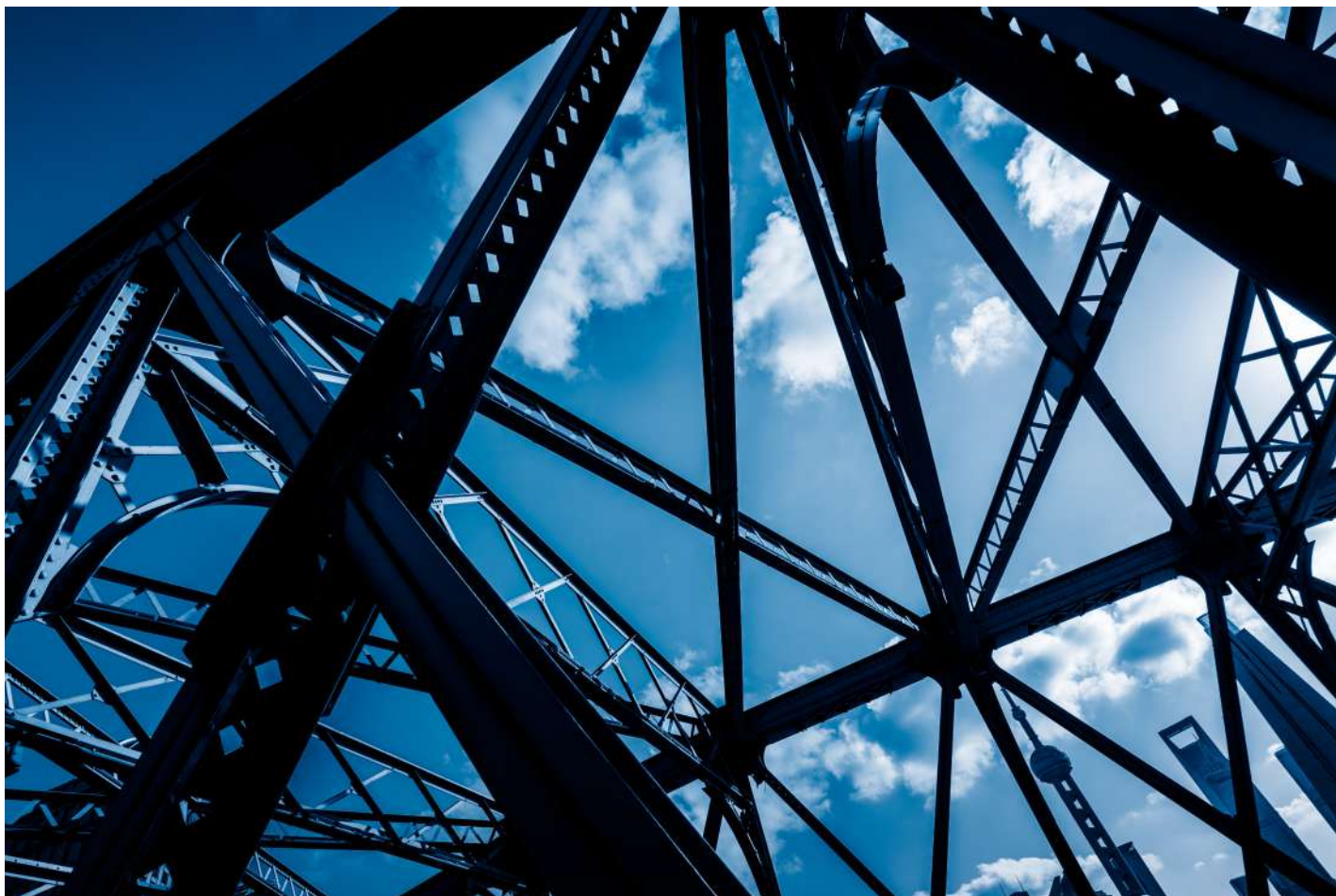
2) в договоре субподряда между ЕРС-подрядчиком и субподрядчиком заказчик наделяется правом заявлять требования в связи с неисполнением (ненадлежащим исполнением) обязательства по этому договору. При этом договор субподряда должен предусматривать условия об ответственности субподрядчика, аналогичные условиям ответственности подрядчика по основному ЕРС-контракту (размер неустойки, ограничение ответственности и т. п.). Чтобы избежать недопонимания рекомендуется указать в субконтракте, что заказчик его стороной не является, ответственности перед субподрядчиком не несет, и субподрядчик не вправе заявлять заказчику какие-либо требования.

Положения абзаца 2 пункта 3 статьи 706 ГК РФ о субподряде не могут быть прямо применены к поставщикам оборудования и другим контрагентам ЕРС-подрядчика, которые не являются субподрядчиками в узком (легальном) смысле данного термина. Однако это обстоятельство не мешает сторонам аналогичным образом сконструировать договорные отношения на основании нормы пункта 1 статьи 430 ГК РФ о договоре в пользу третьего лица.

7. Передача субподрядных договоров заказчику

В крупных ЕРС-контрактах ЕРС-подрядчик привлекает десятки и сотни субподрядчиков. Поэтому в случае досрочного расторжения ЕРС-контракта заказчику или новому ЕРС-подрядчику придется заново собирать команду субподрядчиков, заключать с ними договоры. Альтернативой является передача от выбывающего ЕРС-подрядчика заказчику ранее заключенных договоров субподряда (статья 392.3 ГК РФ).

При реализации данного механизма ЕРС-подрядчик выбывает из договора субподряда, и его

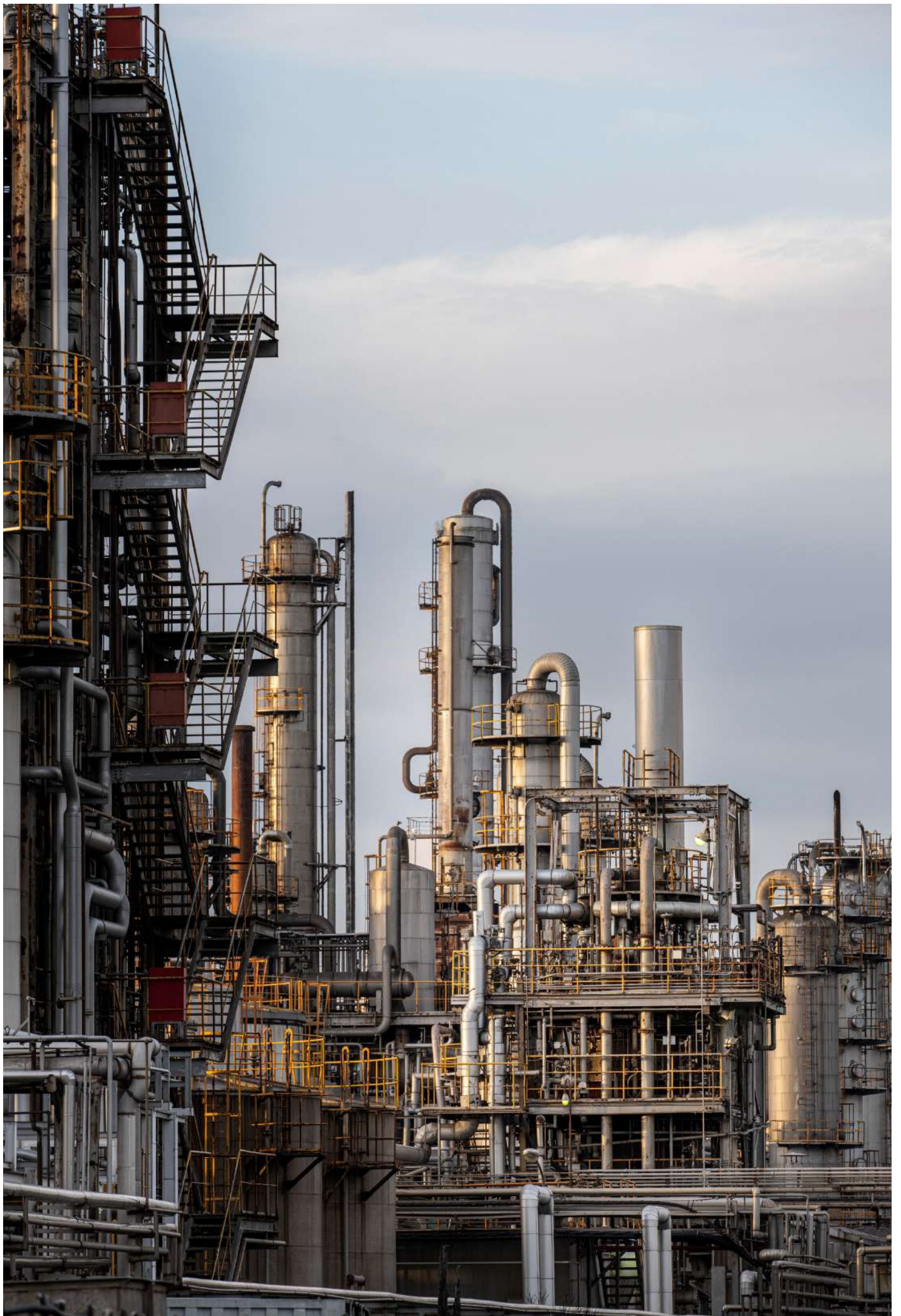


стороной становится заказчик. Процедура передачи договоров субподряда заказчику может осуществляться на основании соглашений между ЕРС-подрядчиком и заказчиком с согласия в каждом случае субподрядчика. Но с учетом того, что необходимость такой передачи обычно возникает в случае несостоятельности подрядчика или конфликта между ним и заказчиком, эффективность договорных процедур по уступке договоров субподряда выглядит сомнительной.

Альтернатива состоит в том, чтобы частично «автоматизировать» данный процесс, исключив необходимость подписания каких-либо дополнительных соглашений, посредством предоставления заказчику по ЕРС-контракту права по своему усмотрению принять решения о передаче ему субподрядных договоров.

Для этого может быть использован инструмент опциона на заключение договора (статья 429.2 ГК РФ), предоставляемого подрядчиком в общем пакете ЕРС-контракта или

при согласовании субподрядчика заказчиком. Из пункта 5 Постановления Пленума Верховного Суда от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» следует, что момент передачи договора может отличаться от момента заключения сторонами сделки о передаче. Опцион состоит в безотзывной оферте заключить соглашение о передаче договора субподряда и может включать отлагательное условие, только после наступления которого заказчик сможет воспользоваться опционом. Таким условием может быть несостоятельность подрядчика (либо возбуждение в его отношении процедуры в деле о банкротстве) или расторжение ЕРС-контракта по причинам, зависящим от подрядчика. После наступления отлагательного условия заказчик сможет направить подрядчику письменный акцепт выраженной в опционе оферты. Таким образом, передача договора состоится с момента получения подрядчиком такого акцепта.





Гарантии качества и производительности в EPC- и EPC(M)-контрактах: ключевые моменты и подводные камни



Владимир Липавский
Управляющий партнер
Ost Legal

В EPC- и EPC(M) — контрактах с участием иностранных компаний условия, касающиеся гарантий качества и производительности работ и их результата по своей структуре, содержанию, арсеналу средств защиты существенно отличаются от норм Гражданского кодекса РФ, к которым привыкли большинство российских заказчиков и подрядчиков. Без глубокого понимания западного подхода к гарантиям качества российская сторона рискует оказаться беззащитной даже в ситуации, когда, например, вина за дефект на 100% лежит на иностранном подрядчике. С другой стороны, российским подрядчикам весьма бесполезно изучить международный опыт распределения рисков в данной области и взять его на вооружение при реализации крупных строительных проектов как в России, так и за рубежом.

1. Гарантии качества vs Гарантии производительности

ЕРС и ЕРС(М)¹ — контракты относятся к типу договоров «Спроектируй и Построй» (Design — Build). Для такого рода договоров свойственно наличие как чисто «качественных» гарантий (qualitative warranties), так и гарантий производительности²(performance warranties).

Под гарантией качества (*qualitative warranty*) чаще всего понимается заверение подрядчика в том, что используемые им при строительстве материалы и оборудование не будут иметь дефектов проектирования или изготовления и будут соответствовать требованиям договора³, а работы и услуги будут выполняться компетентным, профессиональным и добросовестным образом согласно условиям договора.

В контрактах, регулируемых правом англосаксонской правовой семьи, такого рода гарантии постольку, поскольку они прямо предусмотрены текстом договора, называются явно выраженными гарантиями (explicit warranties) — как противопоставление подразумеваемым гарантиям (implied warranties). Подразумеваемые гарантии — это устанавливаемые применимым законодательством или судебной практикой гарантии качества, которые применяются к договору, если только они прямо не исключены им. Следует отметить, что практически во всех известных нам случаях тексты ЕРС- и ЕРС(М)-контрактов исключают применение implied warranties, ограничиваясь

Механические гарантии качества имеют длящийся характер, в то время как гарантии производительности чаще все являются «моментальными»

перечислением явно выраженных гарантий качества.

Гарантии производительности (*performance warranties*) представляют собой заверение подрядчика в том, что построенный объект будет соответствовать определенному уровню производительности (мощность, КПД, расход сырья и пр.). В большинстве случаев подрядчик гарантирует, что результат работ успешно пройдет эксплуатационный тест по завершении работ, т. е. в ходе такого теста будут достигнуты определенные производственные показатели. Например, в ЕРС-контракте на строительство электростанции будет предусматриваться, что в ходе эксплуатационных испытаний должно быть продемонстрировано достижение генерирующим оборудованием, среди прочего, выходной электрической мощности в XXX МВ. Значительно реже можно встретить длящиеся гарантии производительности, когда подрядчик отвечает за соответствие построенного завода определенным производственным показателям *в течение определенного периода времени* («срок гарантии»), а не только за их однократное

¹ Для целей данной статьи под ЕРС(М)-контрактом мы понимаем такой договор, когда ЕРС(М)-подрядчик, действуя как генеральный подрядчик, принимает на себя обязательства от своего имени выполнить проектирование, поставки оборудования и материалов, а в отношении строительно-монтажных работ осуществляет «управление» деятельностью прямых подрядчиков Заказчика — см. более подробно статью «Контрактная стратегия при реализации крупных строительных проектов».

² С формально-юридической точки зрения гарантии производительности — это тоже гарантии качества. Тем не менее, данные гарантии имеют свои особенности по сравнению с «механическими» гарантиями качества.

³ Часто гарантия может также включать заверение в том, что предоставляемые материалы и оборудование будут новыми и не использованными ранее, а также и более экзотичные заверения: например, что оборудование будет представлять собой «новейшую технологию» и др.

· достижение в рамках эксплуатационного теста.
 · Подрядчики крайне неохотно предоставляют
 · длящиеся гарантии производительности, по-
 · скольку на длинном отрезке времени поддер-
 · жание гарантированных показателей зависит
 · от многих факторов, которые подрядчик не кон-
 · трольрует: условия эксплуатации, режим работы,
 · качество сырья и т. п. Понятно, что данные фак-
 · торы во всех случаях будут представлять собой
 · исключения из гарантии подрядчика, однако
 · на практике установление действительных при-
 · чин несоответствия оборудования гарантирован-
 · ным показателям: конструктивный недостаток,
 · за который отвечает подрядчик, либо ошибки
 · эксплуатации в зоне ответственности заказчика,
 · может представлять собой известную сложность.

Две указанные категории — гарантии качества (в ЕРС-контрактах иногда такие гарантии еще называют «механическими») и гарантии производительности — очень часто смешиваются как в заключаемых договорах, так и в практике судов и научной литературе. Этому есть свое объяснение. Гарантии производительности по своей сути — это тоже гарантии качества, т. к. они представляют собой заверение подрядчика, что объект будет соответствовать определенным функциональным (т. е. качественным) характеристикам. Основные практические отличия между производственными гарантиями (performance warranties) и гарантиями качества (qualitative warranties) заключаются в сроке действия (как отмечалось выше, в большинстве случаев производственные гарантии не являются длящимися) и в средствах защиты в случае нарушения гарантий, о чем подробнее будет сказано ниже.

2. Начало течения и продолжительность гарантий

Как отмечалось выше, чаще всего предоставляемые подрядчиками гарантии производительности являются моментальными, т. е. представляют собой гарантию успешного прохождения эксплуатационного теста, поэтому они не имеют какой-либо «длительности»⁴. Поэтому в большинстве случаев при обсуждении начала течения и длительности гарантий, — имеются в виду гарантии качества или «механические» гарантии.

С какого момента должно начинаться течение гарантии?

Обычно начало течения гарантии качества связывается с моментом приемки результата работ и передачей его заказчику. Однако приемка крупных промышленных объектов, таких, как электростанции, нефте- и газоперерабатывающие заводы, химические комбинаты и т. п., может включать несколько стадий завершения (completion): механическое завершение (mechanical completion), существенное завершение (substantial completion), финальное завершение (final completion). Сбалансированным решением является привязка начала течения срока гарантии к тому событию или стадии, когда завод переходит под контроль заказчика, и может быть начата его эксплуатация (хотя бы и с недоделками, которые подрядчику еще предстоит устранить). Часто такой стадией

⁴ Длящиеся гарантии производительности встречаются, например, в проектах строительства атомных электростанций, которые реализуются с применением модели ЕРС «под ключ» (ERC turnkey). В таких проектах подрядчик может давать так называемую «гарантию располагаемой мощности» (availability guarantee), суть которой сводится к гарантии коэффициента полезного использования установленной мощности оборудования в течение срока действия гарантии. Говоря упрощенно, подрядчик гарантирует непрерывность работы оборудования на установленной мощности и отсутствие незапланированных остановов.

Начало течения гарантийного срока обычно связано с формальной передачей завода заказчику, однако это может произойти и раньше — если заказчик фактически начал эксплуатацию до передачи

является существенное завершение⁵, которое подразумевает, что:

- i. Объект завершен механически и конструктивно, подключен к внешней инфраструктуре;
- ii. Успешно проведена пуско-наладка и эксплуатационные тесты, в ходе которых достигнуты минимальные производственные показатели;⁶
- iii. Подрядчиком предоставлен определенный пакет документов: исполнительная, эксплуатационная документация и пр.

Предполагается, что с наступлением существенного завершения объект передается во владение и контроль заказчика, который начинает нести риск случайной гибели объекта и может начать его эксплуатировать⁷. Важно отметить, что наполнение указанных терминов (механическое завершение, существенное завершение, финальное завершение), а также условия и последствия достижения каждой из стадий завершения различаются от контракта к контракту и являются предметом ожесточенных переговоров сторон. Подрядчик заинтересован в как можно более раннем начале течения гарантийного срока — с тем, чтобы этот срок, определяемый периодом времени (12, 24, 36 мес. и т. д.), как

можно раньше истек. Поэтому подрядчик часто пытается увязать начало течения гарантии с механическим завершением. В случае с EPC(M) контрактом, где подрядчик поставляет оборудование, но не отвечает, а только координирует строительство в целом, это может быть оправдано. В проектах EPC turnkey, напротив, привязка начала течения гарантийного срока к механическому завершению будет де-факто означать укорачивание гарантии: завод находится во владении и под контролем подрядчика, который продолжает его доделывать, а гарантийный срок уже начал течь. К тому моменту, когда заказчик получит возможность эксплуатировать объект, от срока действия гарантии может остаться только малая часть. Заказчик, в свою очередь, в ходе переговоров по заключению контракта также пытается тянуть одеяло на себя и увязывать начало гарантийного срока с финальным завершением, к моменту достижения которого завод, возможно, эксплуатируется уже несколько лет. Для устранения данного риска опытные подрядчики включают в контракт оговорку о том, что, невзирая на иные условия, гарантийный срок начинает течь с момента начала эксплуатации объекта заказчиком.

⁵ Контрактная терминология может различаться: например, в некоторых контрактах вместо «Существенного Завершения» используется термин «Предварительная Приемка» (Provisional Acceptance). Термин «завершение работ» — продукт английского права, где приемке работ не придается такого же правового значения, как в юрисдикциях континентальной правовой системы

⁶ Минимальные производственные показатели — пример гарантии производительности. Некоторые гарантии производительности могут предусматривать номинальную и минимально приемлемую величину: например, гарантированная установленная электрическая мощность энергоблока 100 МВ, минимальная установленная электрическая мощность — 95 МВ.

⁷ Отдельной статьи заслуживает вопрос, каким образом должны распределяться обязанности и риски в связи с получением разрешений государственных органов, необходимых для эксплуатации объекта.

Какой должен быть срок действия гарантии?

Срок действия гарантии или гарантийный срок — коммерческое условие, зависящее исключительно от того, у какой из сторон изначально более сильная позиция, а также от упорства, настойчивости и длительности переговоров. Каких-либо единых стандартов относительно длительности гарантии качества (12, 18, 24 месяца и пр.) в мире не существует. Даже императивно устанавливаемые законодательством гарантийные сроки (т. н. *statutory warranty*) различаются в разных странах. Подрядчик, конечно, будет предлагать минимальный гарантийный срок — как правило, 12 месяцев, аргументируя это «сложившейся практикой», «политикой компании», длительностью корреспондирующих гарантий субподрядчиков и поставщиков и пр. Однако, если внимательно посмотреть на суть гарантии качества — заверение в том, что «оборудование и материалы будут соответствовать требованиям договора и не будут содержать дефектов проектирования, материала или изготовления», а «работы будут выполняться добросовестно, компетентным и квалифицированным образом в соответствии с требованиями договора», становится очевидно, что оно не зависит от времени, поскольку от подрядчика требуется обеспечить вышеуказанное на момент включения материалов и оборудования в состав строящегося объекта и выполнения работ соответственно. На момент монтажа материал либо дефектен, либо нет, и это обстоятельство не зависит от времени, когда данный дефект обнаружен. Таким образом, ЕРС-подрядчик, заявляющий, что он не может дать гарантию более 12 месяцев, на самом деле руководствуется исключительно коммерческими соображениями и, как правило, готов увеличить продолжительность действия гарантии за дополнительное вознаграждение.

В каких случаях гарантийный срок должен продлеваться?

Продление гарантийного срока — это чисто договорное условие, которое будет применяться только в том виде, в котором оно сформулировано в контракте⁸. Если контракт не содержит положений по этому поводу — высока вероятность того, что с истечением первоначального гарантийного срока обязанность подрядчика по устранению гарантийных дефектов прекратится⁹. Гарантийный срок должен продлеваться, если требуется исправление выявленного дефекта путем ремонта или замены каких-либо частей объекта, повторного выполнения работ.

Ключевых вопросов в данной ситуации несколько:

- i. Если дефектна только часть завода, должен ли продлеваться гарантийный срок только на дефектную деталь или же на весь завод? Обычно продлевается гарантия в отношении дефектной части, однако если из-за дефектной детали простаивает более крупный узел или же весь завод, то в таком случае гарантийный срок должен продлеваться в отношении всего узла или завода соответственно.
- ii. В случае замены какой-либо детали / части оборудования на новую — каким должен быть гарантийный срок на эту

Несмотря на то, что «вечнозеленые» гарантии в интересах заказчика, на практике они встречаются нечасто

⁸ Положения о длительности гарантийного срока и его продлении могут также содержаться в нормах применимого права

⁹ Если статья контракта про гарантии имеет исчерпывающий и исключительный характер, а применимое право не содержит императивных норм по этому поводу.

новую деталь? Например, первоначальный гарантийный срок составлял 24 месяца, на 18-м месяце в результате дефекта деталь была заменена, должен ли гарантийный срок на заменяющую деталь течь заново, т. е. быть равным 24 месяцам, или он должен составлять остаток первоначального срока, т. е. 6 месяцев? Если исходить из позиции «новая деталь — новый гарантийный срок», это может означать бесконечную, так называемую «вечнозеленую» (evergreen) гарантию, что невыгодно для подрядчика. Кроме того, подрядчики справедливо замечают, что в таком случае заказчик получает больший объем гарантий по сравнению с первоначальным обязательством. С другой стороны, если принять позицию подрядчика об остатке гарантийного срока, то в тех случаях, когда дефект был обнаружен, скажем, на 24-м месяце двухгодичного гарантийного срока, оказывается, что на заменяющую деталь гарантийного срока практически нет. В такой ситуации у подрядчика может возникнуть соблазн поставить некачественную заменяющую деталь. Компромиссным и сбалансированным решением можно признать подход, когда гарантийный срок на заменяющую деталь определяется более длинным из а) $\frac{1}{2}$ первоначального гарантийного срока или б) остаток первоначального гарантийного срока. Даже такого рода продления могут по факту превратиться в «вечнозеленую» гарантию, поэтому ЕРС- или ЕРС(М)-контракт в большинстве случаев содержит абсолютный лимит продлений. Например, если общий гарантийный срок составляет 24 месяца, контракт может включать положение о том, что «независимо от любых иных противоречащих положений любые гарантии качества, включая возможные продления, заканчиваются по истечении 48 месяцев с даты начала первоначального гарантийного срока».

3. Условия действия и исключения из гарантии

Гарантии качества и гарантии производительности не являются абсолютными и безусловными: их действие обычно зависит многих факторов, которые подрядчик не контролирует. Обычным условием действия гарантии является надлежащее использование (эксплуатация) объекта заказчиком (собственником), а также своевременное и правильное техобслуживание. Надлежащая эксплуатация и техническое обслуживание включают в себя большое количество аспектов: параметры сырья, квалификация и количество эксплуатационного персонала, режимы работы оборудования, периодичность и состав операций по техническому обслуживанию и плановым ремонтам и др. При обсуждении условий гарантий в ЕРС- или ЕРС(М)-контракте заказчику необходимо обеспечить предельную конкретность и предметность требований, которые он должен выполнять, чтобы действие гарантий не оказалось затронутым. В частности, можно сослаться на предоставленную подрядчиком эксплуатационную документацию: если эксплуатация завода осуществляется в соответствии с требованиями такой эксплуатационной документации (т. е. не противоречит ей), то это означает, что заказчик (собственник) использует объект правильно. Такого рода условие будет, среди прочего, стимулировать подрядчика разрабатывать и предоставлять максимально полную эксплуатационную документацию.

Каковы последствия несоблюдения условий гарантии?

В проекте контракта, который был подготовлен опытным подрядчиком, будет, скорее всего, указано, что действие гарантий качества обусловлено соблюдением определенных требований и условий со стороны заказчика (см выше — надлежащая эксплуатация, техобслуживание и т. д.) и что несоблюдение таких требований /

условий влечет недействительность гарантии. Заказчику не стоит соглашаться с таким подходом: даже при нарушении какого-либо эксплуатационного требования, выявленный дефект может не иметь с таким нарушением никакой причинно-следственной связи. Заказчик может предложить альтернативное решение: подрядчик освобождается от ответственности за устранение дефекта в той степени, в которой такой дефект вызван несоблюдением гарантийных условий и требований со стороны заказчика.

Еще одной уловкой, которую может попробовать опытный подрядчик, является смешивание условий гарантии качества и гарантии производительности. Гарантии производительности могут справедливо обуславливаться соблюдением определенных режимов эксплуатации объекта. Например, подрядчик может гарантировать показатель удельного расхода тепла¹⁰ в энергоблоке при условии, что энергоблок работает в базовом, а не в пиковом режиме. При этом гарантии производительности и гарантии качества могут располагаться в одном разделе контракта и содержать общее положение о том, что их действие обусловлено соблюдением определенных предположений (assumptions). В другом разделе такие assumptions будут, среди прочего, предусматривать эксплуатацию энергоблока в базовом режиме. Таким образом, даже разовая эксплуатация в пиковом режиме будет угрожать действию не только гарантий производительности, но и гарантий качества.

Какие могут быть исключения из гарантии качества?

Обычными исключениями (т. е. случаями, когда на возникшие повреждения не распространяется гарантия качества) являются последствия нормального износа (normal wear and tear), а также повреждения в результате воздействия внешних факторов. Здесь тоже есть свои подводные камни. Так,

Следует внимательно относиться к попыткам смешивания условий действия механических гарантий и гарантий производительности

в одном из контрактов в глоссарии было указано, что дефектной считается только первоначальная дефектная деталь или элемент, а повреждения, причиненные сопряженным элементам оборудования, являются так называемым «сопутствующим ущербом», на который не распространяется гарантия качества. В итоге, имел место инцидент, когда незначительная по стоимости деталь турбины оторвалась от своего основания и нанесла значительные повреждения всей турбине. Подрядчик любезно заменил данную недорогую деталь по гарантии, а за замену всего остального поврежденного оборудования потребовал дополнительного вознаграждения. Хотя такого рода каверзы чаще можно встретить в договорах поставки и сервисного обслуживания, ЕРС- и ЕРС(М)-контракты также бывают не лишены их.

4. Средства защиты при нарушении гарантий качества и гарантий производительности

Рассмотрим типичную формулировку о последствиях нарушения гарантии качества, которые обычно предлагаются подрядчиками.

«В случае нарушения гарантии Заказчик, в качестве исключительного средства правовой защиты, имеет право предъявить требование об устранении дефекта к Подрядчику. Подрядчик, в случае признания дефекта гарантийным, должен отремонтировать или заменить (по выбору Подрядчика) дефектную часть Объекта...»

¹⁰ Гарантия производительности, характеризующая эффективность работы энергоблока.

Кроме того, раздел о гарантиях будет содержать оговорку следующего содержания:

«Предыдущие параграфы настоящей статьи [–] содержат исключительные средства юридической защиты в отношении дефектов в Работах, предоставляемых по настоящему Договору, вне зависимости от того, возникает ли ошибка или дефект до или во время гарантийного периода, и основано ли требование на договоре, гарантии, возмещении, деликте (включая небрежность), и любых иных основаниях, и заменяют собой все другие гарантии — письменные, устные, основанные на законе, явные или подразумевающиеся ... ».

Если заказчик примет такой подход, при обнаружении гарантийного дефекта подрядчик отремонтирует или заменит дефектную деталь или часть работ, однако все сопутствующие расходы: раскрытие и закрытие оборудования, демонтаж дефектной детали, ее транспортировка к месту ремонта, повторный монтаж отремонтированной/ замененной детали, возможные испытания и пр. будут относиться на счет заказчика, что, очевидно, не может считаться справедливым и сбалансированным решением. Другой крайностью, встречающейся, как правило, в договорах между российскими контрагентами, является возложение на подрядчика обязанности, в случае обнаружения гарантийного дефекта, возместить заказчику все убытки (включая недополученную выгоду от реализации продукции) и заплатить штрафную неустойку сверх убытков. В международной практике взыскание так называемых косвенных убытков (упущенная выгода, убытки от простоев в производстве, санкции от третьих лиц), как правило, исключается в силу прямых указаний договора: размер таких убытков может быть несоизмеримо выше стоимости работ, поэтому разумные подрядчики

отказываются принимать на себя непропорциональные риски.

Можно ли использовать неустойку (заранее оцененные убытки — liquidated damages) в качестве средства защиты?

Неустойка, либо ее условный западный аналог — заранее оцененные убытки, хорошо сочетается как средство защиты с гарантиями производительности. Например, ЕРС-подрядчик гарантировал, что в ходе эксплуатационного теста электростанция продемонстрирует установленную электрическую мощность 100 МВ, а фактическая мощность оказалась равной 98 МВ. Для таких случаев ЕРС- или ЕРС(М)-контракт может предусматривать уплату заранее оцененных убытков за МВ или кВ недостающей мощности¹¹. При согласовании условий о неустойке / заранее оцененных убытках внимание нужно обратить на следующее.

i. Является ли неустойка исключительным средством защиты? В международной практике уплата заранее оцененных убытков исключает возмещение иных убытков и обычно освобождает подрядчика от необходимости достигать гарантию производительности, в отношении которой была произведена уплата. Однако ЕРС-контракт, как правило, устанавливает минимально приемлемый уровень гарантий производительности («минимальные производственные показатели») с дифференциацией средств защиты: если фактическая производительность в момент теста оказывается ниже минимальных производственных показателей, приемка не наступает, и подрядчик должен устранить недостатки и повторно провести тест. При этом если подрядчик оказывается неспособен достичь минимальных производственных показателей по истечении определенного периода времени (или

¹¹ Варианты расчета заранее оцененных убытков могут быть разными: например, часто встречается расчет, где за каждый недостающий 1% мощности уплачивается в качестве заранее оцененных убытков 1% от контрактной цены.

определенного количества попыток), заказчику может быть предоставлено право отказаться от оборудования (т. н. “rejection”) и потребовать полного возврата цены и возмещения убытков.

Пример:

В ЕРС-контракте установлена гарантия производительности электростанции, равная 100 МВ, а также минимально приемлемый уровень такой гарантии в размере 95 МВ. Если фактическая мощность, достигнутая в ходе теста, составляет 97 МВ, подрядчик может уплатить заранее оцененные убытки за недостающие 3 МВ и тем самым будет освобожден от необходимости выполнять гарантию. Если же фактическая мощность составляет, например, 92 МВ, то подрядчик должен устранить недостатки (принцип “take good”) и повторно провести тест; условие о заранее оцененных убытках в таком случае не применяется.

В российской практике нам встречались довольно часто договоры подряда (включая такие, которые можно было бы, исходя из предусмотренного ими объема работ, отнести к ЕРС-контрактам), когда неустойка за недостижение гарантии производительности классифицировалась как зачетная (заказчик вправе взыскать убытки в части, не покрытой неустойкой) или даже как штрафная (убытки подлежат взысканию в полном объеме сверх неустойки).

Пример (из договора, заключенного между российскими сторонами и регулируемого российским правом):

Неустойка за недостижение Объектом Гарантированных Эксплуатационных Показателей будет составлять: — при недостижении Гарантированного Эксплуатационного Показателя по установленной электрической мощности — [x] российских рублей за каждый недостающий кВт

электрической мощности, но не свыше 10% от Договорной Цены;

.....

Все вышеуказанные неустойки являются зачетными, т. е. Заказчик вправе взыскать с Подрядчика сумму причиненных Заказчику убытков в части, не покрытой неустойкой.

Как можно заметить, ограничение неустойки десятью процентами от договорной цены само по себе мало что дает — заказчик все равно имеет право на взыскание убытков, превышающих такой лимит.

Подрядчик, соглашаясь на зачетную или штрафную неустойку в качестве санкции за несоблюдение гарантии производительности, принимает на себя непропорционально большие риски: убытки заказчика, например, от недовыработки продукции¹² могут многократно превышать стоимость устранения недостатков, а иногда — и стоимость работ в целом. Заказчику тоже не стоит слишком обольщаться тем, что он, реализовав свою более сильную переговорную позицию, сумел включить в договор условие о полном возмещении убытков с зачетом или сверх неустойки. Во-первых, подрядчик может не располагать достаточным количеством ликвидных активов, за счет которых можно было бы удовлетворить требование заказчика¹³, а, во-вторых, суды (как государственные, так и третейские) исходят из компенсаторной функции средств защиты и в большинстве случаев существенно уменьшают запрашиваемую к взысканию с подрядчика сумму.

ii. Кто принимает решение об уплате заранее оцененных убытков/неустойки? В большинстве случаев право первоначального выбора — продолжать наладку завода с надеждой

¹² Применимо, если договор не содержит ограничения косвенных убытков. Исходя из наших наблюдений, в тех случаях, когда договор определяет неустойку за несоблюдение производственной гарантии как зачетную или штрафную, такой договор, как правило, не содержит исключения косвенных убытков.

¹³ Как правило, на такие сверхобременительные условия, соглашаются как раз те подрядчики, у которых нет значительных активов: такие подрядчики мало чем рискуют.

достичь всех гарантий производительности или уплатить неустойку и тем самым освободиться от соответствующего обязательства (при условии, что достигнуты все минимальные производственные показатели) — принадлежит ЕРС-подрядчику. Однако это не является догмой, и за такое право нужно бороться в ходе переговоров: нам довольно часто встречались ЕРС- и ЕРС(М) контракты, в которых право выбора было предоставлено Заказчику. В таких случаях подрядчик может оказаться в ситуации, когда отклонение от гарантии минимально, но «доведение» оборудования до 100% номинала является затратным и долгим мероприятием; подрядчику было бы проще и дешевле заплатить незначительную сумму неустойки и заняться следующими проектами, однако заказчик заставляет его продолжать наладочные работы.

Можно ли использовать неустойку как средство защиты от нарушения «механических» гарантий качества?

Использование заранее оцененных убытков или неустойки в качестве средства защиты за нарушение «механических» гарантий качества, на наш взгляд, не является удачным решением: в момент заключения договора невозможно предвидеть, какие именно возникнут дефекты качества. Соответственно, в момент согласования размера заранее оцененных убытков/неустойки, стороны не знают ни стоимости, ни сроков устранения недостатков. В нашей практике случалось встречать договорные условия, где неустойка определялась в виде процента от стоимости дефектного оборудования. Однако в таких случаях неясно, что считать «дефектным оборудованием»: только его дефектную часть/ узел, либо все оборудование, в котором содержится дефектная деталь. Кроме того, такой

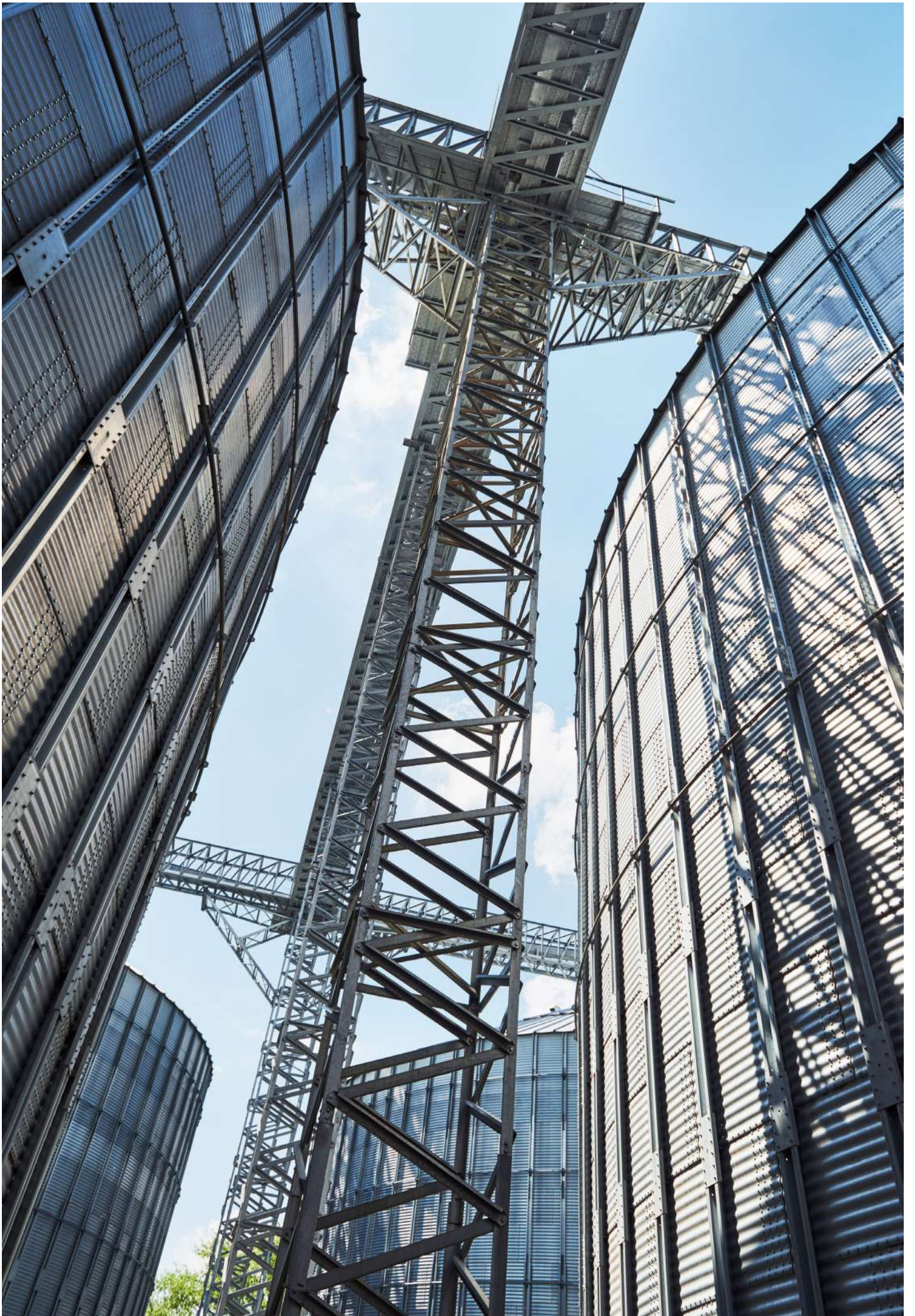
Неустойка или заранее оцененные убытки не всегда уместны в применении к механическим гарантиям

порядок расчета неустойки никак не коррелирует ни со стоимостью ремонта, ни с убытками заказчика от простоя оборудования. Также иногда встречаются договоры, где неустойка рассчитывается за каждый день, в течение которого подрядчик устраняет дефект качества.

Цель такой неустойки очевидна — стимулировать подрядчика к скорейшему устранению дефекта. Этот подход тоже не лишен недостатков. Во-первых, как правильно рассчитать сумму такой неустойки, принимая во внимание, что масштабы дефектов могут быть совершенно разными? Во-вторых, устранение некоторых дефектов (например, повторное изготовление ротора газовой турбины) может занимать очень долгое время, даже если подрядчик немедленно приступит к устранению дефекта¹⁴. Финансовые риски для подрядчика в таком случае высоки, и он будет противиться их принятию, если только не получит существенной премии к цене.

В строительных контрактах, не являющихся, в отличие от ЕРС и ЕРС(М), договорами полного цикла (например, EP, Balance of the plant, строительство по проекту заказчика и др.) положения о гарантиях еще более усложняются наличием нескольких независимых подрядчиков и поставщиков, каждый из которых не отвечает друг за друга. Как следствие, дополнительное внимание следует уделять сопряжению гарантий разных контрагентов и минимизации разрывов ответственности и средств защиты. ♦

¹⁴ В таких случаях, если велики последствия простоя оборудования из-за возможного дефекта заказчик может согласовать с подрядчиком availability guarantee — делящуюся гарантию производительности, о которой говорилось выше либо (i) организовать собственный склад запчастей или (ii) договориться с подрядчиком / поставщиком об организации последним собственного склада запчастей (с обязательством поддерживать наличие деталей определенного ассортимента) в стране расположения завода заказчика.





Этапы приемки работ в российских и международных строительных контрактах



Гульнара Наструтдинова
Старший юрист
Ost Legal

Российские подрядчики и заказчики стали всё чаще использовать в качестве основы для оформления своих контрактных отношений (в том числе с участием иностранных контрагентов) различные стандартные формы, например, такие как типовые формы международных строительных контрактов ФИДИК (FIDIC – аббревиатура Международной федерации инженеров-консультантов на французском языке).

При этом российские подрядчики и заказчики могут выбрать по соглашению с их иностранными контрагентами право Российской Федерации в качестве применимого к отношениям по строительному контракту, заключаемому на основе форм ФИДИК, положения которых предусматривают, что контракт должен регулироваться правом страны, указанной сторонами (подпункт 1.4 «Общих условий» ФИДИК). Положения контракта в таком случае не должны противоречить российскому законодательству.

Таким образом, при заключении на основе типовых форм ФИДИК строительных контрактов, регулируемых российским правом, необходимо учитывать, как императивные нормы законодательства, так и отдельные практические аспекты подрядных отношений, подход к которым может отличаться в силу различия правовых концепций, заложенных в контрактное регулирование.

Одними из таких важнейших положений, на которые мы хотим обратить внимание, являются нормы, регулирующие порядок и последовательность передачи подрядчиком и приемки результата работ заказчиком по договору строительного подряда, которые являются неотъемлемой и завершающей частью процесса выполнения любых работ.

1. Российский подход

Согласно российскому гражданско-правовому регулированию, строительные контракты относятся категории обязательств по выполнению работ, которые подразумевают передачу их материального результата от подрядчика к заказчику. При этом подрядчик должен завершить работы с результатом, пригодным для использования заказчиком в предполагаемых целях.

Согласно статьям 721 и 754 Гражданского кодекса РФ объект строительства, предъявляемый подрядчиком к приемке, должен соответствовать следующим требованиям:

- в момент передачи заказчику обладать свойствами, указанными в договоре (в технической документации), или соответствовать обычно предъявляемым требованиям при отсутствии или неполноте условий договора, содержащихся в обязательных для сторон строительных нормах и правилах;
- в пределах разумного срока быть пригодным для установленного договором использования, а если такое использование договором не предусмотрено, для обычного

использования результата работы такого рода.

Соответственно, в том случае, когда подрядчик заявляет о готовности к сдаче результата работ – строительного объекта, который отвечает вышеуказанным требованиям, у заказчика возникает корреспондирующая обязанность по его приемке (статьи 720 и 753 Гражданского кодекса РФ).

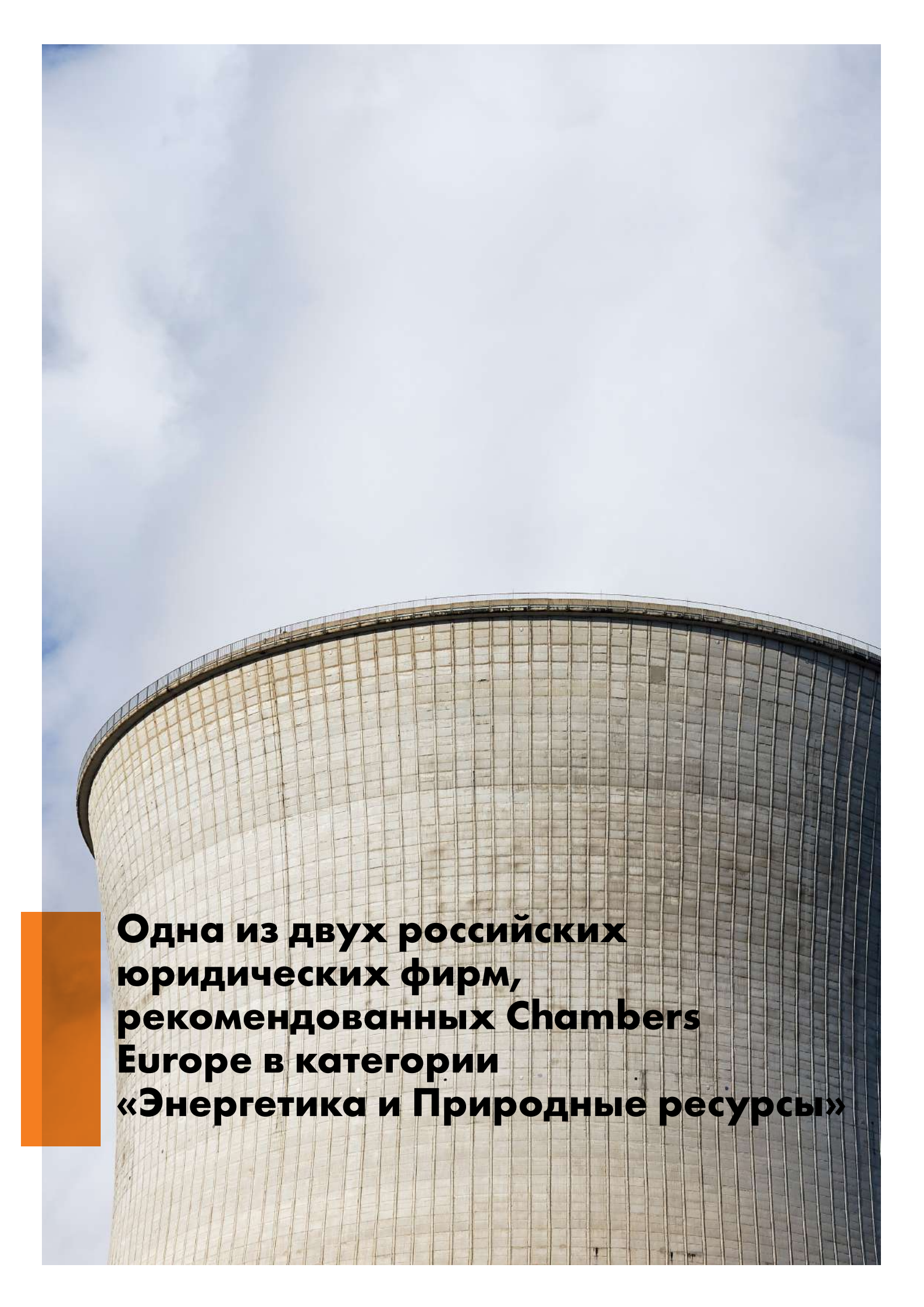
Заказчик в соответствии с ГК РФ не имеет права отказаться от приемки, если объект строительства содержит несущественные и устранимые недостатки

Заказчик вправе отказаться от приемки результата работ только в случае обнаружения недостатков, которые исключают возможность его использования для указанной в договоре строительного подряда цели и не могут быть устранены подрядчиком или заказчиком (пункт 6 статьи 753 Гражданского кодекса РФ).

Следовательно, заказчик обязан принять результат работ, который соответствует всем вышеуказанным требованиям, и не может отказаться от приемки, если результат работ содержит несущественные (то есть не препятствующие использованию объекта строительства по его назначению) и устранимые недостатки.

Стоит отметить, что данные положения потенциально влекут за собой множество разногласий между подрядчиком и заказчиком, поскольку критерии «существенности» и «устранимости» недостатков работ зачастую по-разному трактуются сторонами, заказчик может пытаться обосновать возможность отказа от приемки и, как следствие, оплаты результатов работ, подрядчик, в свою очередь, настаивать на том, что приемка должна была состояться и у заказчика





**Одна из двух российских
юридических фирм,
рекомендованных Chambers
Europe в категории
«Энергетика и Природные ресурсы»**

правовые последствия будут связаны с каждым из выделенных этапов.

В договоре может быть предусмотрено, что **завершение** строительных работ наступает тогда, когда подрядчик выполнил все свои обязательства по поставке всего необходимого оборудования и материалов, а также по выполнению строительных работ, например по монтажу оборудования, что подтверждается результатами успешного проведения испытаний оборудования без рабочей нагрузки.

Мы рекомендуем включать в контракты положения, указывающие конкретные моменты наступления тех или иных последствий, которые ГК РФ по умолчанию связывает со сдачей-приемкой работ

Сдача-приемка законченного объекта строительства происходит тогда, когда заказчик фактически принимает объект от подрядчика в свое владение. Примерные условия могут быть сформулированы следующим образом:

«Сдача-приемка Объекта происходит при выполнении всех нижеуказанных условий:

- *достигнуто механическое и конструкци-онное завершение Объекта в соответствии с требованиями Договора, за исключением мелких деталей (недоделок), не влияющих на безопасную и нормальную эксплуатацию Объекта, при условии, что Стороны утвердили список таких мелких недоделок;*
- *подрядчик исполнил и сдал комплект эксплуатационной документации в соответствии с установленными формами;*
- *подрядчик произвел инструктаж персонала Заказчика согласно условиям Договора;*

- *успешно пройдено комплексное опробование, иные тестирования и испытания, предусмотренные Договором и/или обязательными техническими правилами;*
- *подрядчик получил либо обеспечил получение Заказчиком всех разрешений, необходимых для эксплуатации Объекта;*
- *стороны подписали Акт сдачи Объекта.*

При этом в российских условиях до окончательной приемки может быть подписан акт приемки законченного строительством объекта приемочной комиссией с участием сторон договора строительного подряда и государственных органов, осуществляющих строительный надзор (в целях выдачи разрешения на ввод объекта в эксплуатацию в порядке статьи 55 Градостроительного кодекса РФ), например, по необязательной форме КС-14. В таком случае в договоре необходимо отметить, что стороны понимают и признают, что подписание акта приемки законченного строительством объекта приемочной комиссией само по себе не является приемкой объекта заказчиком в смысле договора и статьи 753 Гражданского кодекса РФ, не свидетельствует о завершении выполнения обязательств подрядчика по договору и не является подтверждением достижения объектом условий окончательной приемки.

Окончательная приемка осуществляется в том случае, когда заказчик подтверждает, что он удовлетворен качеством и полной результата работ, в договоре ее наступление может быть обусловлено выполнением следующих условий:

- *завершение было успешно достигнуто и остается успешно достигнутым;*
- *подрядчик устранил все недоделки, указанные в ведомости недоделок, или Стороны пришли к соглашению, и Подрядчик выплатил Заказчику фиксированную сумму*



- компенсации в отношении оставшихся недоделок в соответствии с ведомостью;
 - стороны подписали Акт окончательной приемки.
- в результате гарантийных испытаний подтверждено достижение Объектом всех Гарантированных Эксплуатационных Показателей, либо, в установленных Договором случаях, подтверждено достижение Объектом Минимальных Эксплуатационных Показателей, и Подрядчик уплатил Заказчику неустойку за недостижение Гарантированных Эксплуатационных Показателей⁶ согласно положениям Договора;
 - подрядчик исполнил и сдал комплект исполнительной документации;

При этом в договор рекомендуется включить формулировку: «Во избежание сомнений, Стороны отмечают, что только Акт окончательной приемки, оформленный в соответствии с требованиями Договора, будет считаться документом, свидетельствующим о приемке Работ Заказчиком в смысле статьи 753 Гражданского кодекса РФ. Подписание Заказчиком Акта окончательной приемки не освобождает Подрядчика от ответственности за какие-либо недостатки или дефекты в Объекте». ♦

⁶ Более подробно о проведении испытаний на различных этапах приемки объектов строительства и порядке подтверждения гарантированных и минимальных эксплуатационных показателей (то есть, гарантий производительности) см. статью Липавского В.Б. «Гарантии качества и производительности в EPC- и EPC(M)-контрактах: ключевые моменты и подводные камни».

Указанные в статье Липавского различные этапы завершения работ: механическое завершение (mechanical completion) → существенное завершение (substantial completion) → финальное завершение (final completion) – примерно соответствуют разбивке, использованной в настоящей статье применительно к этапам приемки работ в соответствии с контрактами ФИДИК: завершение (completion) → сдача-приемка работ (taking-over) → окончательная приемка (final acceptance).



Даты проведения семинара:
school.lawtek.ru

ЦЕЛЕВАЯ АУДИТОРИЯ

Руководители и специалисты департаментов капитального строительства, управлений по строительству объектов, отделов строительного контроля, планирования и организации строительства, юридических департаментов и управлений правового обеспечения, отделов договорно-претензионной работы, отделов закупок, снабжения и тендеров

Практический семинар

Строительные ЕРС, ЕРС (М) и другие контракты: регулирование, исполнение и судебная практика

ДОКЛАДЧИКИ:

Модератор семинара:

Виктор Нестеренко,
президент НОУ ДПО
«Институт «ПравоТЭК»

Приглашенные эксперты:

Владимир Липавский,
управляющий партнер
юридической фирмы Ost Legal

Иван Суздаев,
партнер юридической
фирмы Ost Legal

ТЕМАТИЧЕСКИЙ ПЛАН:

1. Контрактная стратегия и структурирование строительных проектов

Контрактная стратегия инвестиционно-строительного проекта, выбор договорной структуры проекта, схемы реализации проектов на основе ЕРС-контракта или множества договоров, плюсы и минусы модели ЕРС, расчет бюджета проекта и цены, выбор контрактной стратегии на примере одного проекта, разделение рисков между заказчиком и подрядчиком.

2. Институциональный подход к строительству «под ключ»

Проформы FIDIC, NEC, IChemE, Orgalime, AIA. Причины использования. Проформы FIDIC (история и причины создания). Ключевые отличия от других аналогичных контрактов.

3. Рекомендации по проведению тендеров по выбору ЕРС- и ЕРС(М)-подрядчиков

Выбор формы тендера, состав и структура тендерной документации, проект договора (контракта), протокол разногласий к проекту договора, обеспечение обязательств по участию в тендере (банковская гарантия, депозит), подача предложений участниками, действия заказчика в период проведения тендера (совместная работа с участниками, проведение предварительных переговоров по проекту договора и протоколу разногласий), оценка заявок и определение победителя, на что обратить внимание.

4. Подготовка ЕРС- и ЕРС(М)-контрактов: выбор проформ

Определение и основные характеристики ЕРС-контракта, основные разновидности ЕРС, контрактное решение ЕРС(М), подвиды договоров ЕРС и ЕРС(М), «усеченные» договорные модели (ЕР — инжиниринг и поставки; ЕР and Construction Supervision — инжиниринг, поставки и надзор за строительством; строительство по проекту заказчика), «квази ЕРС» (один крупный лот и несколько мелких (multi prime)), возможные формы договоров (ЕРС-ЕРС(М), ЕРС(М)-РСМ, ЕРС(М)-ЕРС).

5. Заключение ЕРС-, ЕРС(М)- и иных строительных контрактов: ключевые условия, на которые нужно обратить внимание

Объем работ, средства обеспечения исполнения договора на строительство «под ключ», требования к договорам субподряда (заключаемым генеральным подрядчиком), роль инженера Заказчика, проектирование в договорах ЕРС, ЕРС(М) и иных договорах «под ключ», исходные данные и изыскания, контроль Заказчика за ходом выполнения работ — «подводные камни». Поставка оборудования на основании договора ЕРС или ЕРС(М) — что нужно учесть, этапность, приемка работ, цена, порядок платежей, право на зачет. Приемка законченных объектов, приостановка выполнения работ, ответственность подрядчика, право на изменение, основания и последствия расторжения договора, страхование, передача прав и обязанностей из договора, язык договора и выбор применимого права.

6. Типичные конфликтные ситуации при реализации ЕРС- и ЕРС(М)-проектов. Судебная практика по ЕРС- и ЕРС(М)-контрактам в России

Споры, связанные с проектированием, с языком и коммуникацией, с привлечением субподрядчиков, с предоставлением стройплощадки и доступом на нее, с таможенным оформлением и логистикой. Споры относительно объема работ, приемки объекта, обеспечения исполнения обязательств по договору. Рекомендации при возникновении конфликтной ситуации. Что нужно сделать перед тем, как расторгнуть договор? Экономические последствия расторжения договора: на что обратить внимание? Что нужно учитывать перед предъявлением банковских гарантий к платежу? Строительные договоры «нового типа» в судебной практике.

7. ЕРС- и ЕРС(М)-проекты: взгляд отраслевого эксперта

Основные проблемы реализации крупных строительных проектов в отраслях ТЭК России. Влияние отраслевой специфики и особенностей возводимого объекта на сроки и условия ЕРС-контрактов и общей контрактной стратегии проекта по КС. Взгляд заказчика и подрядчика на реализацию строительных проектов

8. Комплексное страхование строительного-монтажных рисков

Виды ущерба и потерь участников строительства, компенсируемые страхованием, виды страхования рисков при строительстве, ответственность участников строительства за гибель или повреждение сооружаемого объекта. Ущерб при строительстве вследствие рисков природного или технологического характера, пожара и противоправных действий третьих лиц. Риски причинения вреда третьим лицам при производстве СМР. Повреждение инженерных коммуникаций и существующих зданий в процессе строительства. Полис комплексного страхования рисков при строительстве.

ПРИ ПОДДЕРЖКЕ И УЧАСТИИ:



Более подробную информацию о мероприятиях НОУ ДПО «Институт «ПравоТЭК» Вы можете получить на сайте www.lawtek.ru или позвонив нам: 8 (499) 235-47-88, 8 (499) 235-25-49

school.lawtek.ru

РЕКЛАМА

Приостановка строительного договора заказчиком по соображениям удобства



Владимир Липавский
Управляющий партнер
Ost Legal

В международной практике строительные договоры довольно часто включают положения о возможности приостановки исполнения (suspension) как обязательств одной из сторон, так и исполнения договора в целом.

Под «строительным договором» мы понимаем широкий круг обязательств, возникающих при строительстве крупных промышленных объектов: ЕРС-, ЕРС(М) — контракты, а также, с некоторыми оговорками, договоры на проектирование, производство и поставку оборудования (ЕР – контракты). Приостановка работ подрядчиком на основании статей 716, 719, 743 Гражданского кодекса весьма подробно рассмотрена во множестве статей и публикаций, а также в практике судов, однако приостановка исполнения строительного договора заказчиком не в связи с нарушением подрядчика или обстоятельствами непреодолимой силы, на наш взгляд, получает недостаточно внимания.

Между тем, в условиях турбулентности, охватившей строительную индустрию с 2020 года, наличие и грамотное использование прав на приостановку может помочь, без преувеличения, спасти компанию. В то же время, игнорирование соответствующих условий при заключении договора может поставить подрядчика или поставщика в очень сложное положение.

Ключевые вопросы, которые будут рассмотрены в данной статье:

- исполнение каких обязательств является предметом приостановки;
- правовые основания приостановки;
- ограничения при реализации права на приостановку;
- правовые и экономические последствия приостановки;
- соотношение приостановки исполнения договора и отказа от исполнения договора;
- международный опыт применения механизма приостановки.

В последние несколько лет наличие права на приостановку исполнительного договора могло спасти компанию, а отсутствие такого права — поставить на грань банкротства.

Приостановка исполнения собственных обязанностей или договора в целом?

Необходимо различать случаи, когда сторона имеет право приостановить исполнение собственных обязанностей и когда приостановка касается договора в целом, т. е., по сути, речь идет о приостановке исполнения обязанностей *другой стороны*.

Гражданский кодекс во многих случаях допускает приостановку исполнения стороной собственных обязательств. Например, статья 328 ГК РФ позволяет приостановить исполнение собственных встречных обязательств в случае непредоставления другой стороной предусмотренного договором исполнения обязательства либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок.

Нормы главы 37 «Подряд» предусматривают ряд оснований для приостановки работ подрядчиком, например:

- при обнаружении непригодности или недоброкачества предоставленных заказчиком материалов, оборудования, документации, возможных неблагоприятных для заказчика последствий выполнения его указаний, иных обстоятельств, которых угрожают достижению целей договора подряда (ст. 716 ГК РФ);
- если нарушение заказчиком обязанностей по предоставлению материалов, оборудования, документации и пр. препятствует исполнению договора подрядом, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (ст. 719 ГК РФ);
- при обнаружении подрядчиком не учтенных в технической документации работ и необходимости выполнения в этой связи дополнительных работ (ст. 743 ГК РФ).

Несложно заметить, что во всех вышеуказанных случаях речь идет о приостановке исполнения стороной (как правило, подрядчиком) собственных обязанностей, а не обязанностей контрагента или договора в целом.

Анализ Гражданского кодекса в целом, как общей части, так и положений, посвященных отдельным видам обязательств, также позволяет заключить, что имеющиеся законные основания приостановки не охватывают возможность приостановки исполнения обязанностей другой стороны.

Так что же, приостановка исполнения строительного договора заказчиком *for convenience* (т. е. «по соображениям удобства») является неправомерной? Представляется, что все же заказчик может иметь такое право, если оно предоставлено ему договором при осуществлении предпринимательской деятельности.

Правовые основания приостановки исполнения строительного договора в целом

Несмотря на то, что приостановка исполнения договора в целом прямо не предусмотрена Гражданским кодексом, она не противоречит его императивным нормам, а в некоторых случаях возможность такой приостановки косвенно допускается (например, ст. 752 ГК РФ).

Согласно пункту 2 ст. 310 ГК РФ, *одностороннее изменение условий обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, или односторонний отказ от исполнения этого обязательства допускается в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.*

Приостановка исполнения договора в целом, т. е. исполнения как собственных обязанностей, так и обязанностей контрагента, является ничем

иным, как изменением условий договора. Следовательно, такие действия заказчика имеют право на существование, но лишь в том объеме и на тех условиях, в которых они предусмотрены заключенным договором.

08

Таким образом, единственным правовым основанием для приостановки исполнения строительного договора заказчиком «по соображениям удобства» (т. е. в отсутствие нарушения подрядчиком, обстоятельств непреодолимой силы или иных обстоятельств, препятствующих исполнению) является договор.

Из этого следует и обратный вывод: если договором такое право не предусмотрено, то приостановка исполнения договора заказчиком может быть квалифицирована в качестве либо невыполнения обязанностей заказчика (ст. 718 ГК РФ), либо неправомерного отказа от исполнения договора, что, в свою очередь, является основанием для применения подрядчиком соответствующих средств защиты, включая как требование о продлении сроков выполнения работ и возмещении убытков, так и, потенциально, расторжение договора.

Ограничения при реализации права на приостановку исполнения договора «по соображениям удобства»

Поскольку возможность немотивированной приостановки исполнения договора заказчиком, как было отмечено выше, проистекает только из договора, соответствующие условия договора являются естественным ограничителем, устанавливающим объем и содержание соответствующего права.

Например, если ЕРС-контрактом предусмотрено, что заказчик может приостановить исполнение договора не более чем на 365 дней совокупно, но не более чем на 180 дней в течение календарного года, то попытка приостановить

договор на больший срок не будет иметь под собой правовых оснований.

Однако, помимо явно выраженных положений договора, заказчик при реализации своих прав должен руководствоваться также общей обязанностью действовать добросовестно и разумно и не допускать злоупотребления своими правами. Несмотря на весьма общий характер данных норм (части 3,4, ст. 1, ст. 10 ГК РФ), как государственные, так и третейские суды, включая международный коммерческий арбитраж, при разрешении споров уделяют серьезное внимание изучению того, действовала ли сторона добросовестно.

Пример из практики: был расторгнут ЕРС-контракт, после чего ЕРС-подрядчик приостановил исполнение нижестоящих договоров субподряда и поставки, что привело к многочисленным судебным спорам между ЕРС-подрядчиком и его субподрядчиками. Договоры субподряда предусматривали право ЕРС-подрядчика приостановить их исполнение по усмотрению ЕРС-подрядчика, однако некоторые субподрядчики в судах утверждали, что ЕРС-подрядчик, приостанавливая исполнение, действовал недобросовестно: ведь поскольку «верхний» ЕРС-контракт уже расторгнут, у генподрядчика якобы отсутствует интерес в исполнении заключенных договоров субподряда. Поэтому, по мнению субподрядчиков, приостанавливая исполнение договоров субподряда (вместо того, чтобы их расторгнуть, что дало бы субподрядчикам больший объем прав и средств защиты), ЕРС-подрядчик действовал недобросовестно и злоупотреблял правом. Однако ЕРС-подрядчику удалось доказать обратное: в частности, ЕРС-контракт запрещал расторгать договоры субподряда без согласия заказчика (и заказчик

прямо об этом напомнил генподрядчику), кроме того, приостановка была мотивирована тем, что уже после расторжения ЕРС-контракта осуществлялась передача заказчику прав и обязанностей ЕРС-подрядчика по заключенным договорам субподряда. Несмотря на то, что в итоге не все договоры субподряда были переданы заказчику, в момент их приостановки ЕРС-подрядчик действовал добросовестно, рассчитываю на их переуступку заказчику.

Грань между добросовестным использованием всех предоставленных лицу договором средств защиты и злоупотреблением правом является тонкой, при ее оценке велика роль субъективного элемента, поэтому заказчику следует очень внимательно относиться как к формулированию условий договора о возможности приостановки по соображениям удобства, так и к реализации данного права.

Особое внимание необходимо уделить подготовке письменного уведомления о приостановке исполнения договора, которое, как минимум, должно включать:

- ссылку на пункт договора, на основании которого исполнение договора приостанавливается полностью или частично;
- явно и недвусмысленно выраженное указание о приостановке исполнения полностью или в какой-либо части;
- указание на период приостановки. Если договор содержит ограничение по максимальному сроку приостановки и заказчик в момент приостановки не знает, на какой конкретно период времени приостанавливается исполнение (обычно это так), то лучшим решением будет указать максимальный срок приостановки с уточнением, что исполнение может быть возобновлено досрочно. Следует избегать приостановки «на неопределенный период времени», «до дальнейших указаний» и т. п.;
- указание на причину приостановки. Поскольку приостановка довольно часто выливается в последующий судебный или арбитражный

- спор, при указании причины приостановки надо быть очень аккуратным, чтобы не нанести ущерба своей правовой позиции в суде;
- указание на действия, которые подрядчику необходимо совершить в период приостановки (консервация определенных работ, совместная инспекция незавершенных работ, доставка определенных материалов или оборудования, демобилизация с площадки и т. п.).

Еще одним важным ограничением приостановки исполнения является невозможность, по нашему мнению, приостановки заказчиком исполнения собственных обязанностей, срок и условия исполнения которых наступили или неизбежно наступят. Например, явно недобросовестными и противоречащими пунктам 3,4 ст. 1 Гражданского кодекса будут попытки приостановить исполнение собственных обязанностей по оплате уже выполненных и принятых работ или поставок. Это касается также тех случаев, в которых срок оплаты еще не наступил, но неизбежно наступит: например, работы приняты, все условия для платежа выполнены, но 30-дневный срок на оплату еще не истек.

Гораздо больше споров в тех случаях, когда работы выполнены частично, но предъявлены к приемке либо оборудование находится в финальных стадиях изготовления, но также не предъявлено к приемке. По нашему мнению, если в такой ситуации заказчик правомерно приостанавливает исполнение договора, то до окончания приостановки подрядчик или поставщик, в отсутствие условий договора об обратном, не вправе требовать приемки и оплаты товара.

Правовые и экономические последствия приостановки

Основным юридическим последствием правомерно осуществленного права на приостановку исполнения договора является некое «замораживание» статуса исполнения обязательств сторон, имевшегося на момент приостановки. В частности, подрядчик не имеет права

продолжать выполнение работ и предъявлять их к приемке после получения уведомления о приостановке, что, впрочем, не касается выполнения определенных консервационных мероприятий для обеспечения сохранности уже выполненных работ.

Пример из практики: генеральный подрядчик приостановил исполнение договора на изготовление и поставку металлоконструкций. Субподрядчик не согласился с такой приостановкой и потребовал оплаты частично изготовленных изделий. Генеральный подрядчик произвел инспекцию металлоконструкций, в ходе которой, а также с учетом ранее сообщенной самим субподрядчиком информации выяснилось, что в действительности, получив уведомление о приостановке, субподрядчик продолжил изготовление металлоконструкций, чтобы предъявить к оплате большее количество товара. В судебном споре была назначена экспертиза, которая подтвердила аргументы генерального подрядчика. В итоге спор был урегулирован мировым соглашением на условиях, устраивающих генерального подрядчика.

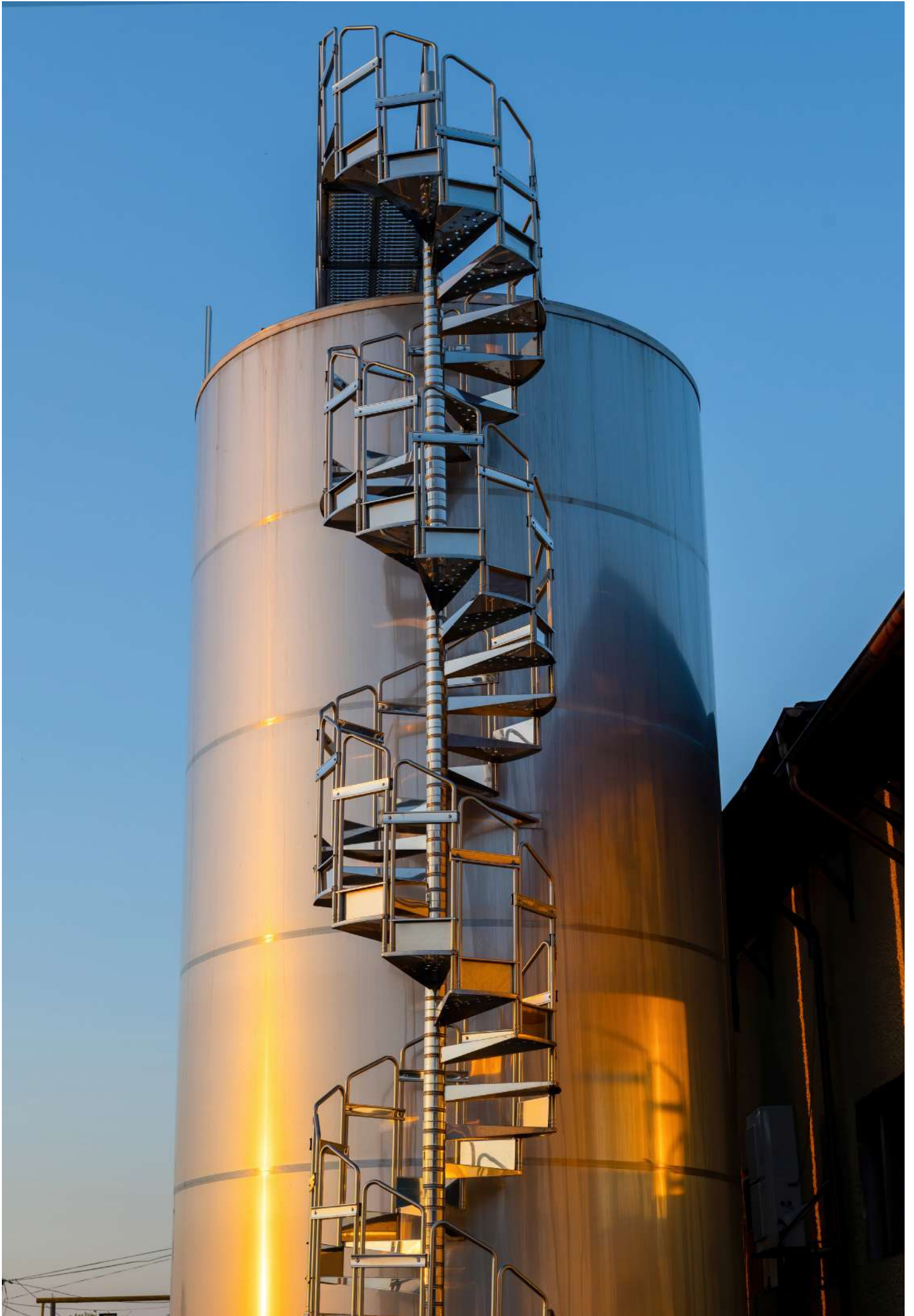
Важным юридическим последствием является то, что затронутые обязательства именно приостановлены исполнением, но не прекращены. Хотя это, в общем-то, очевидно следует из самого значения слова «приостановка», с практической точки зрения, будет не лишним добавить в соответствующий пункт договора положение о том, что приостановленные обязательства, как и договор в целом, не прекращаются

в силу направления уведомления о приостановке, и что в период приостановки подрядчик не вправе расторгнуть договор.

Условия договоров, посвященные праву заказчика на приостановку работ по соображениям удобства, обычно в виде последствий такой приостановки предусматривают возмещение расходов подрядчика и соответствующее продление сроков выполнения работ. При обсуждении таких условий важно обратить внимание на следующие нюансы:

- Нередко ЕРС-контракты предусматривают, что расходы, вызванные приостановкой не свыше определенного срока, подрядчик принимает на свой счет. Разумеется, это коммерческий вопрос, и подрядчику стоит очень внимательно оценивать свою готовность нести такие расходы, но в нашей практике встречались контракты, где такой срок составлял до 3 месяцев.
- Договор может, в зависимости от срока приостановки, предоставить подрядчику право демобилизовать свой персонал со строительной площадки. При длительной приостановке это обычно в интересах обеих сторон, так как позволяет снизить расходы.
- Расходы, вызванные приостановкой, могут включать не только простой персонала, техники, содержание строительного города в период приостановки, демобилизацию и повторную мобилизацию. Часто бывает (особенно — после 2020 года), что за несколько месяцев приостановки серьезно меняется конъюнктура рынка, возрастает стоимость рабочей силы, материалов и оборудования. Сторонам следует тщательно урегулировать

Уведомление о приостановке должно явным образом ссылаться на пункт договора, на основании которого заказчик или покупатель приостанавливает исполнение



Период приостановки должен быть ограничен, иначе она может быть квалифицирована в качестве отказа от исполнения договора

в договоре, кто несет соответствующие риски.

- Чрезвычайно важным вопросом является порядок возмещения расходов подрядчика, вызванных приостановкой. Так, в одном из известных нам случаев грамотно подошедший к заключению договора заказчик настоял на включении условия о том, что вызванные приостановкой работ расходы возмещаются подрядчику после возобновления работ. Разумеется, такой подход поставил заказчика в очень выгодную ситуацию, т. к. позволил не только отсрочить выплату соответствующих сумм, но и существенно улучшил переговорную позицию заказчика при обсуждении общей суммы расходов.
- Количественное выражение продления сроков выполнения работ также вызывает много разногласий. Реальное влияние приостановки на график выполнения работ может быть выше (часто — значительно выше), чем собственно период приостановки, поскольку возобновление работ требует реорганизации персонала, повторный заказ отдельных материалов, оборудования и т. п.

Соотношение приостановки исполнения договора и отказа от исполнения договора

Как было указано выше, правомерно использованное заказчиком право на приостановку исполнения договора не дает оснований считать заказчика отказавшимся от исполнения договора, а сам договор, соответственно, расторгнутым.

Однако, если заказчик приостанавливает выполнение работ без надлежащих правовых оснований (такие случаи нередко встречались в нашей практике), то подрядчик действительно может либо: а) занять позицию, что заказчик в действительности отказался от исполнения договора и потребовать применения последствий расторжения договора о безмотивном расторжении; либо б) заявить о существенном нарушении со стороны заказчика и попробовать, помимо прочего расторгнуть договор самостоятельно. И в том, и в другом случае у подрядчика, помимо прочего, возникнет право на возмещение убытков.

Даже правомерная приостановка не может длиться бесконечно. Как правило, договоры, предусматривающие право заказчика на приостановку выполнения работ, включают условие о предельной продолжительности приостановки, по достижении которого, если работы не возобновляются, подрядчик получает право на расторжение договора. Если договор не будет содержать подобного условия, велик риск того, что при наличии спора суд или состав арбитража, рассматривающий такой спор, будет ориентироваться на некий разумный срок, когда работы могут оставаться приостановленными, и по истечении которого у подрядчика появится возможность расторгнуть договор.

Международный опыт применения механизма приостановки

Основные иностранные юрисдикции, как правило, так же не содержат «законного» основания приостановления исполнения договора заказчиком, однако признают право сторон предусмотреть такое право в договоре.



В международной практике EPC-контракты, а также иные строительные договоры, как правило, содержат условия, позволяющие заказчику по своему усмотрению приостановить выполнение работ полностью или частично.

Например, практически все проформы FIDIC включают право заказчика приостановить выполнение любой части работ, а также подробным образом описывают последствия¹:

- право подрядчика на продление срока и возмещения расходов, вызванных приостановкой;
- порядок оплаты оборудования и материалов, которые не были доставлены на строительную площадку на момент приостановки;
- последствия длительной приостановки, которые выражаются, в конечном итоге, в возникновении у подрядчика права на расторжение контракта;
- порядок возобновления работ и устранения недостатков, возникших в период приостановки.

В нашей практике переговоров с иностранными подрядчиками требование включить в договор подряда условие о возможности приостановления его исполнения заказчиком не является чем-то необычным, и основное обсуждение строится вокруг последствий

такой приостановки и ее предельной продолжительности.

Несколько сложнее ситуация с договорами изготовления и поставки производственного оборудования: иностранные поставщики существенно менее охотно (если вообще) соглашаются на включение прав на приостановку исполнения договора. Позиция поставщиков объясняется тем, что для производства оборудования они закупают дорогостоящие материалы и резервируют производственные слоты, поэтому часто приостановка возможна либо в ограниченные промежутки времени (например, поставщик еще не приступил к закупке материалов или, наоборот, уже произвел оборудование и готов за плату хранить его некоторое время у себя на складе) либо вообще исключается. ♦

Приостановка исполнения обязанностей другой стороны договора возможна лишь в пределах, установленных договором

¹ См. например, пункты 8.8–8.12 Общих условий Серебряной книги FIDIC.



Основания и последствия расторжения EPC-контрактов и иных строительных договоров



Гульнара Наструдинова
Старший юрист
Ost Legal

В данной статье мы рассмотрим «законные» и «договорные» основания расторжения EPC-контрактов, различные последствия расторжения, в зависимости от оснований, подходы к данным вопросам в международной практике, включая проформы ФИДИК.

Кроме того, нельзя забывать, что многочисленные пакеты санкций и уход западных компаний с российского строительного рынка повлекли многомиллиардные арбитражные и судебные разбирательства, связанные с расторжением договоров. В статье приводится обзор некоторых судебных тенденций расторжения EPC-контрактов в спорах в России и за рубежом.

«Законные основания» расторжения ЕРС-контракта в российском праве

Можно выделить следующие группы оснований расторжения договора строительного подряда (ЕРС-контракта), установленных законом.

А) Подрядчик может в одностороннем порядке отказаться от договора подряда в связи с какими-либо действиями либо нарушениями заказчика¹ в следующих случаях:

- 1) заказчик в разумный срок не предпринимает меры, необходимые для устранения обстоятельств, которые грозят годности работы (например, заказчик не заменяет непригодные материалы, оборудование, техническую документацию) при условии, что подрядчик предупредил заказчика об этом (п. 3 ст. 716 ГК РФ);
- 2) заказчик не исполнил или очевидно не исполнит в установленный срок свои встречные обязательства по договору (например, непредоставление строительной площадки, оборудования или материалов, технической документацию), что препятствует исполнению подрядчиком своих обязательств по договору (п. 2 ст. 719 ГК РФ);
- 3) невозможность использования предоставленных заказчиком материалов или оборудования без ухудшения качества выполняемых работ по договору строительного

подряда, если заказчик отказывается их заменить (п. 3 ст. 745 ГК РФ).

В) Заказчик может в одностороннем порядке отказаться от договора подряда в связи с какими-либо действиями либо нарушениями подрядчика:

- 1) подрядчик нарушил конечный срок выполнения работы, а также иные установленные договором сроки, и из-за просрочки исполнение утратило для заказчика интерес (п. 2 ст. 405, п. 3 ст. 708 ГК РФ);
- 2) существенно увеличилась приблизительная цена в связи с необходимостью выполнения дополнительных работ (п. 5 ст. 709 ГК РФ);
- 3) подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора или выполняет работу настолько медленно, что завершить ее в срок становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК РФ);
- 4) подрядчик не устраняет в назначенный срок недостатки, когда становится очевидно, что работа не будет выполнена надлежащим образом (п. 3 ст. 715 ГК РФ);
- 5) если отступления в работе от условий договора или иные недостатки результата работы в установленный разумный срок не были устранены либо являются существенными и неустранимыми (п. 3 ст. 723 ГК РФ). Следует обратить внимание на то, что критерии существенности недостатков никак не определены законом².

¹ Интересно, что по общему правилу, у подрядчика нет «законного» права на односторонний отказ от договора подряда в случае нарушения обязательства по оплате работ со стороны заказчика. В случае просрочки оплаты работ со стороны заказчика подрядчик для расторжения договора подряда должен обращаться в суд с иском на основании пп. 1 п. 2 ст. 450 ГК РФ, то есть на том основании, что заказчик существенно нарушил договор подряда. С одной стороны, это делает положение заказчика более устойчивым, с другой стороны, нет ясности какую именно просрочку (какой конкретно длительности с учетом обстоятельств) суд может признать существенным нарушением договора. В связи с чем мы рекомендуем урегулировать данный вопрос в договоре, например, следующим образом: «Существенной Стороны договорились считать просрочку в оплате Работ, которая составляет более 60 дней».

² В отличие, например, от аналогичного регулирования договора купли-продажи, применительно к которому абз. 1 п. 2 ст. 475 ГК РФ даются критерии существенного нарушения требований к качеству товара: «...обнаружение неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков». В любом

С) Заказчик также может в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора подряда безмотивно, т. е. «по соображениям удобства» (то, что в международной практике называется «*termination for convenience*») — ст. 717 ГК РФ.

Д) Кроме того, договор подряда может быть расторгнут одной из сторон вследствие обстоятельств, за которые ни одна сторона не отвечает, а именно в связи с невозможностью исполнения (ст. ст. 416, 417 ГК РФ), либо существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ).

Следует учитывать, что в соответствии с п. 1 ст. 416 ГК РФ обязанность стороны прекращается в силу объективной невозможности исполнения, наступившей после возникновения обязательства и имеющей неустранимый (постоянный) характер, если эта сторона не несет риск наступления таких обстоятельств. Невозможность исполнения является объективной, когда по обстоятельствам, не зависящим от воли или действий должника, у него отсутствует возможность в соответствии с законом или договором исполнить обязательство как лично, так и с привлечением к исполнению третьих лиц³.

В соответствии с п. 1 ст. 451 Гражданского кодекса основанием для расторжения договора является существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы

ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Если стороны не достигли соглашения о приведении договора в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами или о его расторжении, договор может быть расторгнут (или изменен) судом.

Расторжение ЕРС-контракта по основаниям, которые могут быть предусмотрены договором («договорные основания»)

В том случае если договор подряда связан с осуществлением обеими сторонами предпринимательской деятельности, стороны могут включить в договор дополнительные к установленным в законе основания для одностороннего отказа от исполнения обязательства любой из его сторон (п. 2 ст. 310 ГК РФ).

При этом такие основания для одностороннего отказа могут быть как связанными, так и не связанными с нарушением договора другой стороной. Например, право на отказ может быть обусловлено наступлением определенных обстоятельств (наиболее типичным случаем является банкротство контрагента, иные возможные основания расторжения для включения в ЕРС-Контракт мы приводим в примерных пунктах ниже), либо стороны могут предусмотреть право на немотивированный отказ (без объяснения причин) для подрядчика.

В международной практике разделы ЕРС-Контрактов, посвященные различным группам оснований расторжения договора, а также

случае, критерии существенности недостатков и товаров и результатов работ остаются достаточно неопределенными. Как продавец, так и подрядчика могут обратиться в суд с иском о признании недействительным отказа покупателя/заказчика от договора в связи с отсутствием существенности нарушения.

Обычно в ЕРС-Контрактах определяются несущественные недоделки — это те, которые не влияют на безопасную и нормальную эксплуатацию объекта, стороны могут утвердить список таких мелких недоделок, не препятствующих предварительной приемке объекта.

³ Пункты 36, 37 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»

Большинство международных стандартных форм, в том числе и ФИДИК, включают подробное регулирование условий, порядка и последствий расторжения договора сторонами, в том числе перечни оснований расторжения договора по причинам его нарушения со стороны подрядчика или заказчика

последствиям расторжения, соответствующим таким основаниям, являются одними их самых проработанных и обширных.

Большинство международных стандартных проформ, в том числе и ФИДИК, включают подробное регулирование условий, порядка и последствий расторжения договора сторонами, сходное с тем, которое мы описываем в этой статье.

Например, «Серебряная» книга ФИДИК (Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (Silver Book), 1999) посвящает вопросам расторжения контракта несколько статей «Общих условий».

Статье 15 «Общих условий» устанавливает основания и порядок расторжения EPC-Контракта Заказчиком. Согласно Пункту 15.2 Заказчик, среди прочего, имеет право расторгнуть Контракт если Подрядчик:

- a) не выполнил требований Пункта 4.2 (Обеспечение исполнения Контракта) или указания в соответствии с Пунктом 15.1 (Указание об устранении недостатков);
- b) самовольно покинул Объекты или иным образом прямо продемонстрировал намерение прекратить исполнение своих обязательств по Контракту;
- c) без уважительной причины: (1) не осуществляет строительство Объектов в соответствии со Статьей 8 (Начало, задержки и приостановка работ); или (2) не выполнил указания, отданного согласно Пункту 7.5 (Отказ) или Пункта 7.6 (Устранение недостатков) в течение 28 дней после его получения;

- d) переуступил Контракт или заключил договор субподряда на выполнение всех работ без необходимого на то согласия;
- e) подрядчик стал банкротом или неплатежеспособным, ликвидировался или совершил иные подобные действия;
- f) дал или предложил (прямо или опосредованно) кому-либо взятку, вручил подарок или иначе выразил благодарность, предложил комиссионные или другие вещи или деньги, в качестве поощрения или награды.

Подрядчик, в свою очередь, согласно пункту 16.2 Общих условий, имеет право на расторжение контракта, если:

- a) заказчик не исполняет обязательства по оплате работ или выплате иных сумм, причитающихся Подрядчику (Подрядчик должен предварительно приостановить работы и уведомить Заказчика об этом);
- b) длительная приостановка выполнения работ оказывает воздействие на Объекты в целом, как указано в Пункте 8.11 (Длительная приостановка работ).
- c) стал банкротом или неплатежеспособным, ликвидировался или совершил иные подобные действия.

Наши формы EPC-контрактов, используемые при консультировании заказчиков, включают следующие типичные основания для расторжения договора:

В дополнение к иным случаям, предусмотренным Договором, Заказчик вправе расторгнуть Договор в случае, если:



- а) подрядчик признается банкротом, либо если судом принято к производству заявление о признании Подрядчика банкротом, либо если в отношении Подрядчика вводится процедура наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления, либо если компетентный орган Подрядчика или его акционер/учредитель обращается с заявлением о признании Участника Подрядчика банкротом или о его ликвидации;
- б) подрядчик не предоставил или не продлил банковские гарантии в соответствии с условиями Договора по истечении 60 (шестидесяти) дней с момента, когда соответствующие гарантии должны были быть представлены или продлены;
- с) подрядчик передает в субподряд Работы или уступает права и/или обязанности другому лицу, либо заключает Договор Субподряда без необходимого согласия Заказчика;
- д) подрядчик не добился достижения Объектом Минимальных Эксплуатационных Показателей, как указано в Договоре;
- е) подрядчик выполняет Работы настолько медленно, что, по обоснованному мнению Заказчика достижение Предварительной Приемки в установленные Договором сроки становится невозможным;
- ф) подрядчик допустил существенную просрочку в достижении какого-либо из Ключевых Событий, как это указано в Пункте XXX
- г) в случае достижения предельного размера ответственности Подрядчика за нарушение сроков выполнения работ, установленного Договором;
- х) заверения и гарантии, данные Подрядчиком согласно Договору, являются или стали недовольными; или
- и) если Подрядчик иным образом существенно нарушает свои обязательства по данному Договору, если такое нарушение не устраняется в течение 30 дней с момента получения Подрядчиком уведомления Заказчика о таком нарушении;
- й) в иных случаях, предусмотренных Договором или Регулирующим Правом.

Подрядчик вправе расторгнуть Договор в случае наступления одного из указанных ниже обстоятельств:

- а) заказчик признается банкротом, либо если в отношении Заказчика вводится процедура наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления, либо если компетентный орган Заказчика или его акционер/учредитель обращается с заявлением о признании Заказчика банкротом или о его ликвидации;
- б) в случае систематического нарушения Заказчиком сроков платежей по Договору (более 5 раз, если общий срок просрочки составил свыше 120 дней и сумма просроченной таким образом задолженности составляет более XXX рублей;
- с) если вследствие выдачи Заказчиком Распоряжения о Приостановке если все Работы или большая их часть оказываются приостановленными более чем на 180 дней за один случай или более чем на 365 дней в течение срока действия Договора.

Порядок и способ расторжения строительного договора

В подавляющем большинстве случаев, как в российской, так и в международной практике, строительные договоры расторгаются во внесудебном порядке — путем направления одной стороной уведомления о расторжении или отказе от исполнения договора другой стороне. Так, все известные нам проформы (FIDIC, NEC, модельные договоры ICC и пр.) включают внесудебный односторонний порядок расторжения договора.

В российском праве предоставленное Гражданским кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором право на односторонний отказ от договора (исполнения договора) (статьи 310, 450.1 ГК) может быть осуществлено управомоченной стороной путем уведомления другой стороны об отказе от договора (исполнения договора). Договор

прекращается с момента получения данного уведомления, если иное не предусмотрено Гражданским кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором (например, в самом письме уведомлении может указываться дата, с которой договор расторгается).

Договором часто предусматривается разный срок на вступление уведомления о расторжении контракта в силу: например, если договор расторгается из-за того, что сторона стала банкротом, уведомление вступает в силу немедленно. Если же расторжение вызвано каким-либо нарушением, которое потенциально исправимо, уведомление о расторжении может вступать в силу по истечении определенного периода времени, в течение которого нарушившая сторона, теоретически, имеет возможность исправить нарушение и предотвратить расторжение.

Следует отметить, что вышеуказанный подход чреват некоторой юридической неопределенностью относительно того, состоялось ли расторжение договора или нет, — учитывая то, что часто стороны по-разному оценивают тот факт, исправлено ли нарушение. Чтобы избежать такой неопределенности, иногда ЕРС-контракт выделяет «предварительное уведомление о расторжении» или «уведомление о нарушении», устанавливающее собственно срок на устранение нарушения (но не расторгающее договор) и, собственно, уведомление о расторжении, которое направляется после истечения срока на устранение нарушения и вступает в силу уже немедленно.

Последствия расторжения ЕРС-контракта

В большинстве видов договоров расторжение означает немедленное прекращение всех правоотношений. В подряде, а особенно, в таких сложных и комплексных договорах как ЕРС-контракты, все несколько иначе.

После направления одной стороной уведомления о расторжении ЕРС-контракта, его получения другой стороной и вступления в силу, отношения сторон не прекращаются полностью, а продолжают в рамках некоей «терминальной стадии» — порой еще довольно продолжительное время.

В рамках этой терминальной стадии подрядчик обычно выполняет определенные консервационные мероприятия, довольно часто он может даже, по согласованию сторон, завершать выполнение определенных видов работ уже после расторжения договора.

Кроме того, стороны проводят:

- инвентаризацию и оценку выполненных и частично выполненных работ;
- приемку материалов и оборудования, которые еще не были приняты на момент расторжения договора, включая, довольно часто, оборудование и материалы, которые находятся в пути или приготовлены к отгрузке изготовителем;
- приемку определенных работ, выполненных подрядчиком;
- передачу заказчику прав и обязанностей по некоторым или всем договорам субподряда и поставки.

Часто возникает вопрос, на каких условиях и в каком порядке осуществлять приемку, например, работ после расторжения? Ведь договор, который устанавливал цену, требования к качеству, порядок приемки и другие условия, формально уже прекратил свое действие. Правильный ответ на этот вопрос, поддержанный российской судебной практикой, — если стороны не договорились об ином, к приемке работ, оборудования и материалов, которая происходит после расторжения договора, должны применяться условия договора.

Несмотря на то, что после расторжения договора одной из сторон заказчик и подрядчик,

Финансовые последствия расторжения ЕРС-Контракта различаются в зависимости от оснований расторжения и от того, чьи действия (нарушения) стали причиной расторжения договора - заказчика или подрядчика

как правило, находятся в состоянии конфликта, в большинстве случаев в период такой терминальной фазы они осуществляют вышеуказанное сотрудничество. Причина заключается в том, что несмотря на возможное нахождение к тому моменту сторон в суде или арбитраже, их интересы отчасти совпадают:

- заказчик заинтересован получить определенные материалы или оборудование⁴, а также права и обязанности по субконтрактам, чтобы продолжить строительство объекта самостоятельно или с другим подрядчиком;
- подрядчик заинтересован эти самые оборудование и материалы отдать, так как они обычно ему не нужны, а их стоимость будет учитываться в итоговом сальдо расчетов;
- подрядчик также обычно желает передать заказчику права и обязанности по заключенным субконтрактам, т. к. в противном случае ему придется их расторгать и нести связанные с этим расходы.

Ликвидационная стадия ЕРС-контракта продолжается до тех пор, пока не будут выполнены все вышеуказанные мероприятия, и не будет выведено итоговое сальдо расчетов. Однако, поскольку сальдо зависит от финансовых последствий расторжения договора, которые, в свою очередь, определяются основаниями расторжения договора и объемом применимой ответственности, определение такого сальдо часто откладывается до момента рассмотрения

спора судом или арбитражем. Поэтому «нефинансовые» ликвидационные мероприятия могут закончиться раньше, после чего стороны будут спорить исключительно о юридических и финансовых последствиях расторжения ЕРС-контракта.

Учитывая вышеизложенное, общие последствия⁵ расторжения ЕРС-контракта могут выглядеть следующим образом:

Подрядчик обязан в дату, определенную сторонами в соглашении о расторжении договора или в дату вступления в силу уведомления стороны о расторжении договора:

- прекратить все дальнейшие работы, за исключением тех, которые необходимы для обеспечения сохранности и защиты уже построенных частей объекта, а также тех работ, которые необходимы для обеспечения чистоты и безопасного состояния строительной площадки;
- передать заказчику по акту приемки-передачи объект, не заверченный строительством, строительную площадку и несмонтированное оборудование и материалы;
- доставить на строительную площадку и передать заказчику уже транспортируемые оборудование и материалы;
- передать заказчику всю исполнительную документацию по состоянию на дату расторжения договора, которая не была передана ему до этой даты;

⁴ Кроме случаев, когда заказчик принимает решение не продолжать проект в принципе.

⁵ Т.е. не зависящие от основания расторжения договора.

- уступить заказчику по его требованию права в любом договоре субподряда между подрядчиком и его субподрядчиками;
- вывезти со строительной площадки всю строительную технику подрядчика и персонал подрядчика; удалить со строительной площадки все обломки, весь мусор и все остаточные продукты любого рода и оставить строительную площадку чистой и безопасной.

Расчеты при расторжении договора

В соответствии со ст. 717 ГК РФ при отказе от исполнения договора подряда заказчик обязан уплатить подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до получения извещения об отказе заказчика от исполнения договора, возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора подряда, в пределах разницы между ценой, определенной за всю работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу. Аналогичным образом должны определяться последствия расторжения договора подрядчиком по причине нарушений со стороны заказчика, поскольку в таком случае заказчик должен возместить убытки подрядчика, вызванные расторжением, на основании общих норм о договорной ответственности.

Таким образом, если договор подряда расторгается заказчиком безмотивно, либо расторгается подрядчиком по причине каких-либо нарушений заказчик, в качестве «законных» последствий расторжения будет обязан:

- уплатить подрядчику часть цены пропорционально части работ, выполненных до прекращения договора подряда;
- возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора подряда, в пределах разницы между ценой, определенной за все работы, и частью цены, выплаченной за выполненные работы.

К убыткам, возмещаемым заказчиком, в связи с расторжением договора подряда могут быть отнесены такие убытки как: (1) расходы подрядчика на демобилизацию персонала; (2) неустойки, подлежащие выплате в связи с расторжением договоров субподряда (в случае, если возникнет необходимость расторжения договоров субподряда); (3) иные расходы.

ЕРС-контракты обычно устанавливают более детализированный порядок расчетов при их расторжении в зависимости от основания расторжения. Примерные условия для включения в ЕРС-контракт при расторжении из-за нарушения заказчика, либо при расторжении заказчиком по соображениям удобства:

Заказчик обязан:

- уплатить Подрядчику стоимость Работ (включая Техническую Документацию, Оборудование и Материалы), надлежаще выполненных Подрядчиком и принятых Заказчиком на момент расторжения Договора;*
- уплатить Подрядчику стоимость надлежаще выполненных Работ, закупленных Подрядчиком Оборудования и Материалов, которые не были приняты Заказчиком на момент расторжения Договора;*
- возместить следующие документально подтвержденные расходы, понесенные Подрядчиком вследствие расторжения Договора (в пределах разницы между Договорной Ценой и уже уплаченной частью Договорной Цены), за исключением упущенной выгоды, включая:*
 - расходы, обоснованно понесённые Подрядчиком при удалении Строительной Техники со Строительной Площадки и демобилизации персонала Подрядчика.*
 - обоснованные расходы, причинённые Подрядчиком вследствие сопутствующего расторжения Договоров Субподряда.*

Если же ЕРС-контракт расторгается заказчиком по причине нарушений со стороны подрядчика,

то порядок расчетов будет выглядеть несколько иначе:

Подрядчик имеет право на получение следующих сумм от Заказчика:

- а) *Стоимость Работ (включая Материалы и Оборудование поставки Подрядчика), выполненных Подрядчиком и принятых Заказчиком на момент расторжения Договора;*
- б) *Стоимость Работ, закупленных Подрядчиком Оборудования и Материалов, которые были выполнены Подрядчиком, но не были приняты Заказчиком на момент расторжения Договора, и которые Заказчик согласен принять, а Подрядчик передал Заказчику или представил к передаче*
МИНУС
все суммы (включая неустойки, убытки, расходы и проч.) которые причитаются Заказчику от Подрядчика в соответствии с Договором и вследствие его прекращения.

Проблема судебной переквалификации оснований расторжения строительного договора

Поскольку последствия расторжения договора значительно разнятся в зависимости от выбранного стороной основания, необходимо акцентировать внимание на проблеме возможной переквалификации судом оснований отказа от исполнения договора, заявляемого заказчиком.

Наиболее частый пример переквалификации, встречающийся в судебной практике, — это конверсия судом отказа от договора, сделанного заказчиком на основании нарушения подрядчика (например, п. 3 ст. 708, ст. 715 ГК РФ), на безмотивный отказ заказчика от договора на основании ст. 717 ГК. Данная практика начала развиваться с Постановления Президиума

ВАС РФ от 23 сентября 2008 г. по делу № 5103/08, в котором нижестоящими судами отказ заказчика от договора в связи с нарушениями сроков поставщиком со ссылкой на ст. 715 ГК был признан недействительным, а договор подряда действующим. Президиум ВАС РФ, не согласившись с нижестоящими судами, указал: «Однако односторонний отказ учреждения от исполнения договора подряда имел место и привел к расторжению договора подряда по правилам и с последствиями, определенными статьей 717 Кодекса. Возмещение подрядчиком убытков заказчику этой статьей не предусмотрено».

Суды массово поддерживали позицию ВАС РФ по переквалификации вплоть до 2018 года, когда появился «Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2018)»⁶, в пункте 27 которого было указано: «Если государственный заказчик отказался от договора в связи с существенным нарушением подрядчиком государственного контракта, суд не вправе без согласия заказчика переквалифицировать данный отказ в немотивированный отказ от договора, предусмотренный ст. 717 ГК РФ».

Несмотря на то, что Верховный суд пришел к выводу о невозможности переквалификации без учета воли именно государственного заказчика, т. е. применительно к специальному регулированию госзакупок, практика судов в целом начала меняться, однако какого-то единого тренда сформировать не смогла.

В настоящий момент судебная практика по данному вопросу остается неоднородной и противоречивой. При рассмотрении споров, связанных с расторжением госконтрактов суды, включая Верховный суд, по всей видимости, руководствуясь интересами бюджета, в большинстве случаев запрещают переквалификацию оснований расторжения. В тех же случаях, когда речь идет о расторжении «частных»

⁶ Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 26.12.2018.

договоров, встречаются подходы диаметрально противоположные.

Например, тот же Верховный суд в одном из дел без участия государственного заказчика указал:

«...Суды не усмотрели оснований для применения нормы пункта 2 статьи 715 Гражданского кодекса и удовлетворили требование компании по встречному иску о признании недействительным отказа объединения от исполнения договора, посчитав договор расторгнутым на основании статьи 717 данного кодекса.

...Ввиду расторжения договора на основании статьи 717 Гражданского кодекса суды обоснованно указали на возникновение на стороне заказчика обязанности возместить убытки»⁷.

Расторжение ЕРС-контрактов и иных строительных договоров в новой реальности

Введение многочисленных пакетов санкций после 2022 года выразилось в том, что целый ряд крупных ЕРС-контрактов, договоров поставки технологического оборудования с иностранными контрагентами были расторгнуты. ЕРС-контракты с иностранными подрядчиками в большинстве случаев относили введение санкций к обстоятельствам форс-мажора или иным образом позволяли приостановить исполнение обязательств или расторгнуть договор. Независимо от того, кто в итоге расторг договор: заказчик или подрядчик, расторжение вытекало в крупный спор между сторонами по поводу возврата авансовых платежей и возмещения убытков. Подходы к рассмотрению таких споров, в основном определяются тем, в какой юрисдикции данные споры рассматриваются.

Как правило, ЕРС-контракты с иностранным участием предусматривали, что вытекающие из них споры должны рассматриваться в международном коммерческом арбитраже с местом арбитража в одной из европейских юрисдикций. Напомним, что место арбитража определяет процессуальный закон и суды какой юрисдикции имеют компетенцию в отношении проводящегося арбитража.

Многие иностранные подрядчики и поставщики, особенно европейские, при рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже ссылаются на статью 11 Регламента ЕС 833/2014, которая дает им защиту от любых требований российских лиц, включая требования о возмещении убытков, уплате компенсации и иные требования подобного рода.

Российская судебная практика ожидаемо пошла по пути непризнания ограничений и санкций, введенных «недружественными странами» в отношении Российской Федерации, ее граждан и организаций, в качестве правомерного действия. Следовательно, по общему правилу, санкции не признаются судами правомерным основанием для приостановки, расторжения договоров или освобождения от ответственности.

Данный подход в отношении санкций появился задолго до 2022 г. Так, в широко известном деле с участием российской дочерней компании Google⁸ арбитражный суд признал недействительными отказы от исполнения договоров и пришел к следующим выводам, основанным на позиции Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированной в постановлении от 13.02.2018 № 8-П:

«Как следует из правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной

⁷ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 20.10.2022 № 305-ЭС22-14004 по делу № А40-112345/2021.

⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.06.2023 по делу № А40-99830/2022 по иску к Google Ireland Ltd, Google LLC и ООО «Гугл».

в Постановлении от 13.02.2018 № 8-П, не подлежит судебной защите право, реализация которого правообладателем обусловлена следованием режиму санкций против Российской Федерации, ее хозяйствующих субъектов, которые установлены каким-либо государством вне надлежащей международно-правовой процедуры и в противоречии с многосторонними международными договорами, участником которых является Российская Федерация.

Общие начала применения иностранного права на территории Российской Федерации установлены ст. 4 Конституции Российской Федерации, ст. ст. 1189, 1191, 1192, 1193 ГК РФ, и не предусматривают обязанность исполнения российскими юридическими лицами запретов (экспортных ограничений), введенных международными организациями или иностранными государствами против Российской Федерации.

Поскольку санкционное законодательство США и ЕС противоречит публичному порядку и, как следствие, не должно применяться на территории РФ, то Google LLC (США) не имел права блокировать аккаунт в соответствии с абз. 3 части «Временная или постоянная блокировка доступа к сервисам Google» Условий использования Google, а Google Ireland Limited (Ирландия), не имел права приостанавливать и (или) прекращать действие договора на основании пп. «с» п. 13.2 Специальных условий использования сервиса Google Ad Manager».

В другом деле при оценке возможности расторжения договора на основании ст. 451 ГК РФ и предвидимости изменений суд указал: «...ссылка на санкции, как основание для неисполнения обязательств, также является не правомерной и не является препятствием для исполнения Договора, поскольку Российская Федерация значительный период времени

находится в режиме секторальных санкций со стороны иностранных государств; данное обстоятельство нельзя отнести к обстоятельствам, которые стороны не могли предвидеть при заключении сделок»⁹.

Вместе с тем практика нижестоящих арбитражных судов по вопросу о гражданско-правовых последствиях исполнения санкций иногда может расходиться с правовой позицией Конституционного суда в тех случаях, когда спор имеет место между двумя чисто российскими компаниями, и одна из них не смогла из-за санкций выполнить свои обязательства по поставке импортного оборудования.

В одном из таких дел суд расторг договор в связи с существенным изменением обстоятельств по иску российской компании — поставщика оборудования на основании ст. 451 ГК РФ и указал: «...Исполнение Контракта стало очевидно невозможным в связи с запретами и ограничениями, введенными Решением Евросоюза № 2022/327 от 25.02.2022 о запрете и ограничениях на поставку товаров и технологий для использования в авиации и космической промышленности на территорию Российской Федерации.

Принимая во внимание указанное выше, очевидно, что с момента подписания Контракта произошло существенное изменение обстоятельств, из которых Стороны исходили при заключении Контракта, а именно: введены ограничительные меры и запреты со стороны недружественных иностранных государств на поставку товаров и технологий в Российскую Федерацию, обнаружилась объективная категорическая невозможность их производства во Франции для поставки в Российскую Федерацию, поступило соответствующее письмо с отказом производителя от производства и поставки какой-либо продукции в РФ, в Евросоюзе введена уголовная ответственность

⁹ Постановление Одиннадцатого апелляционного суда от 26 декабря 2022 г. № 11АП-19178/2022 по делу № А55-20412/2022.

за попытки обхода санкций и запретов в отношении РФ»¹⁰.

Диаметрально различный подход к правовой оценке влияния санкций на договор за последние несколько лет выразился в так называемой «войне антисьютов»¹¹: многие российские компании, несмотря на арбитражную оговорку в контракте, со ссылкой на статью 248.1 АПК РФ инициировали параллельные судебные разбирательства в российских судах. Затем на основании ст. 248.2 АПК РФ в российском суде получались антиисковые запреты в отношении разбирательств в международном коммерческом арбитраже, сопровождавшиеся многомиллионными, а иногда и многомиллиардными астрентами. Иностранные оппоненты не оставались в стороне и получали встречные антиисковые запреты в зарубежных юрисдикциях¹².

Поскольку совершенно очевидно, что акты российских судов, основанные на статьях 248.1, 248.2 АПК не могут быть исполнены в какой-либо юрисдикции помимо России¹³, и равным образом акты иностранных судов или международных коммерческих арбитражей, основанные на применении санкций, не будут исполнены в России, при принятии решения об использовании таких средств защиты стороны руководствуются тем, где находятся активы оппонента, до которых они могут дотянуться.

Еще одним негативным трендом российской судебной практики, к сожалению, стало участвовавшееся игнорирование арбитражных оговорок во внешнеторговых договорах подряда

и поставки даже при отсутствии в споре какого-либо санкционного элемента. Для этого может быть достаточно, чтобы арбитражное учреждение или какая-то из его структур находилась на территории «недружественного» государства.

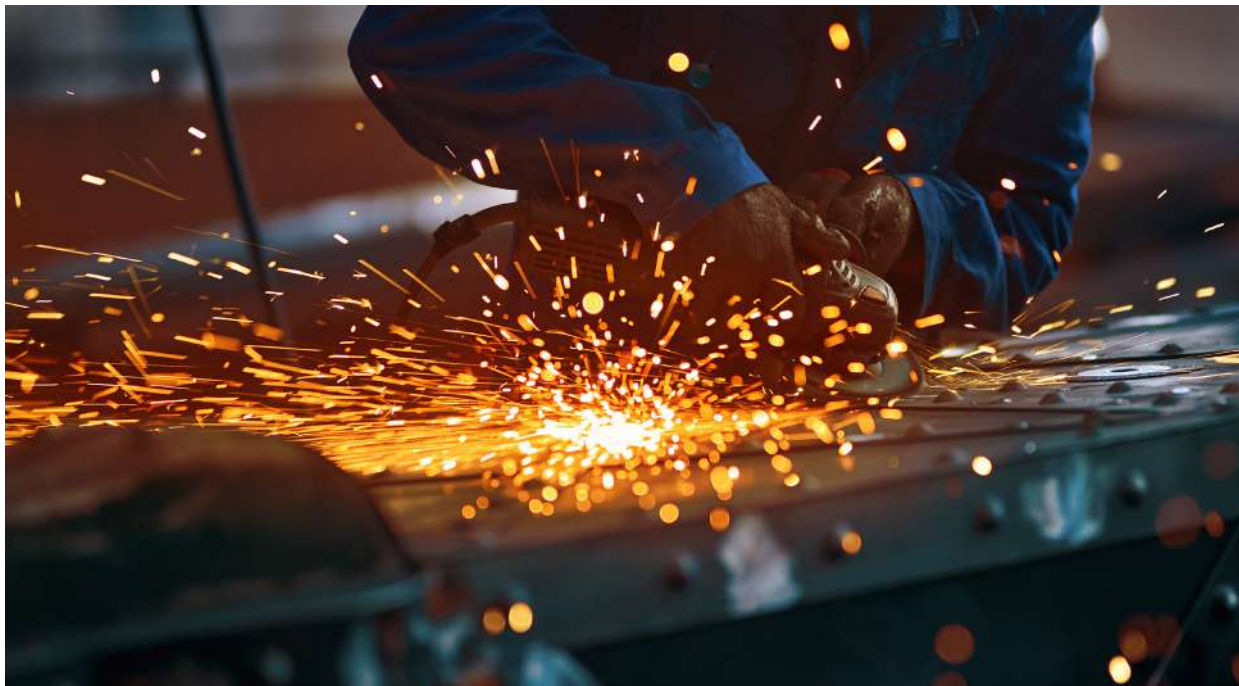
Стоит заметить, что не все российские заказчики идут по такому пути — многие предпочитают, несмотря ни на что не использовать статьи 248.1, 248.2 АПК РФ или иным образом прибегать к «защите» российского суда. Применение такого рода средств защиты чревато большими проблемами при дальнейшем ведении дел с иностранными контрагентами, в том числе из «дружественных» стран — не все из них будут готовы заключить договор с компанией из России, зная, что рассмотрение споров из такого договора может, в конце концов, оказаться в российском суде, невзирая на порядок разрешения споров, установленный самим договором. ♦

¹⁰ Решение Арбитражного суда города Москвы от 12.04.2023 по делу № А40-287159/22-93-2256. Следует отметить, что в данном деле договор расторгался по инициативе российского контрагента и в целом подобная судебная практика не является преобладающей.

¹¹ От англ. Anti-suit injunction — предписание суда или арбитража одной из сторон прекратить разбирательство спора в суде или ином органе, как правило, в другой юрисдикции.

¹² Одной из нашумевших серий подобных дел являются иск российского заказчика ООО «РусХимАльянс» (РХА) к компаниям группы Linde в связи с расторжением ЕРС-Контракта на строительство газоперерабатывающего завода в Усть-Луге.

¹³ По крайней мере, нам не было известно ни об одном таком случае на дату подготовки данной статьи.



Разрешение споров, связанных со строительными контрактами в новой реальности



Вадим Цветков

Партнер, глава практики разрешения споров
Ost Legal

Под «строительными контрактами» мы понимаем широкий круг обязательств, возникающих при строительстве крупных промышленных объектов: ЕРС-, ЕРС(М) — контракты, а также, с некоторыми оговорками, договоры на проектирование, производство и поставку оборудования (ЕР – контракты).

На основе нашего опыта, в международной практике стороны строительных контрактов в большинстве случаев для разрешения споров выбирают коммерческий арбитраж (третейские суды). Это обусловлено целым рядом причин.

Строительные споры являются сложными, фактурными и часто требуют не только юридической, но и «индустриальной», а также технической экспертизы от специалистов, которые эти споры разрешают.

Поэтому для российских лиц, попавших под санкции, рассмотрение споров в арбитраже с местом (seat of arbitration) в странах, признающих европейское санкционное регулирование, часто оказывается бесперспективным с точки зрения правовой позиции

10

арбитражных сборов и с наймом иностранных юристов подходящей квалификации. В настоящий момент под эти сложности найдены решения, хотя по-прежнему нельзя сказать, что ситуация нормализовалась.

Также многие иностранные подрядчики и поставщики, особенно европейские, при рассмотрении споров ссылаются на статью 11 Регламента ЕС 833/2014, которая дает им защиту от любых требований российских лиц, включая требования о возмещении убытков, уплате компенсации и иные требования подобного рода, которые связаны с нарушениями, вызванными мерами, введенными данным Регламентом.

Поэтому для российских лиц, попавших под санкции, рассмотрение споров в арбитраже с местом (seat of arbitration) в странах, признающих европейское санкционное регулирование, часто оказывается бесперспективным с точки зрения правовой позиции.

Российское законодательство и судебная практика еще до 2022 года выбрали курс на непризнание ограничений и санкций, введенных «недружественными странами» в отношении Российской Федерации, её граждан и организаций, а также на предоставление дополнительных инструментов их защиты. Так, еще в 2020 году был принят так называемый закон Лугового, которым была установлена исключительная подсудность российским государственным судам споров с участием подсанкционных лиц или связанных с применением санкций.

Согласно ч. 4 ст. 248.1 АПК РФ в ситуациях, когда между сторонами имеется соглашение о рассмотрении споров в иностранном суде и международном

коммерческом арбитраже, находящимся за пределами территории Российской Федерации, исключительная компетенция российских судов может быть установлена, если в отношении лица, участвующего в споре, применяются меры ограничительного характера (санкции), и такие меры создают ему препятствия в доступе к правосудию. В результате российское лицо, находящееся под санкциями, может, несмотря на наличие арбитражной оговорки, обратиться в государственный суд для разрешения спора с оппонентом. Помимо этого, такому лицу процессуальным законом предоставлен новый для российского права инструмент антиисковых мер (anti-suit injunction), который широко и уже длительное время применяется в странах общего права.

Суть этого инструмента заключается в получении запрета от российского суда, который запрещает оппоненту инициировать или продолжать параллельные разбирательства за рубежом, связанные с предметом спора. В случае нарушения такого запрета оппонент может быть привлечен к ответственности в виде штрафа, размер которого может быть сопоставим с суммой спора.

После принятия «закона Лугового» российские суды в большинстве случаев применяли строгий юрисдикционный тест, который предполагал необходимость доказывания того, что лицо, обратившееся с иском в российский суд, не просто находится под иностранными санкциями, но имеет реальные препятствия в доступе к правосудию, не позволяющие рассчитывать на защиту его прав и интересов в иностранном суде или арбитраже за рубежом.

Однако позднее, в деле *Уралтрансмаш против РТС ПЕСА Быдгощ* о запрете инициировать арбитражное разбирательство в Арбитражном институте

Торговой палаты города Стокгольма⁴, Верховный Суд пришел к выводу о том, что

«...сам по себе факт введения в отношении российского лица, участвующего в споре в международном коммерческом арбитраже, находящихся за пределами территории Российской Федерации, мер ограничительного характера, предполагается достаточным для вывода об ограничении доступа такого лица к правосудию.

Введение иностранными государствами ограничительных мер (запретов и персональных санкций) в отношении российских лиц поражает их в правах как минимум репутационно и тем самым заведомо ставит в неравное положение с другими лицами.

В таких условиях вполне оправданны сомнения в том, что спор с участием лица, находящегося в государстве, применившем ограничительные меры, будет рассмотрен на территории иностранного государства, также применившего ограничительные меры, с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства, в том числе касающихся беспристрастности суда, что составляет один из элементов доступности правосудия».

Таким образом, Верховный Суд, признал, что одного факта введения санкций в отношении российского лица достаточно, чтобы считать доступ к правосудию на территории иностранного государства ограниченным. Дальнейшее правоприменение норм статьи 248.1 АПК РФ развивалось разнонаправленно.

В ряде случаев суды допустили, что для установления юрисдикции российского суда не обязательно наличие факта прямого включения истца в санкции, а достаточно, чтобы ограничительные меры выступали основанием спора, либо существовали общие или секторальные санкционные ограничения, примененные в отношении неопределенного круга лиц из Российской Федерации.

Так, например в деле *A1 Капитал Лимитед (Кипр) против компании Кредит Свисс АГ (Швейцария)*, суды, с учетом конкретных обстоятельств рассмотренного спора, указали, что:

«...при этом для установления исключительной компетенции арбитражного суда Российской Федерации достаточно того, чтобы санкции выступали основанием спора, и истец выразил свое волеизъявление на разрешение спора в российском суде»⁵.

В деле *ИП Беляев (Россия) против Гугл ООО (Россия), Google Ireland Limited (Ирландия) и Google LLC (США)*⁶, а также в деле *Интариа (Россия)*⁷ против тех же ответчиков суды установили наличие оснований для применения исключительной компетенции российского суда со ссылкой на общие ограничения санкционного характера, несмотря на пророгационное соглашение о рассмотрении всех споров в английском суде и отсутствие прямых мер ограничительного характера в отношении истца.

В деле по *ГРУППА ГМС (Россия) против компании Fitch ratings CIS LTD*⁸ (Великобритания) суды отклонили ссылку ответчика на арбитражное

⁴ Определение СКЭС Верховного Суда N 309-ЭС21-6955 (1-3) от 09.12.2021.

⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.05.2023 № Ф05-6671/2023 по делу № А40-191489/2022 (Определением Верховного Суда РФ от 13.07.2023 № 305-ЭС23-11560 отказано в передаче данного дела для пересмотра).

⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2024 № 09АП-22014/2024-ГК по делу № А40-145085/2023.

⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2024 N 09АП-8810/2024, 09АП-8812/2024 по делу № А40-156176/2023.

⁸ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2023 № 09АП-77490/2023 по делу № А40-91304/2023.

Российское лицо, находящееся под санкциями, может, не смотря на наличие арбитражной оговорки, обратиться в государственный суд для разрешения спора с оппонентом. Помимо этого, такому лицу процессуальным законом предоставлен новый для российского права инструмент антиисковых мер (anti-suit injunction), который широко и уже длительное время применяется в странах общего права

соглашение о рассмотрении всех споров в соответствии с регламентом LCIA и установили исключительную компетенцию российского суда на основании статьи 248.1 АПК РФ, «*учитывая введение в отношении российских организаций, осуществляющих деятельность в сфере металлургии, к которым относится и истец, санкций и ограничений связанных с осуществлением такой деятельности на территории Европейского Союза и Великобритании*».

Тем не менее, в ряде других дел суды указывали на возможность применения статьи 248.1 АПК РФ только при предоставлении доказательств, свидетельствующих о введении прямых ограничительных мер в отношении участников спора, а также доказательств того, что спор возник из-за принятия таких мер.

В частности, подобный тест был применен в деле по иску *Траст-Восток (Россия) против Мастеркард Европа (Бельгия) и Мастеркард ООО (Россия)*⁹. В результате, суд оставил иск российской компании без рассмотрения, в связи с наличием пророгационного соглашения о рассмотрении всех споров в английских судах и отсутствием доказательств введения санкций в отношении истца.

Несмотря на отмеченную разнонаправленность практики применения статьи 248.1 АПК РФ, в целом логика законодателя и правоприменителя понятна — желание предоставить лицам, которые были ограничены в правах в результате применения иностранных санкций, дополнительных инструментов защиты их интересов в Российской Федерации.

Однако наибольшее беспокойство вызывает риск «переноса» в российские суды даже тех споров, на участников которых ни прямые, ни секторальные санкционные ограничения не налагались.

Так, все большее распространение получает практика признания арбитражного или пророгационного соглашения неисполнимым, в том случае, когда они предусматривают рассмотрение споров с участием российских лиц арбитражным учреждением или судом, расположенном в недружественном государстве.

28.02.2022 Президентом Российской Федерации был издан Указ № 79 «О применении специальных экономических мер в связи с недружественными действиями Соединенных Штатов Америки и применивших к ним иностранных государств и международных организаций». В дополнение к установленным данным нормативным документом мерам экономического характера издан Указ Президента Российской Федерации от 05.03.2022 № 95 «О временном порядке исполнения обязательств перед некоторыми иностранными кредиторами», пунктом 14 которого Правительству было поручено определить перечень иностранных государств, совершающих в отношении Российской Федерации, российских юридических лиц и физических лиц недружественные действия.

В утвержденный Правительством перечень так называемых недружественных государств входят США, Великобритания, Франция, Швеция и другие государства, на территории которых расположены

⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2023 № 09АП-93295/2022 по делу № А40-141959/2022.

такие авторитетные арбитражные центры, как LCIA, ICC, SCC и которые традиционно входили в самые популярные места арбитража (seat of arbitration).

Суды при этом признают, что введение недружественными странами мер ограничительного характера в отношении Российской Федерации приводит к тому, что у любого российского лица, независимо от того, включено такое лицо в санкционные списки напрямую или нет, существуют реальные препятствия для доступа к правосудию в недружественной стране.

При этом во внимание не принимались ни заявления арбитражных учреждений о беспристрастности и возможности администрирования споров с подсанкционными лицами, ни положения арбитражных регламентов, позволяющих проводить слушания онлайн, выбирать место слушаний и место арбитража (seat of arbitration) в дружественных юрисдикциях.

В частности, отменяя акты нижестоящих судов об оставлении иска российского юридического лица без рассмотрения на основании наличия арбитражной оговорки о передаче споров на рассмотрение в LCIA, суд кассационной инстанции в деле Тихвинский вагоностроительный завод (Россия) против Торговый дом ЕПК (Россия)¹⁰ указал, что:

«...учитывая общеизвестный факт, не требующий доказывания, введения в отношении Российской Федерации ограничительных мер санкционного характера со стороны Великобритании, что напрямую препятствует в доступе к правосудию российских резидентов, оговорка о передаче споров

на рассмотрение ЛМАС (пункт 13.1 договора) и оговорка о применимом праве Англии и Уэльса (пункт 13.2 договора), вопреки мнению судов, не имеют решающего значения для определения суда, компетентного рассматривать спор между сторонами».

В другом деле *Московский политехнический университет (Россия) против Coursera Inc. (США)*¹¹, суд кассационной инстанции, отменяя акты нижестоящих судов об оставлении иска российского юридического лица без рассмотрения в связи с наличием пророгационного соглашения о рассмотрении всех споров судами США, также привел аналогичную аргументацию:

«...учитывая общеизвестный факт, не требующий доказывания, введения в отношении Российской Федерации ограничительных мер санкционного характера со стороны ряда иностранных государств, в том числе Соединенных Штатов Америки, что напрямую препятствует в доступе к правосудию ее резидентов, экономический спор подлежал отнесению к юрисдикции российского арбитражного суда».

В еще одном деле *РПК «ПАЛИТРА» (Россия) против АО «РИЦЦАНИ ДЕ ЭККЕР С.П.А.» (Италия)*¹², которое было рассмотрено судами московского округа, суд кассационной инстанции привел развернутую аргументацию в отношении того, почему российские лица поражены в правах и не имеют, по мнению суда, полноценного доступа к правосудию в недружественном государстве:

«Судами не учтены возражения истца о том, что само по себе отсутствие в отношении него

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 01.11.2023 № Ф07-15581/2023 по делу № А56-17017/2023. (Определением Верховного Суда РФ от 02.02.2024 № 307-ЭС23-28468 отказано в передаче дела № А56-17017/2023 в СКЭС Верховного Суда для пересмотра).

¹¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.07.2023 № Ф05-16982/2023 по делу № А40-5340/2023 (Определением Верховного Суда РФ от 25.10.2023 N 305-ЭС23-22407 отказано в передаче дела № А40-5340/2023 в СКЭС Верховного Суда для пересмотра).

¹² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.01.2023 N Ф05-29375/2022 по делу № А40-75861/2022.

введенных ограничительных мер не свидетельствует о наличии у него доступа к правосудию на территории иностранного государства в силу действия европейских санкций (блокирование банковских переводов для проведения оплаты арбитражного сбора, отсутствие транспортной доступности к месту арбитража, невозможность нанять квалифицированных представителей, равно как и возможный отказ арбитров принимать назначение или вести разбирательство).

Организация представления интересов Истца в международном коммерческом арбитраже невозможна по техническим и экономическим причинам, таким как блокирование банковских переводов для проведения оплаты арбитражного сбора и иных платежей в рамках арбитража, отсутствие транспортной доступности к месту арбитража, а также широко известные визовые ограничения, невозможность нанять квалифицированных представителей, равно как и возможный отказ арбитров принимать назначение или вести разбирательство (подобный подход изложен, к примеру, в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 22.06.2023 N Ф05–13220/2023 по делу N А40–29793/2023)».

Наконец, совсем недавно по вопросу доступа к правосудию при рассмотрении спора в арбитражном учреждении, расположенном в недружественном государстве, высказался и Верховный Суд. В деле *C. Thywissen GmbH против Новосибирскхлебпродукт*¹⁵ о признании и приведении в исполнение решения арбитража в Лондоне Федерацией ассоциаций торговли масличными культурами, семенами и жирами (FOSFA), Верховный Суд указал:

«Введение иностранными государствами ограничительных мер в отношении Российской Федерации, обусловленное политическими мотивами,

не может не создавать сомнений в том, что соответствующий спор будет рассмотрен на территории иностранного государства с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства, в том числе касающихся беспристрастности суда, что составляет один из элементов доступности правосудия.

Общество ссылалось на отсутствие возможности реализовать право на получение юридической помощи в Великобритании в связи с невозможностью оплаты российскими участниками процессов необходимых судебных сборов, услуг представителей, поскольку иностранные банки отклоняли связанные с Российской Федерацией платежи, что лишило общество возможности осуществить свои процессуальные права при рассмотрении дела в Арбитраже FOSFA.

Судам следовало принять во внимание факт наличия ограничительных мер, введенных в отношении Российской Федерации иностранными государствами, и учесть, что российская сторона с высокой долей вероятности будет испытывать затруднения с поиском представителей для участия в иностранном судебном разбирательстве, проведением расчетов с ними».

С учетом этого, следует отметить, что в настоящее время существует значительный риск того, что любая арбитражная оговорка, предусматривающая разрешение споров с участием российских лиц арбитражным учреждением или судом, расположенным в недружественном государстве, может быть признана неисполнимой в российском суде.

Несмотря на все вызовы и сложности, индустрия промышленного строительства жива и находит способы развиваться. В этой связи возникает вопрос: какие подходы к разрешению споров

¹⁵ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 26.07.2024 № 304-ЭС24-2799 по делу № А45-19015/2023.

участником которого является российская компания, несмотря на наличие арбитражной оговорки о передаче всех споров на рассмотрение в Гонконгский Международный Арбитражный Центр (ГМАЦ).

Отказывая в удовлетворении заявления ответчика об оставлении иска Русхимальянс без удовлетворения, Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области¹, помимо прочего, указал, что:

«ГМАЦ находится в Гонконге, при этом, как правильно указал истец, нахождение Гонконга под юрисдикцией КНР основано на политико-правовой концепции «одно государство — две системы», в соответствии с которой в Гонконге действуют свои политическая, правовая и экономическая системы, отличные от систем КНР и во многом основанные на аналогичных системах Великобритании, правовая система Гонконга основана на англосаксонской системе права, а британские и европейские судьи играют важную роль в судебной системе Гонконга, входят в состав высшего апелляционного суда Гонконга. Кроме того, принимая во внимание предусмотренное арбитражной оговоркой рассмотрение спора в Стокгольме, и с учетом введенных санкций, имеются объективные ограничения, как на участие представителей российской стороны в судебных заседаниях, так и на привлечение к рассмотрению дела иностранных специалистов, а также оплату их услуг»

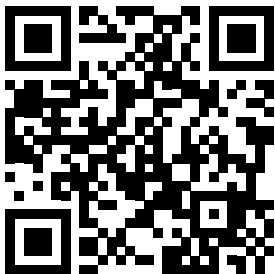
Таким образом, даже выбор арбитражного учреждения, расположенного формально в «дружественной» юрисдикции, не гарантирует полной защиты от применения статьи 248.1. АПК РФ и «переноса» рассмотрения спора в российский государственный суд. Поэтому в каждом конкретном случае необходимо отдельно анализировать все факторы, которые могут повлиять

на будущие споры, включая место исполнения решения и другие причины, от которых может зависеть выбор той или иной опции для разрешения споров. ♦



¹ Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 08.06.2023 по делу № А56-13299/2024.

**Подписывайтесь
на наш канал в Telegram**



Юридическая фирма Ost Legal

115054, Москва
Космодамианская наб., д. 52,
стр. 1А, 12 этаж
Бизнес-центр Riverside Towers
+7 (495) 150-36-28
www.ostlegal.ru