stuarts legal®

NAVIGATING COMPLEXITIES, DELIVERING RESULTS

STUARTSLEGAL.COM
WELCOME@STUARTSLEGAL.COM
МОСКВА · ЙОХАННЕСБУРГ

СБОРНИК АНАЛИТИЧЕСКИХ ЗАМЕТОК

# Риски в EPC проектах

*Legal Alerts: практические наблюдения о договорных рисках, рисках при переходе права собственности, санкциях и банковских гарантиях в строительных проектах по модели EPC и смежных формах.*

ИЗДАНИЕ

Подготовлено практикой **«Промышленное строительство»** Stuarts Legal для руководителей проектов, акционеров и юридических служб заказчиков и подрядчиков.

Vol. I · 6 эссе · 36 страниц

# Содержание

*Шесть заметок о точках, где юридическая формулировка определяет коммерческий исход EPC проекта: от банковской гарантии до affirmation договора.*


| | | |
|---|---|---|
| I | Банковская гарантия, *прощай!* | с. 06 |
| II | Застрявшая доставка: как в условиях санкций получить заказанное в США оборудование | с. 09 |
| III | Когда к заказчику должно переходить *право собственности* на оборудование в EPC проектах | с. 12 |
| IV | Риски и технические аспекты при достижении *гарантированных показателей* | с. 16 |
| V | *Rely upon* или *non rely upon* information: кто отвечает за ошибки в FEED документации | с. 21 |
| VI | Риск *affirmation* договора в английском праве. Как не потерять право на расторжение | с. 26 |

linkedin.com/in/elena-stuart

elena.stuart@stuartslegal.com

ОБ АВТОРЕ

# Елена Стюарт

*Управляющий партнёр, глава практики «Промышленное строительство»*

Более **десяти лет** консультирования при реализации строительных проектов в области нефтехимии, нефтегазовой переработки, энергетики и природных ресурсов по модели **EPC**.

Совокупная стоимость проектов, по которым работала Елена, превышает **100 миллиардов евро**. Консультирует подрядчиков, заказчиков, лицензиаров и проектных кредиторов, включая международные экспортные кредитные агентства.

ПРИЗНАНИЕ

# Коммерсантъ

ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ · ФЕДЕРАЛЬНЫЙ РЕЙТИНГ

## 2024 · 2025 BAND 2

*Лучшие федеральные юристы*

Управляющий партнёр, глава практики «Промышленное строительство»
Елена Стюарт · практика «Производство и промышленность. Консультирование лидеров отрасли»

*kommersant.ru/doc/7675203*

## 2024 BAND 2

*Лидеры рынка юридических услуг. Лучшие отраслевые практики. Федеральный рейтинг*

Stuarts Legal · практика «Производство и промышленность. Консультирование лидеров отрасли»

## 2023 BAND 2

*Лидеры рынка юридических услуг. Лучшие отраслевые практики. Федеральный рейтинг*

Stuarts Legal · категория «Строительство и недвижимость»

*kommersant.ru/doc/6634816*

## *Консультирование по EPC проектам*

| | | |
|---|---|---|
| 01 | **«Балтийский Химический Комплекс».** газохимический комплекс в Усть-Луге; флагманский проект по глубокой переработке этансодержащего газа | > €11 млрд |
| 02 | **«ОМЗ-Дэлим».** терминал СПГ в порту Высоцк, мощность 660 тыс. тонн/год; третий крупный российский СПГ-завод | > 50 млрд руб. |
| 03 | **«ОМЗ-Дэлим» / Газпромнефть-ОНПЗ.** комплекс глубокой переработки нефти в Омске | EPC контракт |
| 04 | **«Голевская Горнорудная Компания» (ОНЭКСИМ).** Ак-Сугский ГОК, ≈ 500 тыс. тонн медно-молибденового концентрата в год | ТОП-5 РФ по меди |
| 05 | **«РТ-Инжиниринг» (Ростех).** горно-металлургический комплекс на базе Черногорского месторождения металлов платиновой группы | > 570 млрд руб. |
| 06 | **«Белебеевский молочный комбинат» (Savencia, Франция).** цех мягких сыров в республике Башкортостан | > 3 млрд руб. |
| 07 | **«Завком-Инжиниринг».** EPC проект строительства завода по глубокой переработке зерна мощностью 250 000 тн пшеницы в год; завод по производству лизин сульфата, лизин моногидрохлорида и пшеничного глютена | 2022 |
| 08 | **«АГРОИНВЕСТ».** EPC проект строительства тепличного комплекса площадью 120 га в Калужской области | 2017 |

Заметка I

# 01

с. 06–08

# Банковская гарантия, *прощай!*

> *Почему банковская гарантия больше не является эффективным инструментом выхода в кэш для заказчика в строительном проекте по схеме EPC — и не только в России.*

#простоосложном_EPC

**Елена Стюарт**
*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal*

Если бы несколько лет назад кто-то нам сказал, что мы будем писать заметку о закате эпохи банковских гарантий в EPC-проектах, мы бы долго смеялись. Но у жизни, как обычно, свои планы.

Почему **банковская гарантия больше не является эффективным инструментом выхода в кэш для заказчика** в строительном проекте по схеме EPC, да и по любой другой схеме, не только в России, но и, не побоюсь этого слова, в мире? Причин несколько.

## Вектор на национальный протекционизм в отношении банков-гарантов

Недобросовестные иностранные подрядчики освоили новый способ приостановки выплат по банковской гарантии: они обращаются в государственный суд своей страны с требованием запретить иностранному банку-гаранту выплату по гарантии бенефициару (заказчику по договору).

Последние десятилетия безоговорочно работал принцип, заложенный в правовую природу банковской гарантии: «*платеж по первому требованию / on demand*». Это означало, что банк-гарант сначала платит бенефициару, а затем разбирается с претензиями принципала.

Согласно ст. 19 Конвенции, есть ряд исключений, по которым платеж может не производиться, а именно:

1. какой-либо документ подделан;
2. платеж не причитается на основании, указанном в платежном требовании;
3. с учетом вида обязательства для платежа не имеется нужных (достаточных) оснований.

Таким образом, только явное мошенничество ранее могло быть препятствием для платежа, в том числе по **URDG** (Единые правила для гарантий по требованию).

> *После 2022 года ситуация изменилась: известны случаи, когда иностранный подрядчик получает в государственном суде своей страны запрет для банка-гаранта на выплату по гарантии.*

## Санкционные ограничения

Кроме недобросовестности подрядчика, который решил получить судебный запрет на выплату по банковской гарантии, может возникнуть ситуация, когда заказчик попадает в **SDN-лист** или под вторичные санкции. В таком случае банк-гарант технически не сможет провести платеж в пользу санкционного лица.

Такая ситуация требует получения лицензии на совершение платежа у американского регулятора. Этот процесс не всегда успешен и может занять много времени.

## Что делать?

Чтобы российскому заказчику в EPC-проекте избежать подобных ситуаций, **настоятельно рекомендуем отказаться от использования банковских гарантий**, если подрядчик — иностранное юридическое лицо, даже из «дружественного государства».

В EPC-контракт можно эффективно встроить механизм *гарантийных удержаний через эскроу-счета*. Корпоративные гарантии под вопросом, так как важно учитывать страну инкорпорации подрядчика, чтобы понять, насколько эффективно данный инструмент работает в его юрисдикции.

Схожая ситуация с поручительством (*suretyship*): ни в российском, ни в английском праве это не является инструментом для быстрого получения денежных средств. В случае отказа поручителя выплачивать средства заказчик потратит много времени на судебные разбирательства, чтобы добиться взыскания.

Одним словом, будьте внимательны в текущих мировых обстоятельствах.

Заметка II · Forbes

*02*

с. 09–11

# Застрявшая доставка: как в условиях санкций получить заказанное в США оборудование

> *В США действуют жёсткие правила экспорта в страны, против которых введены санкции. Однако шанс на получение разрешения на экспорт есть. Если заявитель получил отказ по одному основанию, никто не запрещает подать повторную заявку с новыми аргументами.*

Специально для Forbes →

**Елена Стюарт**
*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal*

С весны 2022 года, когда США резко ужесточили санкции против России, многим российским компаниям, успевшим заказать американское оборудование, приходится отстаивать свои права перед Бюро промышленной безопасности США (**BIS**).

Важнейшим документом для них стали *Правила администрирования экспорта* (The Export Administration Regulations, **EAR**), устанавливающие порядок выдачи экспортных лицензий, контроль за экспортом и реэкспортом большинства коммерческих товаров, программного обеспечения и технологий, включая товары двойного назначения.

Цель — доказать США, что отправка в Россию оборудования американских поставщиков, в большинстве случаев изготовленного по заключенным до 24 февраля 2022 года контрактам, не представляет угрозы для национальной безопасности США и уж точно не приведёт мир к ядерной войне. Например, мы сейчас работаем с клиентами, которые пытаются получить оборудование для завода по производству полиэтилена и для завода по производству сыров.

## Как устроена процедура

Перечень оборудования, экспорт которого требует лицензии, содержится в EAR. Американский поставщик самостоятельно заполняет форму на сайте BIS с перечнем экспортируемого оборудования, указывает изготовителя, конечного получателя оборудования в России и как оно будет использоваться: например, пишет, что два испарителя будут использоваться в составе завода по производству сжиженного природного газа. Форма более чем техническая.

После отправки формы BIS рассматривает заявление и присылает так называемый *Intend to deny letter*, то есть письмо с намерением отказать в выдаче лицензии. Здесь нужно отметить, что в EAR в целом заложена **презумпция отказа**, а всё экспортируемое оборудование считается потенциально опасным.

BIS пишет, что рассмотрел заявление на выдачу экспортной лицензии и намерен отказать в её выдаче ввиду того, что данное оборудование может усилить военный потенциал России, что несёт угрозу национальной безопасности США. Тем не менее BIS великодушно даёт заявителю ещё **20 календарных дней** на предоставление дополнительных аргументов.

> *В эту увлекательную игру с американским регулятором играют его же подопечные — крупнейшие изготовители и поставщики американского оборудования, которые когда-то успешно вели бизнес в России.*

## Основания для исключений

Правила администрирования американского экспорта хороши тем, что, если заявитель получает отказ в выдаче экспортной лицензии по одному основанию, никто ему не запрещает подать повторную заявку на экспорт того же оборудования по другому основанию.

Например, EAR позволяет выдать экспортную лицензию, если поставка оборудования осуществляется в *гуманитарных целях*. Тут главное эту гуманитарную цель доказать, а это не так просто. Холодное сердце «Большого Брата» открыто к проблеме вымирающих северных морских котиков у берегов Калифорнии, но отнюдь не к интересам российских потребителей.

В частности, для завода по производству полиэтилена мы указывали, что полиэтиленовые изделия, которые он будет производить, важны для медицины и фармацевтики: это и упаковка лекарств, и различные одноразовые медицинские устройства, предметы ухода за больными, стерилизационные шкафы, пробирки и пипетки. В аналогичной ситуации давление на жалость оказалось достаточно эффективным в кабинетах европейского регулятора. А вот с США не получилось, но мы не отчаялись.

Несколько конференц-звонков с американскими вендорами позволила сформулировать новые идеи для заявок на выдачу экспортной лицензии. Например, если американский вендор собирается прекращать операционную деятельность в России, то BIS может выдать экспортную лицензию на поставку *«последней партии»*.

> BIS поощряет уход компаний с российского и белорусского рынков и вносит изменения, чтобы облегчить принятие таких решений.
>
> *— Комментарий BIS к EAR*

В большинстве федеральных законов США под операционной деятельностью подразумевается приобретение, разработка, техническое обслуживание, владение, передача в лизинг, аренда или эксплуатация оборудования, объектов, персонала, продуктов, услуг, личной собственности, недвижимого имущества.

Американские юристы возражали нам и говорили, что это основание применимо, только если компания имела офис в России, а теперь собирается его закрыть. Однако, мы напомнили коллегам из США про **14-ю поправку к Конституции США**, согласно которой «ни один Штат… не может отказать любому лицу, находящемуся под его юрисдикцией, в равной защите закона».

Действительно, насколько правомерны действия BIS по отношению к американским компаниям, которые изготовили уникальное оборудование, хотят его продать и забыть про российский рынок, но не могут получить экспортную лицензию только потому, что на момент подачи заявки у них не было официального представительства в России?

Получается, что только из-за этого оборудование пойдёт на свалку и вопрос лишь в везении и удаче? Именно в такой логике мы составили новый запрос в BIS и теперь с нетерпением ждём ответа.

03

Заметка III

*03*

с. 12–15

# Когда к заказчику должно переходить *право собственности* на оборудование в EPC проектах

> *Просто о сложном. Краткая заметка для акционеров, руководителей проектов, проектных менеджеров и иных участников, согласующих EPC договоры на стороне заказчика.*

#простоосложном_EPC

**Елена Стюарт**

*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal*

Речь пойдёт о частом заблуждении наших клиентов по вопросу момента перехода права собственности (титула) на оборудование при реализации EPC проектов, да и в целом при внешнеторговой поставке.

Из проекта в проект мы поясняем следующее: **чем раньше к заказчику перейдёт право собственности на оборудование, тем меньше рисков ожидает заказчика и его проектных кредиторов.**

При этом, само собой разумеется, что риск случайной гибели на поставляемое оборудование должен переходить как можно позднее. О том, что момент перехода права собственности на оборудование и момент перехода риска случайной гибели на него можно

и нужно разделять как в российском, так и в английском праве, мы регулярно напоминаем коммерческому дивизиону заказчика.

## Классическая «небанкуемая» формулировка

Ниже представлена классическая формулировка из EPC договора при поставке на условиях DAP:

> «Право собственности на оборудование (его соответствующую часть) переходит к Заказчику в момент поставки оборудования (его соответствующей части) на Площадку, что подтверждается подписанием Сторонами… [указывается вид документа]».

Что не так с этой формулировкой? В большинстве случаев кредиторы проекта скажут вам, что данное условие *небанкуемо* (non-bankable). Простыми словами: **кредитор не выделит заказчику финансирование под EPC проект с таким условием о переходе права собственности**. Почему? Давайте рассуждать.

Сколько процентов от общей цены договора заказчик заплатит к моменту поставки оборудования в пункт поставки, например, на площадку? Всё, конечно, зависит от конкретного проекта и его коммерческих условий, но ясно, что к моменту поставки оборудования на площадку заказчик, как правило, оплатит поставщику **больше 70%** от цены оборудования.

Цикл поставки оборудования, от размещения заказа у вендоров, его изготовления, испытаний на заводе-изготовителе, отгрузки, промежуточных перегрузок, до поставки в конечный пункт заказчику, занимает очень много времени (*от шести месяцев*), особенно если мы говорим про поставку **ОДЦИ** (оборудования длительного цикла изготовления) в сфере нефтехимии или горнодобывающей сфере.

## Три негативных сценария

Что может случиться, пока оборудование едет до заказчика? Рассмотрим самые вероятные негативные сценарии.

1. **Арест имущества поставщика.** Поставщик нарушил свои обязательства по иным договорам с другим контрагентом, и такой контрагент решил пойти с обеспечительными мерами в виде наложения ареста на имущество поставщика, куда по чистой случайности может попасть и оборудование, которое везется вам в пункт поставки. Вы никогда не знаете, как сработают коллизионные привязки в разных

юрисдикциях. Вероятность достаточно высока и находится вне зоны контроля заказчика.

2. **Банкротство поставщика.** В отношении поставщика началась процедура банкротства или принудительной ликвидации. Оборудование может попасть в конкурсную массу или её аналог в юрисдикции поставщика. Передача оборудования заказчику будет, мягко говоря, осложнена.
3. **Санкционный риск.** Дружественный иностранный поставщик уже изготовил оборудование и везёт его заказчику, но где-то посредине пути клерки из **OFAC** написали ему устрашающее письмо про вторичные санкции, блокировку платежей, арест руководителя в любой стране мира (кроме России, разумеется) и его экстрадицию в США за содействие обхода санкций российской компании.

> *Если бы право собственности на это оборудование было уже у заказчика, диалог с напуганным иностранным поставщиком строился бы по-другому. Даже если поставщик бросит оборудование посреди поля, заказчик всегда сможет сам приехать и забрать его.*

## Что важно проектным кредиторам?

Чтобы проект реализовался в срок. Вовремя построенный завод означает вовремя возвращённые деньги кредиторов. Оборудование, которое изготовили, потратив от шести месяцев до года, но не довезли по любой из вышеописанных причин: **сдвиг сроков проекта «вправо»**. Намного. Это никому не нужно. И данным риском можно и нужно управлять в EPC договоре или договоре поставки.

## Решение

Право собственности на оборудование к заказчику должно переходить в **наиболее раннюю из возможных дат**.

- Если EPC подрядчик размещает заказы на изготовление оборудования у заводов-изготовителей, то право собственности на оборудование к заказчику может переходить в дату отгрузки оборудования с завода-изготовителя EPC-подрядчику, то есть транзитом.
- Если мы работаем с поставкой на условиях CIP, то следует говорить о переходе титула в дату передачи первому перевозчику.

Разумеется, нужно определять такую наиболее раннюю возможную дату перехода права собственности для каждого отдельного договора, учитывать базис поставки и требования по страхованию.

Не забирать право собственности на себя, будучи заказчиком, до момента, пока оборудование не доедет до пункта поставки, но при этом заплатив почти всю стоимость оборудования — **опасно**.

Жить с надеждой на банковскую гарантию, которая якобы закрывает озвученные мной риски выше, разумеется, можно. Точнее, можно было до февраля 2022 года. В нынешнее время банковская гарантия от иностранного банка больше не является эффективным инструментом для надлежащего исполнения обязательств контрагента, а уж тем более не является эффективным инструментом для быстрого выхода в кэш.

Не забывайте, что даже «окэшенная» банковская гарантия не способна остановить время, которое так важно для всех участников EPC проекта, и которое можно потерять из-за неверной формулировки в договоре.

Заметка IV

*04*

с. 16–20

# Риски и технические аспекты при достижении *гарантированных показателей* в EPC контрактах

> *Достижение гарантированных показателей: это всегда результат выполнения обязательств обеими сторонами. Качество сырья, рабочие среды, матрица ответственности: где заканчиваются обязательства подрядчика и начинаются встречные обязательства заказчика.*

#простоосложном_EPC

**Елена Стюарт**

*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal*

**Кирилл Астафьев**

*Of Counsel*

В процессе реализации EPC контрактов заказчики уделяют особое внимание включению в обязательства подрядчика ответственности за успешное проведение испытаний и достижение гарантированных показателей поставляемого оборудования или производственной линии в целом.

Для обеспечения выполнения этих обязательств заказчики нередко привязывают часть платежей по контракту к успешному выполнению таких мероприятий. В некоторых случаях они включают в контракт положения о праве расторгнуть договор в одностороннем порядке, требуя полного возврата всех уплаченных средств и возмещения убытков.

Однако важно учитывать, что достижение гарантированных показателей является результатом выполнения как обязательств подрядчика, так и **встречных обязательств заказчика**. Одним из ключевых таких обязательств является поставка качественного сырья.

## Поставка сырья как встречное обязательство заказчика

Достижение заявленных эксплуатационных характеристик оборудования и производственной линии невозможно без обеспечения заказчиком надлежащего качества сырья и рабочих сред. Даже минимальные отклонения в характеристиках сырья (например, состав, влажность, структура, наличие примесей) могут привести к следующим последствиям:

- повреждению или загрязнению технологического оборудования (насосов, фильтров, трубопроводов и т.д.);
- снижению производительности оборудования или его выхода из строя;
- невозможности достижения запланированного качества продукции.

Для устранения этих рисков рекомендуется закрепить в EPC контракте чёткое положение, что обеспечение поставки качественного сырья и рабочих сред является встречным обязательством заказчика. Нарушение данного обязательства должно освобождать подрядчика от ответственности за недостижение гарантийных показателей, а также давать право на пересмотр сроков проведения испытаний.

## Матрица разграничения ответственности

Для эффективного управления рисками на этапе пусконаладочных работ (ПНР) и проведения испытаний важно согласовать матрицу разграничения ответственности между сторонами. Такая матрица должна стать неотъемлемым приложением к контракту.

**Ответственность заказчика**

- поставку качественного сырья в необходимом объёме;
- своевременное и достаточное предоставление рабочих сред (энергия, вода, сжатый воздух и т.д.);

- отбор проб сырья и их надлежащее хранение для дальнейшего анализа в случае споров.

**Ответственность подрядчика**

- настройку параметров работы оборудования в соответствии с заявленными характеристиками сырья;
- организацию и проведение испытаний производственной линии;
- ведение документации по результатам испытаний.

> *Матрица разграничения ответственности позволит исключить возможные спорные ситуации и заранее распределить риски между сторонами.*

## Технические аспекты

**Влияние качества сырья на результаты испытаний.** Надлежащее качество сырья является одним из наиболее значимых факторов успешного проведения испытаний. Для обеспечения достоверности испытаний подрядчику необходимо предусмотреть возможность проверки сырья как до начала, так и в процессе проведения испытаний. Рекомендуется включить в контракт следующие положения:

- обязательность проведения лабораторного анализа сырья перед испытаниями;
- фиксация параметров сырья (химический состав и физические свойства, влажность, размер) и предоставление протоколов испытаний;
- согласование формата хранения проб сырья для возможной проверки в будущем.

**Стабильность энергоснабжения.** Работа производственной линии зависит от стабильного обеспечения энергоресурсами (электричество, газ, вода, пар, сжатый воздух). Рекомендуется прописать:

- требования к параметрам энергоресурсов;
- установку резервных источников питания;
- ответственность заказчика за мониторинг стабильности поставок исходя из потребностей.

**Настройка оборудования под характеристики сырья.** Если сырьё, предоставленное заказчиком, не соответствует параметрам, предусмотренным проектом, подрядчик должен иметь право пересмотреть настройки оборудования и/или характеристик выпускаемой продукции. Это включает:

- корректировку параметров работы оборудования (насосов, компрессоров, теплообменников и других элементов системы);
- проведение дополнительных тестов для минимизации рисков повреждения оборудования.

**Проверка работы автоматизированных систем управления.** Перед запуском производственной линии рекомендуется провести полное тестирование всех элементов системы управления (SCADA или аналогов), включая предварительную альтернативную поверку всех систем, приборов и датчиков, чтобы исключить сбои при проведении «горячих» испытаний.

## Финансовые аспекты и компенсации

Попытка проведения испытаний с негодным сырьём или в условиях, не соответствующих проектным требованиям, может привести к значительным расходам для сторон. В связи с этим рекомендуется закрепить в контракте:

- определение размера компенсации подрядчику. Заказчик обязан компенсировать подрядчику подтверждённые и заранее согласованные затраты, если неудачные испытания произошли по его вине;
- привлечение специалистов, проживание, питание и командировочные расходы;
- дополнительные затраты на пуско-наладочные работы и повторную диагностику оборудования при необходимости;
- порядок и условия компенсации расходов подрядчика;
- фиксацию штрафов за нарушение обязательств.

Рекомендуется предусмотреть штрафные санкции за несвоевременную поставку сырья или несоответствие его характеристик проектным требованиям.

> *Успешное проведение испытаний в рамках EPC контракта возможно только при надлежащей фиксации круга обязанностей и разграничении ответственности между заказчиком и подрядчиком.*

Закрепление в контракте встречного обязательства заказчика по поставке качественного сырья, методике его проверки, а также согласование матрицы разграничения ответственности позволят:

- уменьшить вероятность споров и разногласий;
- обеспечить прозрачность процессов на этапе ПНР и испытаний;

- повысить эффективность реализации проекта в целом.

Заметка V

# 05

с. 21–25

# *Rely upon* или *non rely upon* information

> *Кто отвечает за ошибки в FEED документации и проектной документации в EPC проектах, и как это всё связано с финансированием EPC проекта.*

#простоосложном_EPC

**Елена Стюарт**

*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal LLC*

Заказчик строит фабрику, например, шоколадную, ну а почему нет. Заказчик нанимает EPC подрядчика, чтобы иметь в проекте *turnkey liability*, то есть ответственность под ключ в лице EPC подрядчика.

Во-первых, потому что это удобно, а, во-вторых, потому что проектные кредиторы не всегда готовы предоставлять финансирование если завод строится по схеме *multi lot*, то есть с множеством подрядчиков. Почему? Потому что для проектных кредиторов, то есть банков, это риски: чем больше подрядчиков в проекте, тем больше вероятность, что кто-то из них нарушит сроки работ или не выполнит иные договорные обязательства, следовательно риск задержки ввода шоколадной фабрики в эксплуатацию повышается, а за ним и риск дефолта заёмщика.

## Проектирование шоколадной фабрики

В части проектирования фабрики возможны несколько векторов. Давайте рассмотрим каждый из них как в плоскости российского права, так и английского права, применяемого к EPC договору.

**Вектор 1 · Сам себе проектировщик**

EPC подрядчик проектирует собственными силами, что бывает редко, но бывает. То есть EPC подрядчик не берет на субподряд проектный институт, в его штате есть проектировщики. Это **идеальный вариант** для всех сторон EPC контракта, потому что, если EPC подрядчик допускает ошибку в расчётах при разработке FEED документации или проектной документации, ввиду чего завод не выходит на гарантированные показатели либо в ходе 72 часовых тестов, либо в иной срок, установленный EPC контрактом, это целиком ответственность EPC подрядчика.

**Вектор 2 · EPC подрядчик нанимает проектировщиков**

На практике чаще всего встречается ситуация, когда EPC подрядчик заключает договор субподряда с одним или несколькими проектировщиками.

В зависимости от технологической сложности EPC проекта проектировщик (как правило, иностранный) может разрабатывать только FEED пакет (*front end engineering design*), то есть базовое или предварительное проектирование, куда заложена технология производства, сам EPC подрядчик адаптирует базовый пакет под российские проектные нормы согласно **Постановлению 87** «О составе разделов проектной документации и требованиях к их содержанию» от 16 февраля 2008 года.

Либо EPC подрядчик отдаёт базовый проект на субподряд российскому проектировщику для целей адаптации под российские проектные нормы и получает от него пакет проектной документации, соответствующий российским нормам.

**Вектор 3 · Заказчик отдаёт FEED документацию как исходные данные**

Бывает так, что заказчик заключает договор на разработку базового проектирования с лицензиаром (владельцем технологии) напрямую и потом отдаёт FEED пакет как исходные данные EPC подрядчику для целей включения в состав российской проектной документации в адаптированном виде.

## Что такое rely upon и non rely upon information в проекте

Иногда EPC подрядчик не хочет нести ответственность за технологические решения, которые «сидят» в проекте. Рассмотрим на примере нашей шоколадной фабрики. EPC подрядчик чаще всего **не лицензиар**, то есть он знает как построить фабрику, но не знает

какие технологические решения надо заложить в проект, чтобы фабрика выпускала шоколад с определёнными характеристиками.

Поэтому EPC подрядчик нанимает лицензиара, то есть лицо, которое обладает технологией выпуска шоколада с требуемыми характеристиками. Лицензиар выполняет pre-FEED или FEED проектирование, а EPC подрядчик дорабатывает базовый проект под российские нормы.

> *«Я готов отвечать за недостижение шоколадной фабрикой гарантированных показателей, за исключением случаев, если они не достиглись ввиду ошибки в FEED. Базовый проект лицензиара для меня — rely upon information».*

## Что с этим делать?

История с тем, являются ли какие-либо исходные данные rely upon information или non rely upon information в большинстве случаев это вопрос коммерческих переговоров, но есть и ряд технических аспектов, на которые сложно повлиять.

Особенно чувствительна и важна данная тема для EPC подрядчиков при приёмке исходных данных от заказчика перед началом проекта. EPC подрядчик должен **чётко понимать и письменно фиксировать** в EPC контракте, какие переданные заказчиком исходные данные могут быть проверены EPC подрядчиком, а какие — нет.

- **Non rely upon information** — информация, на которую нельзя полагаться и надо проверять.
- **Rely upon information** — информация, на которую следует полагаться и не надо проверять.

Для чего это нужно? Любая ошибка в исходных данных от заказчика, выявленная в ходе реализации проекта, может повлечь существенное увеличение сроков строительства той самой шоколадной фабрики. И если в EPC контракте подрядчик не зафиксировал за корректность каких исходных данных он отвечает, то **де-юре он будет отвечать за всё**, особенно если к EPC контракту будет применяться английское право.

## Пример: древнее поселение под фундаментом

Например, заказчик передал EPC подрядчику результаты изысканий (геология, геодезия), которые выполнены отдельным подрядчиком. При начале строительных работ EPC подрядчик обнаружил *древнее поселение*, которое не было найдено подрядчиком,

выполнявшим изыскания.

Что это значит для проекта? Верно, приостановка работ до года. Это так называемые *subsurface risks*. Но кто будет отвечать за просрочку сроков строительства в случае, если в EPC контракте ничего не сказано, обязан ли EPC подрядчик проверять исходные данные на корректность? В приведённом примере EPC подрядчик оказывается в очень плохой ситуации.

Когда мы представляем EPC подрядчика в проектах, мы обязательно садимся с его технической командой и поясняем им, почему нужно делать приложение, где чётко будет разграничено, какие исходные данные подлежат проверке EPC подрядчиком, а какие нет. Например, все результаты изысканий мы относим к **rely upon information**. И если в ходе свайных работ найдут древнее поселение, то EPC подрядчик не отвечает за задержку работ и не платит заказчику *delay liquidated damages*.

Тут ещё важен критерий разумности и здравого смысла. Ясно, что подрядчик в теории может проверить результаты изысканий, если пойдёт и заново всё раскопает площадку, но это не разумно, именно поэтому в мировой практике реализации EPC проектов так называемые subsurface risks лежат на EPC заказчике как владельце площадки.

## Со стороны заказчика и кредиторов

Когда мы представляем заказчика в EPC проекте, вопрос rely upon information также играет важную роль как для заказчика, так и для проектных кредиторов. Часто акционеры компании-заказчика не в курсе, что выбрали EPC подрядчика, который спустя несколько месяцев переговоров как бы невзначай на кофе-брейке говорит, что отвечает только за свою часть проектирования, российскую. А тот базовый пакет проектирования, что сделал иностранный лицензиар, которого сам же EPC подрядчик и нанял, он проверять не будет.

Поэтому если шоколадная фабрика будет производить меньше шоколада, чем было согласовано в техническом задании, и экспертиза скажет, что ошибка «сидит» в FEED пакете, который «лег» в основу российской проектной документации, то заранее оцененные убытки за невыход на гарантированные показатели (*performance liquidated damages*) **взыскивать будет не с кого**.

> *Кредиторы скажут, что подобное условие делает EPC контракт non bankable, проще говоря, денег на строительство фабрики с таким условием не дадут.*

## Прямой договор между заказчиком и лицензиаром на FEED пакет

Бывают случаи, когда заказчик нанимает иностранного проектировщика напрямую для разработки базового пакета проектирования, а затем отдаёт данный базовый пакет EPC подрядчику для адаптации под российские проектные нормы. И если при такой схеме EPC подрядчик говорит, что он не будет проверять FEED пакет на корректность, по тому, что у него нет экспертизы, то в таком варианте заказчик может пойти с требованиями о взыскании убытков к иностранному проектировщику.

Однако такой вариант не понравится кредиторам и коммерчески плох для заказчика тем, что лимит ответственности иностранного проектировщика будет рассчитываться от цены контракта с таким иностранным проектировщиком, которая априори будет меньше цены EPC контракта, следовательно заказчик получит меньшую сумму убытков, чем мог бы получить с EPC подрядчика.

Подводя итог: прежде, чем потратить месяцы на подготовку и согласование условий EPC контракта, включите в тендерный пакет или в *term-sheet* условие о том, за корректность каких исходных данных EPC подрядчик должен отвечать по мнению заказчика, уделив особое внимание проверке базового проектирования от лицензиара.

Заметка VI

# 06

с. 26–28

# Риск *affirmation* договора в английском праве

> *Как не потерять право на расторжение. О том, почему «сегодня люблю, завтра ненавижу» в переписке с контрагентом по договору с английским правом может стоить вам права на termination.*

English Law

**Елена Стюарт**

*Управляющий партнёр*
*Stuarts Legal*

Всё чаще в последнее время мы сталкиваемся с просьбами наших клиентов о подготовке уведомления о расторжении договора (*notice of termination of contract for breach*), заключённого по английскому праву, в связи с его нарушением контрагентом.

Нам направляют переписку с контрагентом для изучения, среди которой есть претензии с просьбой устранить допущенные контрагентом нарушения договорных обязательств. Когда мы вникаем в суть спора, то часто обнаруживается следующая ситуация: клиент просит устранить контрагента нарушение по договору в определённый срок и грозит расторжением договора в случае невыполнения требования.

Дальше проходит время, контрагент слёзно обещает всё исправить, но попозже, клиентское сердце тает и договор продолжает исполняться до того момента, пока контрагент не разозлит клиента новым нарушением.

На практике же отношения клиента и контрагента по модели *сегодня люблю, а завтра ненавижу* по договору, регулируемому английским правом, формируют для клиента следующие риски при отсутствии определённых оговорок в письмах.

## Affirmation of a contract

В английском праве есть такой термин как **affirmation of a contract** (отказ от расторжения договора) и, как следствие, потеря права на его расторжение по ранее заявленным основаниям.

По факту клиент, конечно, намеренно не отказывается от договора. На практике данный риск проявляется почти всегда по одинаковой схеме, о чём клиент часто не знает:

1. контрагент допускает нарушение договорных условий, дающих право на расторжение договора, например, поставляет оборудование с дефектом;
2. клиент пишет претензию с просьбой устранить дефект в срок, предусмотренный договором, либо обещает воспользоваться своим правом на расторжение договора;
3. устранения дефекта не происходит со стороны контрагента, а со стороны клиента не происходит расторжения договора: встретились, поговорили; клиент поругался, контрагент пообещал всё позднее исправить;
4. договор со стороны клиента продолжил исполняться через приёмку работ, выплату платежей, то есть по факту клиент своими последующими действиями **принял допущенные нарушения**.

Далее стороны ругаются вновь и спустя несколько месяцев клиент просит направить уведомление о расторжении договора контрагенту на основании неустранения того самого дефекта в оборудовании. Так вот, расторгнуть договор по вышеописанному основанию **уже нельзя**: оно с высокой степенью вероятности будет признано английскими судами как утраченное.

> Once a party is in repudiatory breach, the innocent party has a choice: accept the breach and treat the contract as discharged or affirm the contract and press the party in breach to perform.
>
> *— White and Carter (Councils) Ltd v McGregor [1962] AC 413*

## Цена ошибки: epic fail

Напомним, что в английском праве нет ничего хуже, чем уведомление о расторжении договора, которое направлено по *некорректному основанию*. Тогда сторона, направившая такое уведомление, сама будет считаться существенно нарушившей условия договора,

то есть будет находиться в **repudiatory breach**, а это прямое основание, чтобы уже контрагент взыскал убытки и сам расторг договор. Epic fail, одним словом.

Отозвать уведомление о расторжении в английском праве тоже нельзя, нужно будет заключать новый договор.

> If the necessary grounds for termination cannot be proved, the termination could be a wrongful repudiation of the contract, giving the other party the right to accept the repudiation, end the contract and claim damages.

## Защитная формулировка

Чтобы избежать такой крайне неприятной ситуации, пожалуйста, не забывайте добавлять в переписку с контрагентом дисклеймер следующего содержания, особенно если эта переписка касается неисполнения контрагентом договорных обязательств:

> For the avoidance of doubt, at this stage, we do not affirm or terminate the Contract or waive any rights. We reserve all our rights and remedies in relation to any breach under the Contract.
>
> *Во избежание сомнений на данной стадии мы не отказываемся от расторжения Договора и не расторгаем его, и не отказываемся ни от каких прав. Мы сохраняем за собой все права и средства защиты в отношении любого нарушения по Договору.*

> *Мы знаем, что письма с претензиями технического характера изначально готовятся техническими специалистами и порой ими же направляются без согласования с юридическим департаментом. Так делать нельзя.*

Цена может быть слишком высока. Готовы ли её платить бенефициары?..

stuarts legal

NAVIGATING COMPLEXITIES, DELIVERING RESULTS

NAVIGATING COMPLEXITIES · DELIVERING RESULTS

*Stuarts Legal работает на стыке права, контрактной архитектуры и проектной реализации, где юридическая точность должна совпадать с коммерческой и операционной логикой EPC проекта.*

## КОНТАКТЫ


welcome@stuartslegal.com

elena.stuart@stuartslegal.com

Москва
Йоханнесбург


## ССЫЛКИ

stuartslegal.com

t.me/stuartslegal

*Больше контента в нашем telegram-канале*

© 2026 Stuarts Legal LLC / Stuarts Legal and Business Advisory (Pty) Ltd. All rights reserved