

stuart's legal

NAVIGATING COMPLEXITIES, DELIVERING RESULTS

Риски в ЕРС проектах Legal Alerts



Содержание

Об авторе	2
Банковская гарантия, прощай!	4
Застрявшая доставка: как в условиях санкций получить заказанное в США оборудование	7
Когда к заказчику должно переходить право собственности на оборудование в EPC проектах. Просто о сложном	12
Риски и некоторые технические аспекты при достижении гарантированных показателей в EPC контрактах	17
Rely upon или non rely upon information: кто отвечает за ошибки в FEED документации и проектной документации в EPC проектах, и как это все связано с финансированием EPC проекта	24
Риск affirmation договора в английском праве. Как не потерять право на расторжение	33



ЕЛЕНА СТЮАРТ

УПРАВЛЯЮЩИЙ ПАРТНЕР,
ГЛАВА ПРАКТИКИ
«ПРОМЫШЛЕННОЕ
СТРОИТЕЛЬСТВО»

✉ elena.stuart@stuartslaw.com

В 2024 году ИД «Коммерсантъ» включил Елену Стюарт в рейтинг **«Лучшие юристы. Федеральный рейтинг 2024»** в отрасли **«Производство и промышленность»**.

Елена обладает более чем десятилетним опытом консультирования при реализации строительных проектов в области нефтехимии, нефте- и газопереработки, энергетики, природных ресурсов по модели EPC. Совокупная стоимость проектов, по которым работал Елена, свыше 100 миллиардов евро.

Елена консультирует подрядчиков, заказчиков в EPC проектах, а также взаимодействует с лицензиарами и проектными кредиторами, включая международные экспортные кредитные агентства.



СРЕДИ ПОРТФЕЛЯ ПРОЕКТОВ ЕЛЕНА:

- Консультирование **«Балтийский Химический Комплекс»** по юридическим и коммерческим вопросам в EPC проекте строительства газохимического комплекса в составе комплекса по переработке этансодержащего газа в пос. Усть-Луга Ленинградской области. Газохимический комплекс — часть создаваемого на северо-западе России комплекса по переработке этансодержащего газа — флагманского инвестиционного проекта современной России по созданию одного из крупнейших в мире кластеров для выделения и глубокой переработки углеводородного сырья. Стоимость проекта свыше **11 миллиардов евро**;
- Консультирование **российско-корейского подрядчика — «ОМЗ-Дэлим»** в рамках реализации EPC проекта по строительству терминала по производству и перегрузке сжиженного природного газа в порту Высоцк, Ленинградской области, производительностью 660 тыс. тонн СПГ в год. Завод «Криогаз Высоцк» является третьим крупным российским предприятием по производству СПГ (два других — завод проекта «Сахалин 2» и завод «Ямал СПГ»). **Стоимость проекта свыше 50 млрд рублей**;
- Консультирование **российско-корейского подрядчика — «ОМЗ Дэлим»** в рамках реализации EPC проекта по **строительству комплекса глубокой переработки нефти в г. Омск**. Заказчик — АО «Газпромнефть-ОМПЗ»;
- Консультирование **«Голевской Горнорудной Компании» (входит в группу компаний «ОНЭКСИМ»)** в ходе реализации EPC проекта **по строительству Ак-Сугского горно-обогатительного комбината** по юридическим, техническим и коммерческим аспектам реализации проекта. Мощность по добыче и переработке руды — 24 млн тонн в год. Средний годовой объём производства ≈ 500 тыс. тонн медно-молибденового концентрата. Проект «Ак-Суг» входит в пятёрку крупнейших в России по запасам меди;
- Консультирование **«РТ-Инжиниринг»** (группа компаний «Ростех») в рамках реализации EPC проекта **по строительству горно-металлургического комплекса на базе Черногорского месторождения металлов платиновой группы**. Стоимость проекта свыше **570 млрд рублей**;
- Консультирование **«Белебеевский молочный комбинат»** (группа компаний Savencia, Франция) в рамках EPC проекта **по строительству цеха мягких сыров в республике Башкортостан**. Стоимость проекта свыше **3 млрд рублей**.

Банковская гарантия, прощай!

#простоосложном_EPC

Если бы три-четыре года 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:

1. 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.

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

- (i) какой-либо документ подделан;
- (ii) платеж не причитается на основании, указанном в платежном требовании;
- (iii) 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). Источник

Однако после 2022 года ситуация изменилась, и известны случаи, когда иностранный подрядчик получает в государственном суде своей страны запрет для банка-гаранта на выплату по гарантии бенефициару. Теперь таким случаям удивляться не стоит.

2. 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.

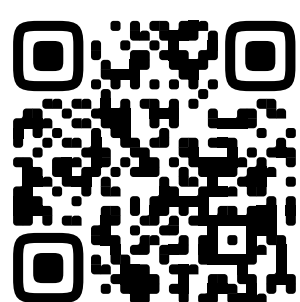
Схожая ситуация с поручительством (*suretyship*): ни в российском, ни в английском праве это не является инструментом для быстрого получения денежных средств. В случае отказа поручителя выплачивать средства заказчик потратит много времени на судебные разбирательства, чтобы добиться взыскания.

Одним словом, будьте внимательны в текущих мировых обстоятельствах.

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



В США действуют жесткие правила экспорта в страны, против которых введены санкции. Однако, указывает управляющий партнер юридической фирмы Stuarts Legal Елена Стюарт, шанс на получение разрешения на экспорт есть. Если заявитель получил отказ в выдаче экспортной лицензии по одному основанию, никто ему не запрещает подать повторную заявку — уже с новыми аргументами



Специально для

Forbes

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 приведет 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.

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 — письмо с намерением отказать в выдаче лицензии. Здесь нужно отметить, что в EAR в целом заложена презумпция отказа, а все экспортируемое оборудование считается потенциально опасным. BIS пишет, что рассмотрел заявление на выдачу экспортной лицензии и намерен отказать в ее выдаче ввиду того, что данное оборудование может усилить военный потенциал России, что несет угрозу национальной безопасности США. Тем не менее BIS великодушно дает заявителю еще 20 календарных дней на предоставление дополнительных аргументов. Если они не поступят, то заявление на выдачу экспортной лицензии будет считаться отклоненным автоматически, впрочем, если у заявителя нет дополнительных доводов, он может проинформировать об этом BIS и не мучиться — в таком случае заявление на выдачу экспортной лицензии будет считаться отклоненным еще до истечения 20 дней.

Заметим, что 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.

Мы видим несколько путей решения подобных проблем, возникающих у американских поставщиков, а как следствие — у российских клиентов.

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, но уже 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, который согласился исключить европейского оператора услуг из санкционного списка по данному основанию. А вот с США не получилось, но мы не отчаялись.

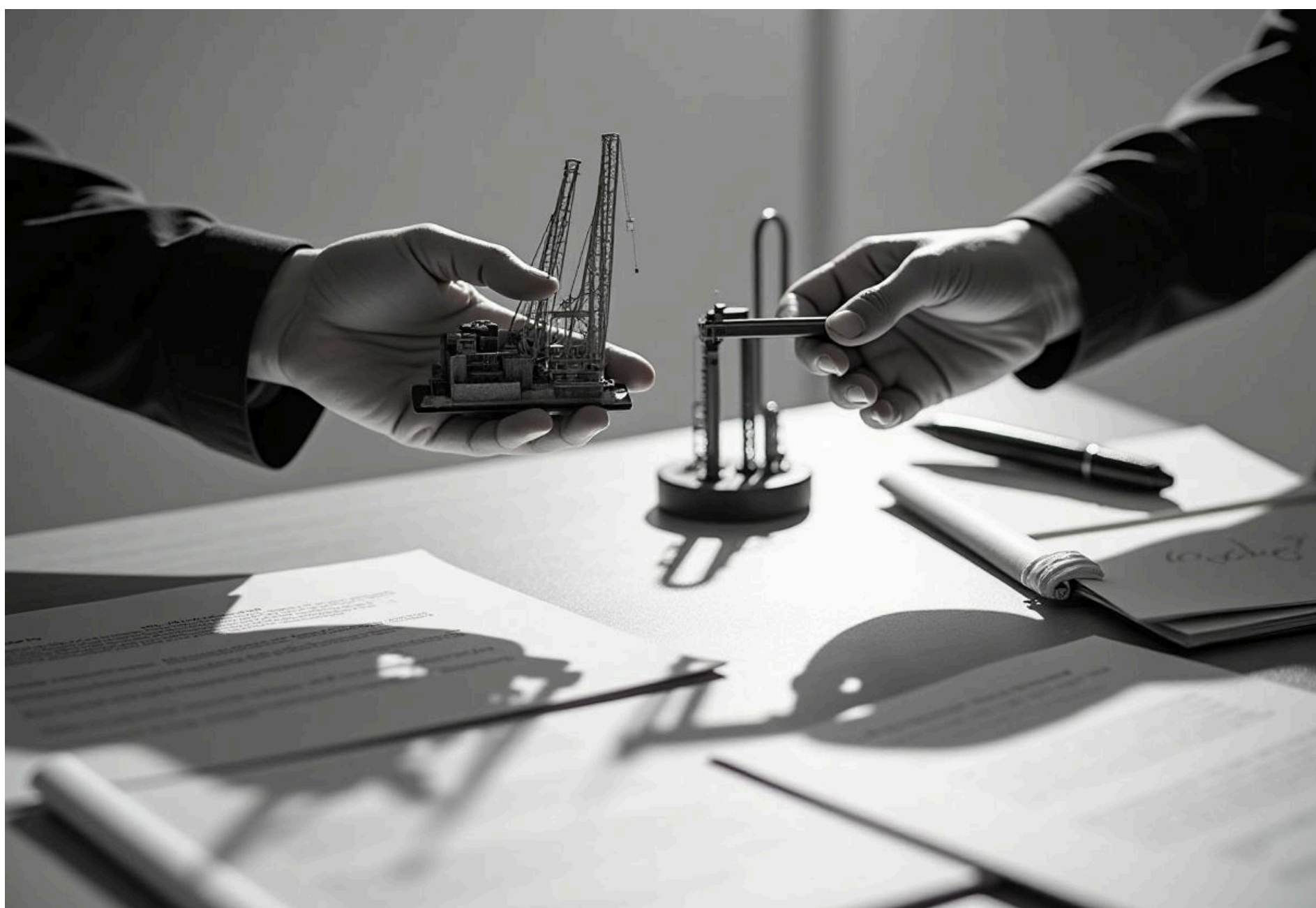
Пара-тройка конференц-звонков с американскими вендорами позволила сформулировать новые идеи для заявок на выдачу экспортной лицензии. Например, если американский вендор собирается прекращать операционную деятельность в России, то BIS может выдать экспортную лицензию на поставку «последней партии». В своем комментарии к EAR бюро формулирует это так: «BIS поощряет уход компаний с российского и белорусского рынков и вносит изменения, чтобы облегчить принятие таких решений».

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 пойдет на свалку и вопрос лишь в везении и удаче? Именно в такой логике мы составили новый запрос в BIS и теперь с нетерпением ждем ответа.

Когда к заказчику должно переходить право собственности на оборудование в ЕРС проектах. Просто о сложном.



Решила написать краткую заметку для акционеров, руководителей проектов, проектных менеджеров и иных участников, участвующих в согласовании ЕРС договоров на стороне заказчика.

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

Из проекта в проект мы поясняем следующее: *чем раньше к заказчику перейдет 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.

Ниже представлена классическая формулировка из ЕРС 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 ЕРС 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? Все, 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. Остаток платежа разбивается между монтажом, успешным вводом в эксплуатацию и выходом на гарантированные показатели.

Цикл поставки оборудования — от размещения заказа у вендоров, его изготовления, испытаний на заводе-изготовителе, отгрузки, промежуточных перегрузок, до поставки в конечный пункт заказчику — очень большой (от шести месяцев), особенно если мы говорим про поставку ОДЦИ (оборудования длительного цикла изготовления) в сфере нефтехимии или горнодобывающей сфере. Об этом факторе нужно всегда помнить и напоминать поставщику в ходе жарких споров при согласовании формулировки о переходе права собственности.

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

1. 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. Мы не будем уходить в сложную юриспруденцию, цель данной статьи иная. Скажу просто — вы никогда не знаете, как сработают коллизионные привязки в разных юрисдикциях (когда у вас иностранный поставщик) и что будет с оборудованием при таком сценарии.

Вероятность наступления такого сценария достаточно высока и находится вне зоны контроля заказчика.

2. В отношении поставщика началась процедура банкротства или принудительной ликвидации. Оборудование может попасть в конкурсную массу или ее аналог в юрисдикции поставщика. Передача оборудования заказчику будет, мягко говоря, осложнена. Вероятность наступления такого сценария оценить сложно без полноценной процедуры *due diligence* поставщика с учетом особенностей законодательства страны инкорпорации поставщика, однако, в любом случае данный риск находится вне зоны контроля заказчика.

3. Санкционный риск. Например, дружественный иностранный поставщик уже изготовил оборудование и везет его заказчику, но где-то посредине пути клерки из OFAC (Office of Foreign Assets Control) 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. Как думаете, поставщик развернет автомобиль с оборудованием или рискнет все же отгрузить его заказчику? А вот 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, потому что оно уже принадлежит ему на праве собственности.

Что же важно проектным кредиторам?

Чтобы проект реализовался в срок. Вовремя построенный завод — это вовремя возвращенные деньги кредиторов при условии, если завод выйдет на гарантированные показатели, разумеется, но сейчас не об этом.

Оборудование, которое изготовили, потратив от шести месяцев до года, но не довезли по любой из вышеописанных причин — это сдвиг сроков проекта «вправо». Намного. Это никому не нужно. И данным риском можно и нужно управлять в EPC договоре или договоре поставки.

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

Например, 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.

Однако 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.

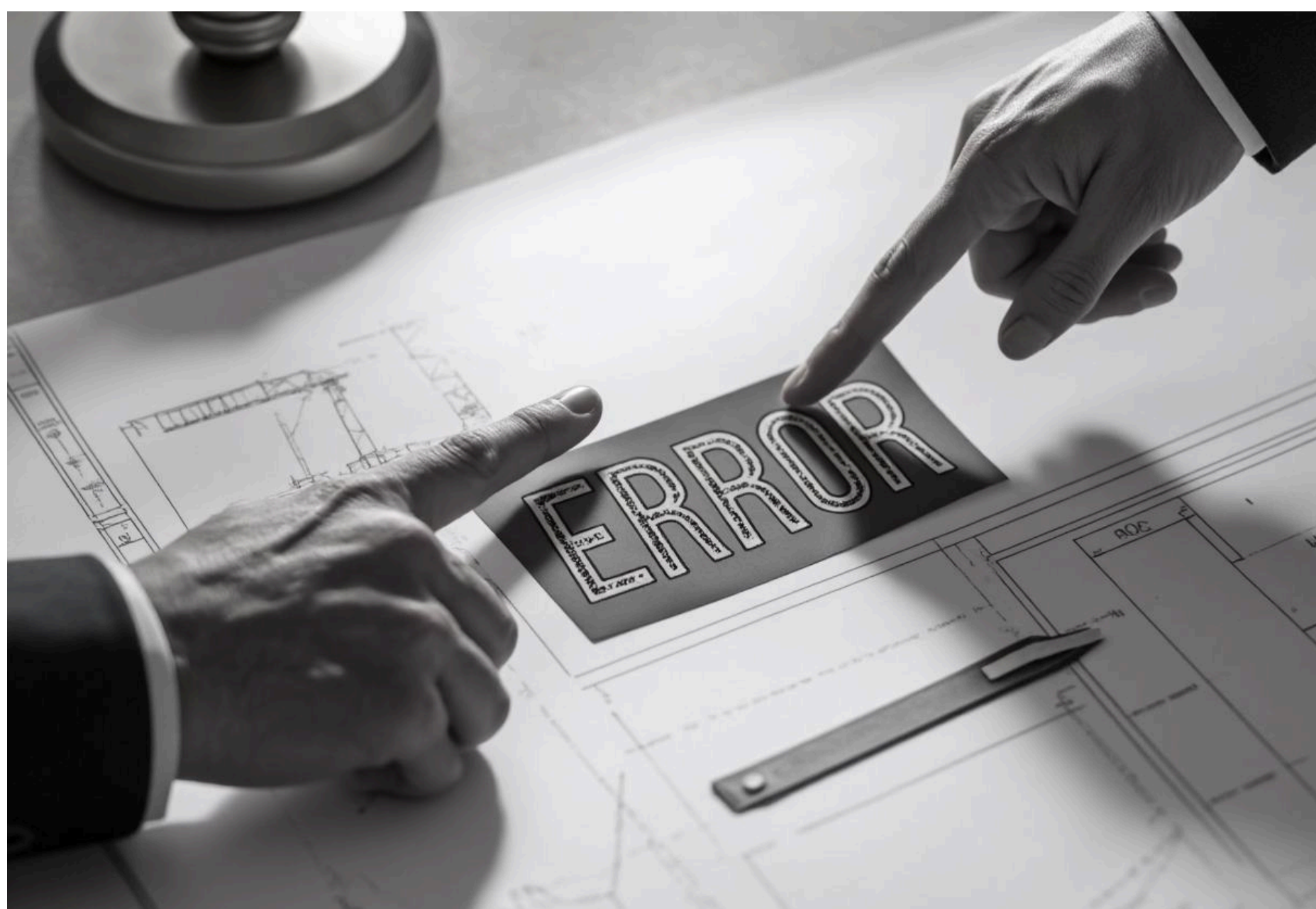
Жить с надеждой на банковскую гарантию, которая якобы закрывает озвученные мной риски выше, разумеется, можно. Точнее, можно было до февраля 2022 года. В нынешнее время банковская гарантия от иностранного банка больше не является эффективным инструментом для надлежащего исполнения обязательств контрагента,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

Что является таким инструментом, разберем в следующей статье в рубрике #ерспроекты_простоосложном.

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

Риски и некоторые технические аспекты при достижении гарантированных показателей в EPC контрактах

#простоосложном_EPC



Авторы: Елена Стюарт, Кирилл Астафьев

В процессе реализации ЕРС 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 ЕРС 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 пуско-наладочных работ (ПНР) и проведения испытаний важно согласовать матрицу разграничения ответственности между сторонами. Такая матрица должна стать неотъемлемым приложением к контракту и чётко фиксировать:

1. Ответственность заказчика за:

- 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.

2. Ответственность подрядчика за:

- 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.

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:

- Обязательности проведения лабораторного анализа сырья перед испытаниями;
- Фиксации параметров сырья (химический состав и физические свойства, влажность, размер) и предоставления протоколов испытаний;
- Согласовании формата хранения проб сырья для возможной проверки в будущем.

ТЕХНИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Стабильность энергоснабжения

Работа производственной линии зависит от стабильного обеспечения энергоресурсами (электричество, газ, вода, пар, сжатый воздух). Для этого в контракте 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 (качество, объем). 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:

1. Порядок и условия компенсации расходов подрядчика.
2. Определение размера компенсации подрядчику. Заказчик обязан компенсировать подрядчику подтверждённые и заранее согласованные затраты, если неудачные испытания произошли по его вине (например, из-за несоответствия сырья). Эти затраты могут включать:
 - Привлечение специалистов, проживание, питание и командировочные расходы;
 - Дополнительные затраты на пуско-наладочные работы и повторную диагностику оборудования при необходимости.
3. 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 позволяют:

- Уменьшить вероятность споров и разногласий;
- Обеспечить прозрачность процессов на этапе ПНР и испытаний;
- Повысить эффективность реализации проекта в целом.

Rely upon или *non rely upon* *information*: кто отвечает за ошибки в FEED документации и проектной документации в EPC проектах, и как это все связано с финансированием EPC проекта

#простоосложном_EPC



Автор:
Елена Стюарт
elena.stuart@stuartslgal.com

Управляющий партнер
Глава практики «Промышленное строительство»
Stuarts Legal LLC

Итак, заказчик строит фабрику, например, шоколадную, ну а почему нет. Заказчик нанимает EPC подрядчика, чтобы иметь в проекте *turkey 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 заемщика, то есть владельца фабрики, потому что не запущенный вовремя объект это неполученная вовремя выручка от продажи продукции, которая в 90% случаев по кредитному соглашению находится в залоге у кредиторов, а это заставляет банки нервничать, и небезосновательно, надо отметить.

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

ЕРС подрядчик проектирует собственными силами, что бывает редко, но бывает. То есть ЕРС подрядчик не берет на субподряд проектный институт, в его штате есть проектировщики. Это идеальный вариант для всех сторон ЕРС контракта, потому что, если ЕРС подрядчик допускает ошибку в расчетах 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 ЕРС контрактом, это целиком ответственность ЕРС подрядчика.

Вектор 2. ЕРС подрядчик нанимает проектировщиков

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

В зависимости от технологической сложности ЕРС 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 ЕРС 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 ЕРС подрядчик отдает 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 отдает FEED документацию как исходные данные

Бывает так, что заказчик заключает договор на разработку базового проектирования с лицензиаром (владельцем технологии) напрямую и потом отдает 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. Как так может получиться?

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 определенными характеристиками в определенном количестве в год, которые ожидает EPC заказчик и кредиторы.

Поэтому EPC подрядчик нанимает лицензиара, то есть лицо, которое обладает технологией выпуска шоколада с требуемыми характеристиками. Лицензиар выполняет pre-FEED или FEED проектирование, то есть базовое проектирование, куда закладывает технологию производства шоколада, а EPC подрядчик дорабатывает базовый проект под российские нормы, получаю из него полноценную проектную документацию.

Однако в ходе согласования условий EPC контракта с заказчиком EPC подрядчик может сказать примерно следующее: “Я, разумеется, готов отвечать за недостижение шоколадной фабрикой согласованных в контракте гарантированных показателей, **за исключением случаев, если такие гарантированные показатели не достиглись ввиду ошибки в FEED (базовом проекте)**. Потому что я не обладаю квалификацией для проверки FEED пакета на ошибки за лицензиаром. Базовый проект лицензиара для меня **это rely upon information, то есть информация, на которую я полагаюсь как на достоверную и не обязан ее проверять**”.

Что с этим делать?

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

Особенно чувствительна и важна данная тема для EPC подрядчиков при приемке исходных данных от заказчика перед началом проекта. EPC подрядчик должен четко понимать и письменно фиксировать в EPC контракте, какие переданные заказчиком исходные данные, могут быть проверены EPC подрядчиком, а какие – нет. В случаях, когда часть исходных данных может быть проверена EPC подрядчиком на предмет корректности, мы ведем речь о ***non rely upon information***, то есть об информации, на которую **нельзя полагаться и надо проверять**.

В случаях, когда часть исходных данных **не** может быть проверена EPC подрядчиком на предмет корректности, мы ведем речь о ***rely upon information***, то есть об информации, 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 все, особенно если к EPC контракту будет применяться английское право.

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. Да, это так называемые *subsurface risks*, которые заслуживают отдельной статьи, 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 приведенном примере EPC подрядчик - 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 четко будет разграничено, какие исходные данные подлежат проверке EPC подрядчиком, какие – нет.** Например, все результаты изысканий мы относим к *rely upon information*, то есть к информации, на которую подрядчик полагается, как на достоверную. И если в ходе свайных работ найдут древнее поселение, то EPC подрядчик не отвечает за задержку работ и не платит заказчику заранее оцененные убытки за просрочку работ (*delay liquidated damages*).

Тут еще важен критерий разумности и здравого смысла. Ясно, что подрядчик в теории может проверить результаты изысканий, если пойдет и заново все раскопает площадку, но это не разумно, именно поэтому в мировой практике реализации EPC проектов, так называемые *subsurface risks*, то есть риски, связанные с недрами, лежат на EPC заказчике как владельце площадки.

Но кроме изысканий есть еще много других исходных данных, некорректность которых может повлиять на сроки выполнения работ, но проверить которые EPC подрядчик действительно не может: например, различные технические условия на подключение, состав сырья для тестов если его дает заказчик и тд.

Техническая команда подрядчика должна проделать важную работу, чтобы определить за *достоверность каких исходных данных EPC подрядчик не отвечает* и прямо прописать, что такие исходные данные рассматриваются сторонами EPC контракта как *rely upon information*, то есть информация, на которую подрядчик полагается.

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, которые спустя три-четыре месяца 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, потому что он не владелец технологии и не может проверить базовый проект за лицензиаром.

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.

Кроме того, кредиторы, прочитав такое условие в EPC контракте скажут, что подобное условие делает EPC контракт *non bankable* (небанкуемым), **проще говоря, денег на строительство шоколадной фабрики с таким условием в EPC контракте, не дадут.** Потому что ценность реализации строительных проектов по схеме EPC и их более дорогая стоимость для заказчика состоит как раз в ответственности EPC подрядчика под ключ, что в свою очередь дает комфорт кредиторам и заказчику, так как они понимают, что проект, управляемый одним лицом, который за все отвечает, и для кредиторов это менее рискованно, чем строительство фабрики тридцатью разными подрядчиками.

ПРЯМОЙ ДОГОВОР МЕЖДУ ЗАКАЗЧИКОМ И ЛИЦЕНЗИАРОМ НА FEED ПАКЕТ

Как мы писали выше, бывают случаи, когда заказчик нанимает иностранного проектировщика напрямую для разработки базового пакета проектирования, а затем отдает 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 ЕРС контракта, следовательно заказчик получит меньшую сумму убытков, чем мог бы получить с ЕРС подрядчика.*

Подводя итог вышенаписанному, следует помнить о том, что прежде, чем потратить месяцы на подготовку и согласование условий ЕРС контракта, включите в тендерный пакет или в *term-sheet* (основные условия контракта) условие о том, за корректность каких исходных данных ЕРС подрядчик должен отвечать по мнению заказчика, уделив особое внимание проверке базового проектирования от лицензиара. ЕРС подрядчикам также рекомендуется крайне ответственно относиться к данному вопросу, чтобы потом не нести убытки за чужие ошибки, проверить которые не представлялось возможным.

Риск affirmation договора в английском праве. Как не потерять право на расторжение



Все чаще в последнее время мы сталкиваемся с просьбами наших клиентов о подготовке уведомления о расторжении договора (*notice of termination of contract for breach*), заключенного 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 определенный срок и грозит расторжением договора в случае невыполнения требования. Дальше проходит время, контрагент слезно обещает все исправить, но попозже, клиентское сердце тает и договор продолжает исполняться до определенного времени 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.

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 чем клиент часто не знает: контрагент допускает нарушение договорных условий, дающих право на расторжение договора, например, поставляет оборудование с дефектом; клиент пишет претензию с просьбой устранить дефект в срок, предусмотренный договором, либо обещает воспользоваться своим правом на расторжение договора ввиду несвоевременного устранения дефекта. Устранения дефекта не происходит со стороны контрагента, а со стороны клиента не происходит расторжения договора, потому что встретились – поговорили; клиент поругался, контрагент пообещал все позднее исправить либо прислал ответную претензию, где попытался оправдать свой дефолт неисполнением встречных обязательств со стороны клиента. Договор со стороны клиента продолжил исполняться через приемку 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 не устранения 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.

Напомним, что в английском праве нет ничего хуже, чем уведомление о расторжении договора, которое направлено по некорректному основанию. Тогда сторона, направившее 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.

[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**].

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

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:

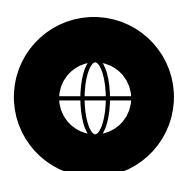
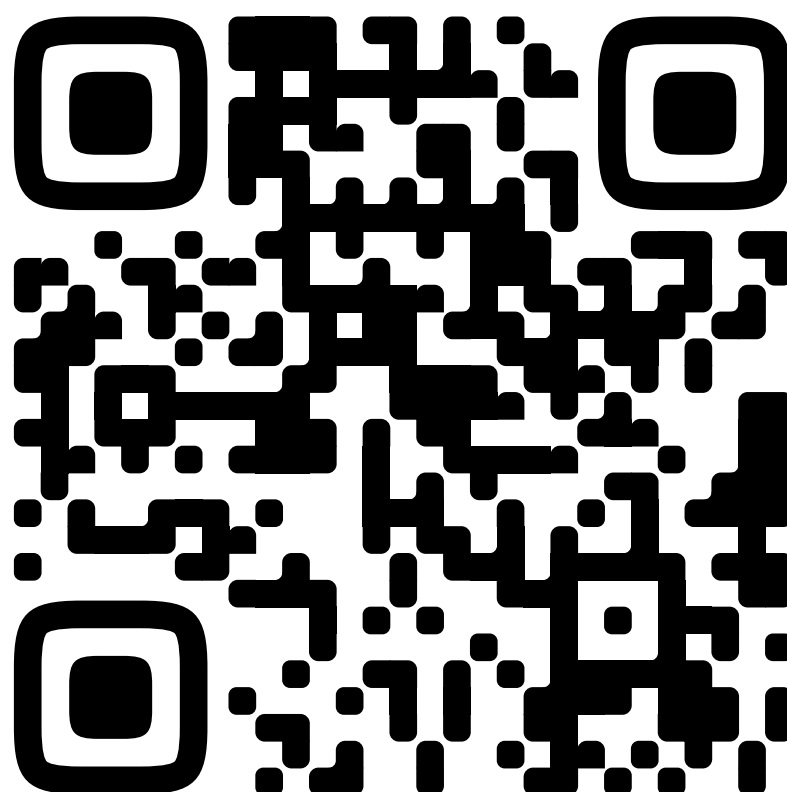
[For the avoidance of doubt, at this stage, **we do not affirm or terminate the Contract or waive any rights. We reserve all our rights and remedies in relation to any breach under the Contract.** /Во избежание сомнений на данной стадии мы не отказываемся от расторжения Договора и не расторгаем его, 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 изначального готовятся техническими специалистами и порой ими же направляются без согласования с юридическим департаментом. Так делать нельзя, так как цена может быть слишком высока. Готовы ли ее платить бенефициары...?



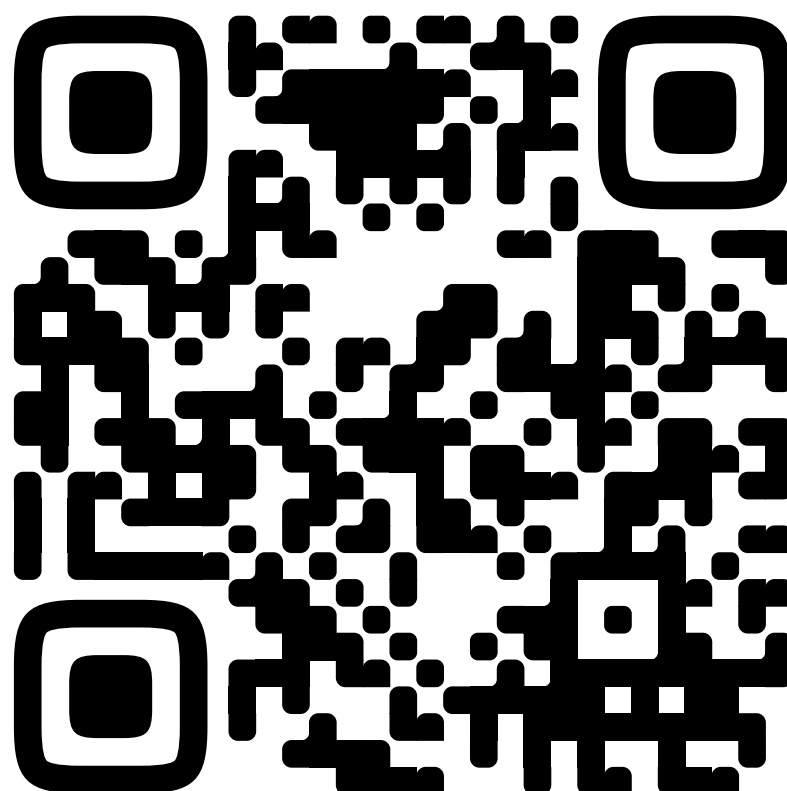
Больше контента в нашем telegram-канале:

<https://t.me/stuartslegal>



Website:

<https://stuartslegal.com/>



welcome@stuartslegal.com