



практике. Необходимо также введение в практику включения в договоры медиативной оговорки. Это помогло бы отрасли повысить уровень доверия граждан к ней, а государству — предотвратить случаи возникновения социальной нестабильности. Это также способствовало бы и повышению инвестиционной привлекательности.

**Литература:**

1. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СПС «КонсультантПлюс».



2. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СПС «КонсультантПлюс».
3. Федерация коллегий по урегулированию споров. URL: <http://www.mediacia.comwww.publishernews.ru/PressRelease/PressReleaseShow.asp?id=522091> (дата обращения: 10.08.2015).

## Договоры в области строительства

*Чумаченко Игорь Вячеславович,  
партнер, руководитель практики  
«Недвижимость. Земля. Строительство» АБ «Вегас-Лекс».  
chumachenko@vegaslex.ru*

*Отношения между участниками реализации инвестиционно-строительных проектов регулируются различными видами договоров, как предусмотренных, так и не предусмотренных Гражданским кодексом (ГК РФ). Структурирование отношений сторон посредством заключения того или иного вида договора имеет крайне важное значение для минимизации рисков участников, заинтересованных в успешной реализации проекта. Статья рассматривает основные виды договоров, заключаемые в целях реализации инвестиционно-строительного проекта, и содержит рекомендации по ключевым условиям и особенностям заключения таких договоров.*

**Ключевые слова:** инвестиционно-строительный проект, договоры в сфере строительства, участники инвестиционно-строительной деятельности, заказчик-застройщик, инвестор, генподрядчик, технический заказчик, инженерная организация, публичный партнер.

### Contracts in the construction sector

*Chumachenko Igor V.,  
Partner, Head of «Real Estate. Land. Construction» practice in Vegas-Lex Law Firm*

*Relations between participants of implementation of investment and construction projects are governed by contracts of various types, both stipulated and not stipulated by the Civil Code (RF CC). Structuring relations between the parties by conclusion of a contract is of extremely great importance for minimization of risks of the participants interested in successful project implementation. The article considers basic kinds of contracts concluded for implementation of an investment and construction project, and contains recommendations on key conditions and peculiarities of concluding such contracts.*

**Key words:** Investment and construction project, contracts in the construction sector, participants in investment and construction activities, developing customer, investor, general contractor, technical customer, engineering organization, public partner.

Договоры в области строительства направлены на регулирование отношений между участниками инвестиционно-строительного проекта, ключевыми из которых являются:

(А) отношения между **заказчиком-застройщиком** (лицом, обладающим правами на земельный участок и обеспечивающим осуществление строительства на этом участке)<sup>1</sup> и **инвестором** (лицом, финансирующим строительство в целях дальнейшего владения построенным объектом (его частью) и его использования в определенных целях)<sup>2</sup>;

(Б) отношения между **заказчиком-застройщиком** и **генподрядчиком, генпроектировщиком** (лицами, осуществляющими комплекс работ по строительству объекта или по его проектированию на основании договора строительного подряда или договора на выполнение проектных и изыскательских работ в соответствии с положениями гл. 37 ГК РФ о подряде);

(С) отношения между **заказчиком-застройщиком** и **техническим заказчиком** (уполномоченным заказчиком-застройщиком лицом, отвечающим признакам, установленным п. 22 ст. 1 ГрК) или **инженерной организацией** (лицом, осуществляющим в интересах заказчика-застройщика контроль и надзор за строительством в соответствии со ст. 749 ГК);

(Д) отношения между **заказчиком-застройщиком** и **публичным партнером** (органом власти или подконтрольной ему организацией), связанные с получением прав на земельный участок для строительства,

<sup>1</sup> Здесь и далее под **заказчиком-застройщиком** (заказчиком, застройщиком) понимается лицо, отвечающее признакам, определенным п. 16 ст. 1 ГрК РФ.

<sup>2</sup> См. также ст. 4 Закона от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляющей в форме капитальных вложений».



подготовкой градостроительной документации, прохождением государственной экспертизы проектной документации, оформлением разрешений на строительство и на ввод в эксплуатацию и другими подобными вопросами.

Соответственно, содержание договоров, заключаемых между участниками инвестиционно-строительного проекта, обусловлено прежде всего субъектным составом таких участников и характером их отношений.

Поскольку отношения с органами власти имеют свою специфику (связанную с превалирующим публичным характером таких отношений) и заслуживают отдельного обсуждения, в данной статье мы более детально остановимся на договорах, регулирующих, скорее, частноправовые отношения между участниками, указанными выше в пунктах (А)–(С).

При этом объектом внимания настоящей статьи будут являться отношения по строительству объектов за счет частных инвестиций, поскольку финансирование строительства за счет бюджетных средств имеет свои особенности, обусловленные участием государственных (муниципальных) заказчиков и применением законодательства в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд (что целесообразно обсудить отдельно).

### 1. Договоры между заказчиком-застройщиком и инвестором

При структурировании отношений между заказчиками-застройщиками и инвесторами возникает вопрос, какими нормами права они регулируются и по какой модели могут заключаться такие «инвестиционные договоры». В поисках ответа участники рынка зачастую обращаются к Закону от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в РФ, осуществляющейся в форме капитальных вложений» (далее — Закон № 39-ФЗ). Вместе с тем согласно п. 1 ст. 8 Закона № 39-ФЗ отношения между субъектами инвестиционной деятельности регулируются заключаемым между ними в соответствии с ГК РФ договором. Смыслом отношений между заказчиком-застройщиком и инвестором являются взаимные обязательства, согласно которым, как правило, инвестор обязуется профинансировать строительство объекта, а заказчик-застройщик принимает на себя обязательства по осуществлению строительства и передаче инвестору в собственность после ввода объекта в эксплуатацию части площадей для дальнейшего использования в коммерческих целях (в том числе для продажи). Но стороны могут определить взаимные обязательства и иным образом. Например, обязанности по обеспечению строительства могут быть возложены на инвестора, который при этом принимает на себя обязательства по привлечению квалифицированного генподрядчика (генпроектировщика) и заключению с ним соответствующих договоров. Возможны и другие конструкции.

Как квалифицировать подобные договоры, часто именуемые на практике «инвестиционными»?

С одной стороны, ГК РФ не содержит нормы, непосредственно регулирующие инвестиционный договор в качестве самостоятельного вида обязательств. В то же время одним из основополагающих принципов гражданского законодательства является принцип свободы договора, исходя из которого стороны вправе заключить как предусмотренный, так и не

предусмотренный законом (непоименованный в законе) договор, а также договор, включающий в себя элементы различных видов договоров (ст. 1, 421 ГК РФ).

Какой-то период времени в правовой квалификации такого рода договоров существовал некоторый перекос. Дело в том, что на практике договоры, именуемые сторонами как «инвестиционные», могут отвечать признакам того или иного договора, предусмотренного ГК РФ. В свое время Пленум ВАС РФ в постановлении от 11.07.2011 № 54 о спорах в отношении «будущей недвижимости»<sup>3</sup> обратил внимание судов на необходимость устанавливать правовую природу соответствующих договоров и разрешать спор по правилам глав 30 («Купля-продажа»), 37 («Подряд»), 55 («Простое товарищество») ГК РФ и т.д. В этом же постановлении Пленум ВАС дал рекомендации относительно определения правовой природы «инвестиционных» договоров: если не установлено иное, судам надлежит оценивать договоры, связанные с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, как договоры купли-продажи будущей недвижимой вещи.

Такие рекомендации зачастую воспринимались буквально. Суды, применяя разъяснения Пленума, как-то «забыли» про принцип свободы договора иproto, что перечень упомянутых в нем договоров для целей определения правовой природы «инвестиционного договора», не является исчерпывающим. В результате появилась масса судебных решений, в которых инвестиционный договор стал «притягиваться» к тому или иному виду прямо поименованных в ГК договоров — договору простого товарищества, договору купли-продажи будущей вещи или к смешанному договору, содержащему элементы договора купли-продажи и подряда. Дополнительным поводом к этому часто служило использование сторонами таких формулировок, как «стороны договорились совместно действовать в целях строительства...», «вкладами сторон в целях реализации инвестиционного проекта являются...» и т.п. Такая упрощенная трактовка может нести определенные риски. Например, в случае, когда объектом договора является в том числе реконструируемый объект недвижимости (новые площади в котором переходят по условиям договора к инвестору), застройщик, на самом деле не желая передавать существующий объект в качестве вклада в общее имущество, может потерять права на него, если квалифицировать договор в качестве договора простого товарищества. Причина — обязанность передать в общую долевую собственность имущество, которое названо в договоре о совместной деятельности вкладом товарища в общее имущество. Или риски возможных налоговых последствий квалификации «инвестиционного договора» в качестве того или иного вида обязательств.

При этом если обязательства сторон по договору носят возмездный характер, т.е. направлены на получение встречного предоставления за исполнение своих обязанностей, такой договор не отвечает основному конституирующему признаку договора о совместной деятельности. Взаимный обмен удовлет-

<sup>3</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем».



ворениями между товарищами (п. 2 ст. 308 Кодекса) не может составлять его основную, превалирующую цель<sup>4</sup>.

Или, например, по условиям инвестиционного договора земельный участок, находящийся в собственности заказчика-застройщика, предоставляется инвестору в аренду на основании отдельного договора. Соответственно, именно инвестор после оформления права аренды в отношении земельного участка выступает в качестве застройщика (п. 16 ст. 1 ГрК РФ) и заказчика по самостоятельному договору генерального строительного подряда, заключаемому им с привлеченным инвестором генподрядчиком. В таком случае правовая квалификация договора в качестве договора строительного подряда вызывает сомнения.

То есть на практике участники часто заключают договоры, не предусмотренные гражданским законодательством (непоименованные в ГК РФ договоры). Поэтому крайне важно определить действительный смысл взаимных обязательств сторон и правовой режим в отношении имущества на период и по окончании строительства.

Интересно, что некоторый перекос в судебной практике в этой части, очевидно, послужил одной из причин внесения недавних изменений в ст. 421 ГК РФ о свободе договора (в рамках реформирования ГК РФ в части новелл, касающихся обязательственного права)<sup>5</sup>. Смыслом этих изменений, внесенных в положения о свободе договора, является то, что если сторонами действительно заключен непоименованный в ГК договор, к такому договору правила о поименованных договорах не применяются. Однако это не исключает возможности применения правил об аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) к отдельным отношениям сторон по непоименованному договору.

Все это необходимо учитывать при структурировании отношений по той или иной модели.

## **2. Договоры между заказчиком-застройщиком и генподрядчиком (генпроекттировщиком)**

Договоры генерального строительного подряда составляют основу (базис) структуры взаимоотношений между участниками реализации строительного проекта. Без качественного договора подряда получение требуемого результата строительства и удовлетворение в конечном итоге потребностей участников (достижение целей) представляется проблематичным.

Правовая природа договора подряда («наем работ» в римском праве) состоит в том, что подрядчик обязуется создать и передать *результат* работ заказчику, а заказчик обязуется принять и оплатить этот результат работ.

К существенным условиям договора строительного подряда относятся предмет, сроки выполнения работ (ст. 702, 708, 740 ГК РФ). Взаимные обязательства сторон договора генподряда обусловлены их *зонами ответственности*, которые следуют из положений гл. 37 «Подряд» ГК РФ и приведены укрупненно в следующей таблице:

Зона ответственности заказчика	Зона ответственности генподрядчика
Строительная площадка	Сроки
Разрешение на строительство	Качество
Техническая документация	Материалы и оборудование
Приемка и оплата работ	Безопасность работ
Контроль за строительством	Субподрядчики

ВАС РФ в последний период перед прекращением своей деятельности в связи с объединением высших судов уделил достаточно много внимания договорам строительного подряда. Остановимся на ключевых правовых позициях высших судов и рекомендациях, которые необходимо учитывать при подготовке договоров генподряда, прежде всего по наиболее важным для сторон условиям — о цене, сроках, качестве, объемах работ.

### *a) Объем работ. Дополнительные работы.*

При отсутствии иных указаний в договоре строительного подряда предполагается, что подрядчик обязан выполнить все работы, указанные в технической документации и в смете (ст. 743 ГК РФ). На практике нередко бывают ситуации, когда возникает необходимость выполнения дополнительных работ, не предусмотренных технической документацией (ТД). К основным причинам можно отнести следующие: (1) подрядчик обнаружил работы, не предусмотренные технической документацией; (2) заказчик внес изменения в техническую документацию. При обнаружении неучтенных в ТД работ и необходимости в связи с этим проведения дополнительных работ и увеличения сметной стоимости строительства подрядчик обязан сообщить об этом заказчику. Невыполнение этой обязанности и выполнение работ в отсутствие согласия заказчика на их выполнение и оплату лишает подрядчика права требовать от заказчика оплаты таких работ. Исключение — необходимость немедленных действий в интересах заказчика, в частности в связи с тем, что приостановление работ могло привести к гибели или повреждению объекта строительства (п. 4 ст. 743 ГК РФ). Данное правило действует также в случаях, когда выполненные подрядчиком без согласия заказчика дополнительные работы были приняты заказчиком по акту (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51).

Вместе с тем заказчик вправе самостоятельно вносить изменения в техническую документацию при условии, что вызываемые этими дополнительные работы по стоимости не превышают десяти процентов указанной в смете общей стоимости строительства (ст. 744 ГК РФ). Внесение изменений в большем объеме осуществляется на основе согласованной сторонами дополнительной сметы. Соответственно, подрядчик вправе требовать пересмотра сметы, если по независящим от него причинам стоимость работ превысила смету более чем на десять процентов. [Прим.: К самостоятельным объектам строительства правила о дополнительных работах, предусмотренные п. 3 и 4 ст. 743 ГК, не применяются].<sup>6</sup>

Во избежание спора об оплате дополнительных работ, вызванных внесением заказчиком изменений

<sup>4</sup> См., например: постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13096/12.

<sup>5</sup> Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>6</sup> Постановление Президиума ВАС от 20.09.11 № 1302/11.



## АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА

в ТД в том или ином объеме, либо работ, не включенных в ТД или смету, необходимо предусмотреть в договоре генподряда соответствующие условия о порядке действий и оплаты дополнительных работ.

*b) Условия о сроках выполнения работ. Вопросы заключенности договора.*

До недавнего времени были распространены споры о незаключенности договоров генподряда в связи с отсутствием в них согласованного сторонами условия о сроках выполнения работ. Основанием часто служили формулировки, согласно которым срок был определен путем указания на событие, которое зависит от воли сторон (уплата аванса, передача строительной площадки, технической документации и т.п.). Формально это противоречило положениям ст. 190 ГК РФ, согласно которым срок может определяться только календарной датой, периодом времени или указанием на событие, которое неизбежно должно наступить. Поскольку срок выполнения работ является существенным условием договора подряда, суды, установив отсутствие согласования условия о сроке по той причине, что он был определен указанием на событие, не отвечающее признакам неизбежности, признавали такие договоры незаключенными. Такой подход судов использовался недобросовестной стороной, чтобы избавиться от обязательств по договору и избежать договорной ответственности (нет договора — нет обязательств из него). Вместе с тем сторонам договора подряда действительно удобнее «привязывать» срок к выполнению той или иной обязанности (внесение предоплаты, передача площадки, документации и проч.).

Поэтому Президиум ВАС РФ в целях сохранения стабильности гражданского оборота сформировал правовые позиции, согласно которым если начальный момент периода выполнения подрядчиком работ определен указанием на действия заказчика или иных лиц, то предполагается, что такие действия будут совершены в срок, предусмотренный договором, а при его отсутствии — в разумный срок. В таком случае сроки выполнения работ считаются согласованными (постановление Президиума ВАС РФ от 18.05.2010 № 1404/10, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165).

Более того, в настоящее время в ст. 314 ГК РФ внесены соответствующие изменения<sup>7</sup>, разрешающие устанавливать срок исполнения обязательств путем указания на момент исполнения обязанностей другой стороной или на наступление иного события, предусмотренного договором.

Все это говорит об определенной либерализации подходов судов и законодателя в вопросах заключенности договоров. В то же время условия договора о сроках и о порядке их изменения должны носить ясный характер.

Другим важным аспектом является вопрос о выполнении работ в отсутствие договора генподряда. На практике нередки ситуации, когда согласование договора затягивается по различным причинам, а работы уже выполняются. Согласно разъяснениям ВАС РФ<sup>8</sup> принятие заказчиком результата выполнен-

<sup>7</sup> В ред. Федерального закона от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>8</sup> См. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165, постановление Президиума ВАС РФ от 20.09.2011 № 1302/11.

ных подрядчиком в отсутствие договора работ свидетельствует об их потребительской ценности для заказчика и сложившихся между сторонами фактических подрядных отношениях, стоимость работ подлежит оплате.

Исключение составляют работы, выполненные в отсутствие государственного (муниципального) контракта<sup>9</sup>.

*c) Цена договора и оплата работ.*

Согласно п. 4 ст. 709 ГК РФ цена работ (смета) может быть приблизительной (open book) или твердой (lump sum). При отсутствии в договоре иных указаний цена считается твердой. Твердая цена подразумевает, что заказчик уплачивает подрядчику данную цену за результат работ в целом, вне зависимости от фактически выполненных объемов работ или понесенных подрядчиком затрат. Пункт 6 ст. 709 ГК РФ прямо допускает ситуации, когда при согласовании сторонами договора твердой цены (сметы) полный объем подлежащих выполнению работ или необходимых для этого расходов предусмотреть было невозможно. Но и в этом случае согласно указанной норме заказчик не вправе требовать уменьшения твердой цены, а подрядчик — ее увеличения.

Судебная практика по спорам об оплате работ по договорам строительного подряда до недавнего времени была достаточно противоречивой. Однако последние правовые позиции ВАС РФ<sup>10</sup> в отношении твердой цены говорят о том, что такая цена определяется применительно к согласованному в договоре объему работ, поэтому уменьшение объема фактически выполненных работ влечет соразмерное уменьшение цены. По мнению Президиума ВАС РФ иной подход противоречил бы принципам возмездности гражданско-правовых договоров, нарушая баланс прав и интересов сторон.

Таким образом, даже при наличии в договоре условия о твердой цене необходимо иметь в виду, что для ее оплаты потребуется подтверждение фактически выполненных объемов, соответствующих смете. В противном случае цена может быть уменьшена.

*d) Качество выполненных работ. Приемка работ.*

Недостатки качества выполняемых подрядчиком работ могут быть выявлены заказчиком (либо специально привлеченным инженером, либо техническим заказчиком) как непосредственно в ходе строительства, так и в ходе сдачи результата работ. Следует иметь в виду, что организация приемки работ является обязанностью заказчика, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 753 ГК РФ). Соответственно, заказчик несет риски неисполнения обязанности по организации и осуществлению приемки результата выполненных работ, в связи с чем уклонение заказчика от принятия работ не должно освобождать его от их оплаты<sup>11</sup>.

При этом бремя доказывания недостатков качества также возлагается на заказчика<sup>12</sup>.

В то же время ВС РФ подтвердил, что обязанность подрядчика является *сдача* результата работ

<sup>9</sup> Постановления Президиума ВАС от 28.05.13 № 18045/12, от 04.06.13 № 37/13; Информационное письмо от 25.02.14 № 165(п.7); Определение ВСРФ от 21.01.15 № 308-ЭС14-2538; Определение ВС РФ от 13.03.15 № 307-ЭС14-4768.

<sup>10</sup> Постановления Президиума ВАС от 13.05.2014 № 19371/13 и от 22.04.2014 № 19891/13.

<sup>11</sup> Постановление Президиума ВАС от 03.12.2013 № 10147/13.

<sup>12</sup> Постановление Президиума ВАС от 27.03.2012 № 12888/11.



заказчику, — сам по себе факт выполнения работ не означает возникновения у заказчика обязанности оплатить их результат, если он *не сдан подрядчиком*<sup>13</sup>. Это полностью соответствует прежним разъяснениям ВАС РФ, согласно которым основанием возникновения обязанности заказчика по *оплате* работ является *сдача* подрядчиком результата работ<sup>14</sup>.

Таким образом, обязанности заказчика организовать приемку результата работ корреспондирует обязанность подрядчика сдать результат заказчику, без чего оплата работ не может быть осуществлена. Поэтому отсутствие, например, доказательств направления заказчику уведомления о готовности объекта к сдаче и необходимости принять результат работ может служить основанием в отказе от оплаты.

Вместе с тем сам по себе факт наличия некоторых недостатков в выполненных работах не может являться безусловным основанием для отказа заказчика от приемки и оплаты работ<sup>15</sup>. Защита интересов заказчика в этом случае должна осуществляться посредством предъявления подрядчику требований, предусмотренных п. 1 ст. 723 ГК РФ: о безвозмездном устранении недостатков в разумный срок, соразмерном уменьшении установленной за работу цены или возмещении своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика их устраниять предусмотрено в договоре подряда.

При подготовке договора генподряда следует также иметь в виду, что несмотря на то, что согласно разъяснениям ВАС РФ акты КС-2 не являются актами приемки отдельных этапов работ по смыслу п. 3 ст. 753 ГК РФ, а лишь подтверждают выполнение промежуточных работ для проведения расчетов<sup>16</sup>, судебная практика по этому вопросу достаточно противоречива. Соответственно, вопросы подтверждения выполнения промежуточных работ, проведения текущих взаиморасчетов и сдачи-приемки результата работ должны быть детально прописаны в договоре.

В том числе необходимо принимать во внимание правовые позиции ВАС РФ, согласно которым задолженность по оплате работ может быть взыскана на основании актов КС-2, если такой порядок расчетов предусмотрен договором<sup>17</sup>.

Кроме того, согласно разъяснениям ВАС и ВС РФ само по себе наличие акта приемки работ, подписанного заказчиком, не лишает заказчика права представить суду возражения по объему и стоимости работ<sup>18</sup>. Для целей доказывания наличия недостатков выполненных работ, стоимости работ по их устраниению (стоимости ненадлежащим образом выполненных работ, не подлежащих оплате) может быть назначена экспертиза (п. 5 ст. 720 ГК РФ). Соответственно, договор должен содержать механизм ее проведения.

<sup>13</sup> Определение ВС РФ от 09.02.15 № 309-ЭС14-1949.

<sup>14</sup> Пункт 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51.

<sup>15</sup> Постановление Президиума ВАС от 27.03.12 № 12888/11.

<sup>16</sup> Пункт 18 Информационного письма Президиума ВАС от 24.01.2000 № 51.

<sup>17</sup> Постановления Президиума ВАС РФ от 29.03.11 № 14344/10 и от 09.03.11 № 13765/10.

<sup>18</sup> Пункт 12 Информационного письма Президиума ВАС от 24.01.2000 № 51; постановление Президиума ВАС от 22.04.14 № 19891/13; определение ВС РФ от 24.12.14 по делу № 310-ЭС14-2757.

В целях минимизации рисков, связанных с утратой возможности предъявления к подрядчику требований, связанных с недостатками качества выполненных работ, в договоре подряда должно быть уделено пристальное внимание вопросам осуществления заказчиком (привлеченной им специализированной организацией) контроля за выполнением работ, а также процедуре сдачи и приемки результата выполненных работ.

#### e) Субподряд и организация строительства.

Согласно п. 1 ст. 706 ГК РФ подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц (субподрядчиков), если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично. В этом случае подрядчик выступает в проекте в качестве генерального подрядчика. Договором генподряда может быть предусмотрено, что генподрядчик имеет право привлекать к выполнению работ субподрядчиков только с согласия заказчика.

По общему правилу генподрядчик несет перед заказчиком ответственность за последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субподрядчиком, а перед субподрядчиком — ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по договору подряда (ст. 706 ГК РФ). Поэтому оплата генподрядчиком выполненных субподрядчиком работ должна производиться независимо от оплаты работ заказчиком генеральному подрядчику (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51).

ГК РФ не исключает возможности самостоятельного привлечения заказчиком субподрядчиков к выполнению отдельных работ. Так, согласно п. 4 ст. 706 ГК РФ с согласия генерального подрядчика заказчик вправе заключить договоры на выполнение отдельных работ с другими лицами. В этом случае указанные лица несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение работы непосредственно перед заказчиком.

Поскольку привлечение прямых подрядчиков заказчиком в силу п. 4 ст. 706 ГК РФ требует согласия генерального подрядчика, вопрос об организации выполнения работ может быть оговорен сторонами как при заключении договора генерального подряда, так и при получении такого согласия. Эти функции могут быть возложены на генподрядчика, либо их может взять на себя заказчик, либо передать их осуществление от своего имени техническому заказчику (п. 22 ст. 1 ГрК РФ).

Схожей является модель, закрепленная в ст. 707 ГК РФ, предусматривающей возможность привлечения заказчиком к выполнению работы нескольких лиц (подрядчиков). Разница состоит в том, что такие подрядчики являются равными по отношению друг к другу (в отличие от субподрядчика, по отношению к которому генеральный подрядчик выступает в качестве заказчика). При неделимости предмета обязательства такие подрядчики в силу п. 1 ст. 707 ГК РФ признаются по отношению к заказчику солидарными должниками и соответственно солидарными кредиторами.

#### f) ЕРС-контракт.

В международной практике распространены ситуации, когда на генерального подрядчика возлагаются также функции генерального проектировщика



(ЕРС-контракт). В рамках российского законодательства такое совмещение, безусловно, возможно<sup>19</sup>. Как правило, такое совмещение аргументировано, например при реализации крупных инфраструктурных проектов — необходимостью соблюдения сжатых сроков проектирования и строительства. Вместе с тем с нашей точки зрения, целесообразно разработать проектной документации и выполнение строительных работ на ее основе поручать разным лицам. Это позволит исключить возможность недобросовестного поведения генподрядчика при выполнении проектных работ, которое может быть выражено в некой «оптимизации» — применении невыгодных для заказчика проектных решений. На генерального проектировщика в данном случае могут быть возложены функции авторского надзора за строительством (это прямо предусмотрено п. 2 ст. 1259 ГК РФ), а также функции по осуществлению строительного контроля (если для этих целей не привлекается специализированная инженерная организация). Генподрядчик и генпроектировщик должны обладать соответствующими допусками СРО к производству работ, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства. Отношения генпроектировщика с заказчиком регулируются заключенным между ними договором на выполнение проектных и изыскательских работ (§ 4 гл. 37 ГК РФ).

#### g) Применение положений ФИДИК.

В российской практике формы ФИДИК рассматриваются в качестве документов, унифицирующих обычай делового оборота, связанные с выполнением строительных и инженерных работ, которые могут применяться лишь в части, не противоречащей нормам законодательства РФ, и с учетом иных условий договора. Оптимальной, с нашей точки зрения, является не адаптация форм ФИДИК к условиям реализации проекта на территории России, а использование (инкорпорирование) содержащихся в них отдельных правовых конструкций в договорах, структурируемых по российскому праву. На сегодняшний день российские суды достаточно лояльно относятся к использованию известных ФИДИК конструкций, прямо не предусмотренных российским правом, но не противоречащих ему. В качестве примера можно привести судебную практику разрешения споров, связанных с таким способом обеспечения исполнения обязательств подрядчика, как «гарантийное удержание» (Retention Money)<sup>20</sup>. Российские банки также учитывают предусмотренные проформами ФИДИК виды банковских гарантий (тендерная гарантия (Tender Security), гарантия авансового платежа (Advance Payment Guarantee), гарантия платежа заказчика (Payment Guarantee by Employer) и др.) и включают их

<sup>19</sup> См., например: п. 2 ст. 743 ГК РФ. Кроме того, в настоящее время в Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ нормативно закреплен термин «контракт жизненного цикла», под которым понимается контракт, предусматривающий закупку товара или работы, последующее обслуживание, эксплуатацию в течение срока службы, ремонт, утилизацию поставленного товара или созданного в результате выполнения работы объекта.

<sup>20</sup> См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17.04.2012 по делу № А79-2134/2011; постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 06.09.2012 по делу № А33-10493/2011; постановление ФАС Московского округа от 08.02.2012 по делу № А40-45689/11-56-367 и др.

в состав предлагаемых клиентам продуктов. То же самое можно сказать о предложениях по комплексному страхованию строительных рисков на рынке страховых услуг. С учетом изложенного структурирование договора, оформляющего отношения сторон в сфере капитального строительства, целесообразно основывать на принципе инкорпорирования в разрабатываемый контракт приемлемых и обеспечивающих защиту интересов сторон юридических механизмов и конструкций, используемых в стандартизованных формах международных контрактов, с их адаптацией к особенностям реализации проекта с учетом национального законодательства (включая публичноправовые нормы) и актуальной судебной практики.

#### 3. Договоры между заказчиком-застройщиком и техническим заказчиком, инженерной организацией

Согласно п. 22 ст. 1 ГрК РФ техническим заказчиком является лицо, которое уполномочено застройщиком и *от имени застройщика*:

- *заключает договоры о выполнении инженерных изысканий, о подготовке проектной документации, о строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства;*
- *подготавливает задания на выполнение указанных видов работ;*
- *предоставляет подрядчикам необходимые для выполнения ими работ материалы и документы;*
- *утверждает проектную документацию;*
- *подписывает документы, необходимые для получения разрешения на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию;*
- *осуществляет иные функции*, предусмотренные ГрК РФ.

ГрК РФ допускает возможность осуществления функций технического заказчика застройщиком самостоятельно.

Отношения между застройщиком и техническим заказчиком квалифицируются в судебной практике в зависимости от условий заключенного между ними договора. Когда такой договор предусматривает осуществление техническим заказчиком юридических и фактических действий от имени и за счет застройщика, отношения квалифицируются как *агентские*. Договоры, в соответствии с которыми техническому заказчику поручается осуществление функций *контроля и технического надзора* за строительством, квалифицируются судами как договоры *возмездного оказания услуг*. В случаях, когда условия договора предусматривают как осуществление техническим заказчиком от имени и за счет инвестора юридических и фактических действий, так и оказание иных услуг, судебная практика оценивает такие договоры как *смешанные* (п. 3 ст. 421 ГК РФ), включающие элементы договора агентирования и элементы договора возмездного оказания услуг.

Представляется, что к отношениям между застройщиком и техническим заказчиком, структурированным по модели, предусмотренной п. 22 ст. 1 ГрК РФ, должны применяться нормы гл. 52 ГК РФ «Агентирование», а также гл. 49 ГК РФ «Поручение», поскольку по смыслу п. 22 ст. 1 ГрК РФ технический заказчик в отношениях с третьими лицами при реализации проекта действует от имени застройщика. Вместе с тем не исключено структурирование отношений с техническим заказчиком по модели договора комиссии (гл. 51 ГК РФ).



Согласно п. 1 ст. 748 ГК РФ заказчик вправе осуществлять контроль и надзор за ходом и качеством выполняемых работ, соблюдением сроков их выполнения (графика), качеством предоставленных подрядчиком материалов, а также правильностью использования подрядчиком материалов заказчика, не вмешиваясь при этом в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика.

В соответствии со ст. 53 ГрК РФ строительный контроль проводится лицом, осуществляющим строительство. Если строительство осуществляется застройщиком не самостоятельно, а с привлечением генподрядчика, строительный контроль также осуществляется застройщиком или техническим заказчиком. Выполнение функций строительного контроля может быть поручено третьему лицу (специализированной организации). Для осуществления авторского надзора за строительством застройщиком или техническим заказчиком привлекаются автор проекта и другие разработчики проектной документации<sup>21</sup>.

В гражданском-правовом смысле привлеченное застройщиком или техническим заказчиком для осуществления строительного контроля лицо является инженером (ст. 749 ГК РФ)<sup>22</sup>. При этом функции инженера ( осуществление строительного контроля) могут выполняться и самим техническим заказчиком (п. 2 ст. 53, п. 22 ст. 1 ГрК РФ). Договор между заказчиком строительства и инженером, в соответствии с которым инженер осуществляет контроль и надзор за строительством, как следует из ст. 749 ГК РФ, является договором возмездного оказания услуг.

При структурировании отношений с техническим заказчиком или инженерной организацией по модели, содержащей элементы договора об оказании услуг, необходимо четко определить условия, когда соответствующие услуги считаются оказанными, как они оплачиваются, а также установить ответственность за неоказание (некачественное оказание) тех или иных услуг (некачественный контроль и надзор за строительством и проч.).

Кроме того, целесообразно использовать такие новеллы ГК РФ в части обязательственного права, как, например, плата за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ), которая может быть использована в качестве некой компенсации экономических потерь застройщика в случае одностороннего отказа исполнителя от договора, не связанного с нарушением застройщиком своих обязательств.

Распространенной ошибкой является стремление возложить на технического заказчика ответственность за обязательства генерального подрядчика (сроки и качество). В этом случае возникают риски перевалификации отношений с техническим заказчиком

в подрядные (постановление Президиума ВАС РФ от 30.07.12 № 1456/12). Следствием этого может быть ответственность застройщика перед техническим заказчиком (генподрядчиком) за исполнение обязательств заказчика, предусмотренных гл. 37 ГК РФ и утрата возможности предъявления специальных требований к техническому заказчику в отношении оказания им услуг по контролю и надзору за строительством.

Ввиду изложенного только четкая структура договорных отношений между участниками проекта и правильное с точки зрения законодательства распределение функций позволит минимизировать риски инвестора и застройщика. Ответственность за организацию строительства, сроки выполнения работ и их качество несет генеральный подрядчик. Попытки переложить эту ответственность на технического заказчика чреваты ослаблением структуры договорных отношений в целом и влекут для инвестора дополнительные риски.

Технический заказчик привлекается в проект для выполнения, по сути, функций заказчика. Если нарушение сроков строительства или ненадлежащее качество работ вызваны обстоятельствами, за которые отвечает не генеральный подрядчик, а заказчик (несвоевременная передача площадки для строительства, разрешения на строительство и т.п.), застройщик может предъявить соответствующие требования к техническому заказчику.

#### Литература:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 6 апреля 2015 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. 5 дек. Ст. 743.
2. Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ (ред. от 28 декабря 2013 г.) «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляющейся в форме капитальных вложений» // СЗ РФ. 1999. № 9. 1 марта. Ст. 1096.
3. Градостроительный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ (ред. Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 224-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс»).
4. Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9.
5. Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13096/12 // СПС «КонсультантПлюс».
6. Федеральный закон от 08 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
7. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» // СПС «КонсультантПлюс».
8. Положение по проведению строительного контроля при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства СДОС-03-2009, принятое решением Наблюдательного совета ЕС ОС Ростехнадзора от 20.07.2009 № 30-БС, авторский надзор отнесен к одному из видов строительного контроля.

<sup>21</sup> Согласно Положению по проведению строительного контроля при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте объектов капитального строительства (СДОС-03-2009), принятому решением Наблюдательного совета ЕС ОС Ростехнадзора от 20.07.2009 № 30-БС, авторский надзор отнесен к одному из видов строительного контроля.

<sup>22</sup> Аналогичная позиция выражена, например, в письме Министерства региона РФ от 30.04.2010 № 17906-ИП/08.