

Просрочка подрядчика (заказчика): проблемы фиксации и доказывания

В СТАТЬЕ ОСВЕЩАЮТСЯ ПРОБЛЕМЫ СВОЕВРЕМЕННОЙ И ДЕТАЛЬНОЙ ФИКСАЦИИ НАРУШЕНИЙ ДОГОВОРОВ ПОДРЯДЧИКАМИ И ЗАКАЗЧИКАМИ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА. ВВИДУ ОСОБЕННОСТЕЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ПРАКТИКИ И МЕНТАЛИТЕТА МНОГОЧИСЛЕННЫХ УЧАСТНИКОВ СТРОИТЕЛЬСТВА ОЧЕНЬ ЧАСТО ИСПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРА СТОРОНАМИ ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ В ОТРЫВЕ ОТ СОГЛАСОВАННЫХ УСЛОВИЙ, ПО-СВОЙСКИ. В РЕЗУЛЬТАТЕ В СЛУЧАЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ КОНФЛИКТНОЙ СИТУАЦИИ И ОБРАЩЕНИЯ В СУД БЫВАЕТ КРАЙНЕ ТРУДНО ДОКАЗАТЬ ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА В УСЛОВИЯХ ФОРМАЛИЗОВАННОГО АРБИТРАЖНОГО ПРОЦЕССА. В СТАТЬЕ ПРЕДЛАГАЕТСЯ РАССМОТРЕТЬ ПРИМЕРЫ ИЗ ПРАКТИКИ, А ТАКЖЕ СПОСОБЫ РЕШЕНИЯ ПОДОБНЫХ ПРОБЛЕМ.



Максим Валерьевич КАМЕНКОВ

адвокат, юрист Адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Ключевые слова: договор подряда, исполнение договора, просрочка, предоставление технических условий, фиксация нарушений, обеспечение доказательств

В сфере строительства между заказчиками работ и их исполнителями, как правило, складывается два вида отношений: по поводу производства работ и в связи с ним. Первые регулируются нормами, относящимися к модели договора подряда, вторые — возмездного оказания услуг, агентирования, поручения.

Попытки заинтересованных лиц выдумать свой, отличный от предусмотренного в законе тип договора в подавляющем большинстве случаев терпят неудачу: суды раз за разом квалифицируют сложившиеся между сторонами отношения согласно правилам соответствующих глав Гражданского кодекса РФ. Сказанное наглядно подтверждается и закрепленными в одном из Постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ¹ разъяснениями, которые ограничили широту взглядов и подходов к так называемым инвестиционным договорам предусмотренными в ГК конструкциями подряда, купли-продажи, товарищества.

¹ Пункты 4, 6 Постановления 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».

Рассматривая имеющееся регулирование правоотношений по поводу производства работ, нельзя не отметить, что глава 37 ГК («Подряд») содержит объемное и в целом качественное нормативное регулирование всех этапов подрядных отношений, начиная с заключения договора и заканчивая прекращением возникших из него обязательств. Данные правила обладают и достаточной степенью диспозитивности, за исключением формообразующих для данного типа договора положений. В настоящий момент именно закрепленные в главе 37 ГК нормы составляют основу правового поля строительства (проектирования).

**ЛЮДИ, РУКАМИ КОТОРЫХ РЕАЛЬНО
ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ СТРОЙКА,
СОВЕРШЕННО ПО-СВОЕМУ ТОЛКУЮТ
ДОГОВОРНЫЕ УСЛОВИЯ, А ЗАКОН
РАССМАТРИВАЮТ КАК ОТОРВАННУЮ
ОТ ЖИЗНИ ФАНТАСТИКУ**

Однако правила ГК о строительстве характеризуются максимальной степенью обобщения, оторванностью от реальности строительной сферы, направленностью на то, как должно быть, а не на то, как есть на самом деле. ГК в общих положениях о подряде и в посвященных напрямую строительству и проектированию параграфах подразумевает очень плотное взаимодействие заказчика и подрядчика, причем вне зависимости от степени конфликтности отношений. Более того, правила Кодекса в целом обобщенно подходят к понятию участвующих в отношениях сторон, вопросу предмета договора, сроков, стоимости, расходов и т.д.

Между тем уже давно не секрет, что как установленные законом, так и согласованные сторонами условия в большинстве случаев остаются только в тексте договора. В реальной жизни процесс подрядных отношений (особенно в сфере строительства и проектирования) подвержен значительному воздействию сложившихся на практике обычаев, которые предусматривают и активное участие в строительстве не имеющих четкого статуса начальников участков и руководителей проектов (зачастую без доверенностей), и особенный подход к высчитыванию сроков, и определенный порядок согласования, и даже отличный от определенного в договоре порядок авансирования и расчета стоимости договора. И во всех случаях лица, руками которых реально осуществляется стройка, совершенно по-своему толкуют договорные условия, а закон рассматривают как оторванную от жизни фантастику.

В итоге достаточно объемная и живая часть строительных отношений просто выпадает из правового поля (даже с учетом признания правового обычая источником права), и в момент перехода отношений заказчиков и подрядчиков в конфликтную стадию происходит самый настоящий диссонанс жизни и права. В этих условиях как тяжущиеся стороны, так и суды вынуждены абстрагироваться от действительности, приняться за обобщение и в итоге упускать из виду конкретные детали и особенности каждого отдельного случая. Подобный подход ожидаемо приводит к правовой неопределенности, а порой даже к полной непредсказуемости строительных споров.

Мы не преследуем цель предложить новый вариант регулирования, но предлагаем рассмотреть наиболее известные случаи, когда ввиду чрезвычайной обобщенности закона выходящая за его пределы строительная практика заставляет поломать голову при доказывании фактических обстоятельств совершения или несовершения действий, на которые делает ключевые ссылки закон.

Просрочка подрядчика

В соответствии со ст. 708 ГК, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не предусмотрено договором, подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы.

В целом понятная и недвусмысленная норма: подрядчик отвечает за просрочку, тем более что срок является существенным условием договора, а «вечное» строительство, за исключением отдельных нашумевших случаев, не имеет коммерческого смысла.

Однако на практике не всегда легко доказать факт просрочки.

Обычно просрочка подразумевает отсутствие результата работ (его отдельных элементов) к обусловленному в договоре сроку окончания строительства или отдельного его этапа. Очень редко случается, что стороны в качестве просрочки оговаривают факт бездействия подрядчика с момента предусмотренного сторонами условия о начале производства работ.

С точки зрения доказывания факта просрочки хорошо, если договор грамотно и качественно составлен со всеми приложениями, а лучше всего — когда он не подразумевает производства сложной, комплексной вещи. Не менее удобно, если договором предусматривалось создание, например, здания, а к назначенному сроку на площадке только котлован. Однако в сфере строительства далеко не всегда даже для эксперта очевидно, что такое результат работы по договору. Еще более проблематичным становится его определение, когда договор и техническая, а следом проектная документация (если мы берем договор комплексного строительства) оформляются не сразу, а постепенно, получают многочисленные правки и дополнения в процессе строительства, в конечном итоге меняющие предмет договора, и иногда на все сто процентов.

В итоге, на взгляд заказчика, результат работы к сроку не достигнут, а подрядчик утверждает о полной готовности объекта. Начинается лихорадочный обмен письмами, направление по заказной почте проектов и бумаг (с описью вложения, иногда без), стороны копят папки с многочисленными письмами, а затем весь ворох разнообразной макулатуры отправляется в суд и предлагается для оценки. Но реально оценивать нечего — документы зачастую содержат в себе только субъективную оценку сторонами имеющихся обстоятельств.

В подобных случаях суды назначают экспертизу для установления не только факта готовности объекта, но и объемов, цены строительства и качества выполненных работ. (Ведь сама по себе просрочка по положениям ГК не означает невозможности подрядчика получить возмещение расходов.) Обычно возможны следующие варианты: либо экспертиза установит, что объект не был выполнен к сроку (в большинстве случаев это можно сделать, если работы были приостановлены и к моменту производства экспертизы более не велись), либо суд на основе сопоставления всех имеющихся обстоятельств определит правомерность поведения заказчика или подрядчика. Ведь ст. 708 ГК не существует изолированно и действует во взаимосвязи, в частности, со ст. 716, 721, 753 ГК. Так, в одном из дел суд признал несостоятельными ссылки генподрядчика на некачественно выполненные работы и наличие просрочки субподрядчика ввиду

несоблюдения ст. 753 ГК о мотивированном отказе от подписания актов приемки². В другом случае суд признал достаточной для признания просрочки недоказанность подрядчиком факта выполнения работ к установленному сроку³.

Иногда суды подробно (не без помощи опытных юристов-судебников) сопоставляют имеющиеся крупницы информации о действиях сторон в процессе исполнения договора и выявляют вероятный момент просрочки. Так, в постановлении ФАС Московского округа от 22.01.2013 по делу № А40-83287/12-67-64 требования заказчика работ были правомерно удовлетворены только частично, поскольку работы сдавались поэтапно и к сроку, предусмотренному контрактом, большая часть была уже выполнена. Хотя чаще всего такое сопоставление совершается на основе подписанных актов и констатирует факт просрочки, признанный сторонами при подписании соответствующих документов⁴.

**ФАКТ ПРОСРОЧКИ ЖЕЛАТЕЛЬНО
ФИКСИРОВАТЬ СРАЗУ И СО ВСЕМИ
ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМИ, НЕ ОСТАВЛЯЯ
ЕГО УСТАНОВЛЕНИЕ ЭКСПЕРТИЗЕ**

В реальности в описанных случаях строительство либо не велось, либо велось не по договору, а в соответствии со взглядом специалистов, далеких от права, зато хорошо знающих строительную действительность. Но в суде, особенно арбитражном, производство ведется по документам. В нем невозможно использовать часто встречающееся объяснение о том, что такой-то (прораб, сметчик, заместитель начальника) обещал, но не сделал.

В этих условиях очень важна максимально оперативная и полная фиксация фактов. Ведь формально закон говорит о просрочке, поэтому именно факт просрочки желательно фиксировать сразу и со всеми обстоятельствами, не оставляя его установление экспертизе.

Статья 715 ГК

Специальные последствия недобросовестного отношения подрядчика к срокам выполнения работ установлены в ст. 715 ГК.

В ней предусматривается возможность заказчика отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков, «если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным» (п. 2). Последняя фраза вносит особую сумятицу.

Мало того что непонятно, как должна устанавливаться «явная невозможность выполнения», так еще и конечный срок играет второстепенную роль и служит маркером для установления такой невозможности выполнения, теряя приданную ему ст. 708 ГК определенность.

² Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 05.05.2009 по делу № А11-9368/2008-К1-13/236.

³ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.05.2009 № Ф04-2306/2009(4859-А70-44).

⁴ Постановления ФАС Московского округа от 29.11.2012 по делу № А40-118437/11-96-556, от 21.01.2013 по делу № А40-65860/12-143-48.

На практике невозможность выполнения устанавливается уже известным нам методом сопоставления всех сведений об обстоятельствах стройки и факта готовности объекта (по данным экспертизы). В расчет принимается также поведение сторон. Надо ли говорить, что в такой ситуации оперативная фиксация всех допущенных подрядчиком нарушений является наиболее правильным средством последующего доказывания своей позиции.

Например, в постановлении от 06.11.2012 по делу № А41-2583/12 ФАС Московского округа признал правомерным отказ заказчика от исполнения договора по ст. 715 ГК и отверг доводы подрядчика, поскольку последний не представил каких-либо доказательств, свидетельствующих об ограничении доступа подрядчика к месту производства работ (п. 1). В другом деле суд признал обоснованным применение ст. 715 ГК и взыскание с подрядчика сумм неосновательного обогащения (выплаченного аванса), поскольку последний к выполнению работ не приступил, акты выполненных работ между сторонами не подписаны и заказчик отказался от исполнения договора в одностороннем порядке⁵.

Постановлением же от 05.12.2012 по делу № А40-30367/12-159-273 ФАС Московского округа отказал заказчику во взыскании аванса, поскольку он не выполнил встречное обязательство по договору и не представил подрядчику техническую документацию, необходимую для выполнения работ, а подрядчик выполнил и сдал по одностороннему акту работы, оплаченные авансом заказчика.

Вина, просрочка заказчика и ст. 716, 719 ГК

В соответствии со ст. 404 ГК, если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Данные правила применяются и при ответственности лиц на началах риска.

В главе 37 ГК достаточно много положений, которые обязывают заказчика плотно работать с подрядчиком: это и ст. 747, обязывающая заказчика предоставить площадку и необходимые исходные данные, и ст. 748, предусматривающая обязанность заказчика реагировать на нарушение подрядчиком условий договора при осуществлении надзора за строительством; нельзя забывать и о правилах приемки работ заказчиком по ст. 753 и необходимости своевременной реакции с указанием мотивов при отказе от подписания актов.

В свою очередь, согласно ст. 716 ГК подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу при обнаружении независимых от подрядчика обстоятельств. Подрядчик, не предупредивший заказчика об указанных обстоятельствах либо продолживший работу, не дожидаясь истечения указанного в договоре срока, а при его отсутствии — разумного срока для ответа на предупреждение, или несмотря на своевременное указание заказчика о прекращении работы, не вправе при предъявлении к нему или им к заказчику соответствующих требований ссылаться на указанные обстоятельства.

⁵ Постановление ФАС Московского округа от 27.12.2012 по делу № А40-45012/12-50-406.

Согласно ст. 719 ГК подрядчик не имеет права осуществлять работы без получения технической документации от заказчика.

Но нередки ситуации, когда приведенные нормы бережно переносятся в тексты договоров, однако на практике толкуются и применяются по обстоятельствам. Например, заказчик должен передать подрядчику земельный участок, а тот пока еще не принадлежит заказчику на законных основаниях, и подрядчик под честное слово берется за объект, а затем начинаются проблемы с самовольной постройкой. Или заказчик должен обеспечить подрядчику технические условия для стройки, но такой возможности у него нет, или вообще нет точек доступа к инженерным сетям на площадке, и подрядчик добровольно проводит коммуникации, тратит время и свои ресурсы для обеспечения строительства, которое невозможно без соответствующей инфраструктуры, допускает просрочку и оказывается виноват и по договору, и по закону. Не реже бывает и так, что подрядчик усердно работает, однако в результате совокупности нарушений заказчика допускает просрочку, а последний отказывается от исполнения по правилам ст. 715 ГК, а доказывать вину и просрочку заказчика снова приходится «по совокупности».

**НЕРЕДКИ СИТУАЦИИ, КОГДА
ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ НОРМЫ БЕРЕЖНО
ПЕРЕНОСЯТСЯ В ТЕКСТЫ ДОГОВОРОВ,
ОДНАКО НА ПРАКТИКЕ ТОЛКУЮТСЯ И
ПРИМЕНЯЮТСЯ ПО ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ**

Возникает ситуация, когда законом предусмотрено плотное взаимодействие с подрядчиком и необходимость его реакции на действия заказчика, но в суде наличие такой реакции доказывают косвенными обстоятельствами и ссылками на сопутствующие строительству документы.

Так, постановлением ФАС Волго-Вятского округа от 13.08.2012 по делу № А11-10912/2011 было признано правомерным привлечение общества к ответственности за просрочку, поскольку оно не приостановило выполнение предусмотренных договором работ и не уведило заказчика о наступлении обстоятельств непреодолимой силы и поэтому не вправе ссылаться на указанные обстоятельства при предъявлении к нему претензий со стороны заказчика.

Постановлением ФАС Московского округа от 29.01.2013 по делу № А40-37922/12-32-348 была взыскана неустойка с подрядчика, даже несмотря на наличие нарушений со стороны заказчика, поскольку подрядчик не воспользовался правом на приостановление работ в связи с невозможностью их выполнения по причине непредоставления технической документации. В другом деле суд признал несостоятельными доводы подрядчика о том, что просрочка выполнения работ была вызвана неполучением от истца проектной документации, поскольку «суду не было представлено доказательств, свидетельствующих об обращении ответчика к истцу с сообщением о приостановлении работ до предоставления необходимой документации»⁶.

⁶ Постановления ФАС Московского округа от 12.12.2012 по делу № А40-32763/12-140-39, от 12.11.2012 по делу № А40-123081/11-69-1074.

Проблемы определения дополнительных работ

Согласно ст. 709 ГК, если возникла необходимость в проведении дополнительных работ, подрядчик обязан своевременно предупредить об этом заказчика. Подрядчик, своевременно не предупредивший заказчика о необходимости превышения указанной в договоре цены работы, обязан выполнить договор, сохраняя право на оплату работы по цене, определенной в договоре.

В строительной практике дополнительные работы возникают в результате многочисленных правок и дополнений со стороны заказчика. Нельзя упускать из виду и установленную ВАС РФ категорию самостоятельных работ, т.е. работ за гранью предмета договора⁷. Многие из этих правок и дополнений влияют на расходы подрядчика, однако настолько растворяются в процессе производства работ, что в дальнейшем даже путем экспертизы достаточно сложно установить, какие работы изначально предполагались проектом, а какие являлись дополнительными. С учетом крайне запутанной и несистематизированной переписки сторон установить вопрос согласованности порой бывает еще более затруднительно.

Так, в одном из дел суд, подробно исследуя все хитросплетения сложившихся отношений, установил несоответствие между договором и проектом с одной стороны и рабочей документацией вместе с актами КС-2 и справками КС-3 с другой. Предметом спора сторон являлось значительное увеличение окончательной стоимости проекта, с чем никак не хотел соглашаться заказчик. В результате суд обоснованно отметил, что поскольку заказчик принял в полном объеме рабочую документацию, следовательно, он согласился с планируемым к строительству объектом по этой рабочей документации. Как следствие, нельзя говорить о полном отсутствии оснований для оплаты дополнительных работ даже с учетом нарушения требований ст. 709 ГК⁸.

Описанные примеры, несомненно, не являются следствием одной конкретной причины: в их основе лежат и в значительной мере обобщенное, «одолженствленное» законодательство, и сохраняющаяся латентность отношений между непосредственными исполнителями со стороны заказчика и подрядчика, и особенности правосознания российских предпринимателей, а также не менее значимая формальность арбитражного процесса, зачастую не позволяющая установить объективную истину (что и не всегда требуется в хозяйственных спорах).

Как следствие, не может быть одного решения, применимого ко всем обстоятельствам и всем случаям. Однако, как можно видеть из приведенных нами примеров, большинство проблем носит во многом субъективный характер: в первую очередь причиной является прямое отступление от условий договора и закона, во вторую — желание специалистов от строительства решить вопросы «по-человечески», «по-свойски», в третью — чрезмерная надежда на различного рода переписку в совокупности с безграничной верой в судебную экспертизу.

Как известно, наиболее сильным препятствием против всего субъективного является максимально объективное. В связи с этим вопрос своевременной и подробной

⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 20.09.2011 № 1302/11.

⁸ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.11.2011 по делу № А56-54724/2009.

фиксации нарушений сторон договора приобретает особое значение. В сущности, ни ГК, ни подзаконные акты не предлагают однозначного средства для подобной фиксации. Следовательно, ориентироваться необходимо как на формально-логические средства, так и на допустимые согласно гражданскому и арбитражному процессу средства доказывания.

Отдельно хочется отметить необходимость наиболее полного участия юристов как на стадии подготовки соглашения, так и на стадии его исполнения. ГК достаточно благосклонно относится к тому, чтобы стороны установили особые порядки принятия работ, выплаты авансов, обнаружения и фиксации отдельных фактов и т.п. Поэтому ничего не мешает сторонам детально прописать отдельные нюансы, чтобы впоследствии не пришлось натягивать обобщенные и идеализированные нормы закона на неказистую действительность. Однако даже многосложные юридические механизмы не будут работать, если оставить их исполнение на усмотрение людей, далеких от осознания значимости четкого следования букве договора, — вся ситуация снова сведется к решению проблем по-свойски.

Так, например, стороны могут предусмотреть особый порядок организации встреч рабочих групп (где неявка стороны будет рассматриваться как соответствующее нарушение условий договора), фотофиксации и видеосъемки нарушений, особые формы документов — актов и протоколов, заранее указать ответственных лиц с оформлением полномочий. Допустимо и определение сторонами порядка назначения независимой экспертизы. Предпочитаемые же в настоящее время строителями «свои» экспертизы являются доказательствами с неопределенным статусом по правилам процессуальных законов.

Для последующего применения в суде всех результатов фиксации необходимо обязательно соблюсти четыре условия: 1) своевременность, 2) детальность, 3) относимость (т.е. по делу, конкретно), 4) беспристрастность (с помощью особой процедуры участия сразу обеих сторон или независимого эксперта).

В связи с этим выглядит интересным обеспечение доказательств нотариусами в порядке главы XX Основ законодательства о нотариате. Эта процедура подразумевает возможность осмотра письменных и вещественных доказательств, допрос свидетелей, а также назначение экспертизы в гораздо более короткие сроки, чем это может быть сделано в рамках судебного процесса⁹.

Хотя, конечно, статус обеспеченных нотариусом доказательств в настоящее время небесспорен в рамках арбитражного процесса и гораздо эффективнее все же отстаивать свою позицию в суде с произведенным нотариусом осмотром письменных доказательств (например, в известной ситуации, когда по письму в описи вложения были отправлены комплекты проектной документации, а в переданных коробках — пустые листы).

⁹ О самой возможности и особенностях обеспечения доказательств подробнее см.: *Бегичев А.В.* Назначение экспертизы нотариусом в порядке обеспечения доказательств // Современное право. 2011. № 8; *Зайцева Т.И.* Нотариальная практика: ответы и вопросы. М., 2008.