



ВЫСШИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ о передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

№ ВАС-1123/13

Москва

12 августа 2013 г.

Коллегия судей Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в составе председательствующего судьи А.И.Бабкина и судей С.Б. Никифорова, С.В. Сарбаша рассмотрела в судебном заседании заявление открытого акционерного общества «Энел ОГК-5» о пересмотре в порядке надзора определения Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2012 по делу № А40-35039/11-8-304 и постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.11.2012 по тому же делу.

В качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, к участию в деле привлечены: общество с ограниченной ответственностью ПКП «ГидроМехСервис» и общество с ограниченной ответственностью «Премиум Инжиниринг». Суд

УСТАНОВИЛ:

открытое акционерное общество «Энел ОГК-5» (заказчик; далее – общество «Энел ОГК-5»), закрытое акционерное общество «РОС

поставка» (подрядчик; далее – общество «РОС поставка») и Уорли Парсонс Юроп Энерджи Сервисес, Лтд (WORLEYPARSONS EUROPE ENERGY SERVICES, LTD) (подрядчик; далее – WP Bulgaria) 31.01.2008 заключили комплексный договор № РОС-КД-ДС/97/34/ДНГ (далее – комплексный договор).

Согласно пункту 2.1 комплексного договора положения статьи 3 («работы предварительного этапа») регулируют отношения сторон по выполнению работ на предварительном этапе реализации реконструкции объекта; положения статьи 4 («существенные условия договора») представляют собой предварительный договор, предметом которого является заключение основного договора, на условиях, соответствующих статье 4, в срок до 10.07.2008. К положениям статьи 4 будут применяться правила статьи 429 Гражданского кодекса Российской Федерации. Положения статей 1 («общие положения»), 6 («форс-мажор»), 7 («конфиденциальность»), 8 («урегулирование споров и арбитраж»), 10 («прочие условия») относятся также к основному договору.

В соответствии со статьей 1 комплексного договора основным договором является договор генерального подряда на реконструкцию системы золошлакоудаления Рефтинской ГРЭС с использованием экологически приемлемых, технологически надежных и экономически целесообразных технологий, включая поставку оборудования, проектирование и строительство.

Исходя из пункта 4.3.1. комплексного договора дата окончания работ приходится на 22.12.2010.

В силу пункта 8.1 данного договора все споры, разногласия и требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе связанные с его заключением, изменением, исполнением, нарушением, расторжением, прекращением или действительностью, подлежат разрешению в Арбитражном суде г. Москвы.

В соответствии с пунктом 3.3 комплексного договора стоимость

работ предварительного этапа, не включающая стоимости приобретаемого оборудования, составила 202 730 844 рубля.

В рамках комплексного договора обществом «Энел ОГК-5» оплачено 786 881 422 рубля в качестве аванса для размещения заказа на оборудование, необходимого для реконструкции объекта.

Названными сторонами 28.08.2008 заключено дополнительное соглашение № 1 к комплексному договору, согласно которому срок выполнения работ предварительного этапа продлен до 15.10.2008, а срок заключения договора генерального подряда – до 10.09.2008.

Поскольку работы предварительного этапа до 15.10.2008 выполнены не были, эти же стороны 22.10.2008 заключили договор генерального подряда № 301/ДНГ (далее – договор генерального подряда) на реконструкцию системы золошлакоудаления Рефтинской ГРЭС (далее – объект) с использованием экологически приемлемых, технологически надежных и экономически целесообразных технологий, включая поставку оборудования, проектирование и строительство.

В соответствии с пунктом 2.1. договора генерального подряда в его предмет включены работы предварительного этапа (этап реализации проекта на реконструкцию объекта с момента подписания комплексного договора до заключения договора генерального подряда), не выполненные обществом «РОС поставка» и компанией WP Bulgaria в рамках комплексного договора.

В силу пункта 5.2 договора генерального подряда дата окончания работ приходится на 22.12.2010.

Согласно пункту 24.1 договора генерального подряда этот договор распространяется на все обязательства подрядчика, возникшие из исполнения предварительного этапа комплексного договора, и на ответственность, связанную с таким исполнением.

Обязательства сторон, вытекающие из комплексного договора и неисполненные на дату вступления в силу настоящего договора, подлежат

исполнению в рамках комплексного договора в соответствии с его условиями, если иное прямо не оговорено в договоре генерального подряда. По исполнении всех таких обязательств сторон комплексный договор подлежит прекращению. Любые положения комплексного договора, противоречащие условиям настоящего договора, не применяются.

Общая стоимость работ по договору генерального подряда составила 6 962 000 000 рублей, из которых 30 процентов (2 088 600 000 рублей) подлежали уплате авансом. При этом размер авансовых платежей за оборудование по этому договору уменьшается на сумму авансовых платежей за оборудование по комплексному договору (786 881 422 рубля).

Соответственно, в рамках договора генерального подряда обществом «Энел ОГК-5» дополнительно оплачено в качестве аванса 1 301 718 578 рублей.

Таким образом, общая сумма авансов, уплаченных обществом «Энел ОГК-5», составила 2 088 600 000 рублей.

В силу пункта 21.1 договора генерального подряда все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе связанные с его заключением, изменением, исполнением, нарушением, расторжением, прекращением или недействительностью, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС при ТПП РФ, международный третейский суд) в соответствии с его Регламентом.

Согласно пунктам 6.1.21, 6.1.22 договора генерального подряда подрядчик обязан в течение 30 рабочих дней после подписания договора предоставить банковскую гарантию надлежащего исполнения договора на сумму, эквивалентную 10 процентам цены договора, а также банковскую гарантию на возврат 100 процентов авансовых платежей, произведенных по комплексному договору.

Обществу «Энел ОГК-5» 20.01.2009 и 13.02.2009 переданы документы, представленные обществом «РОС поставка» в качестве банковских гарантий, о чем составлены соответствующие акты.

Впоследствии в ходе рассмотрения обществом «Энел ОГК-5» возможных вариантов защиты своих прав и интересов в связи с нарушением обществом «РОС поставка» и компанией WP Bulgaria сроков выполнения работ по договору от Газпромбанка, Сбербанка и Департамента экономической безопасности МВД России им была получена информация о том, что представленные под видом банковских гарантий документы ответчикам не выдавались и никаких обязательств не порождают.

Общество «Энел ОГК-5», считая, что обществом «РОС поставка» и компанией WP Bulgaria не представлены подлинные банковские гарантии, чем нарушены указанные положения договора генерального подряда, направило им письма от 09.10.2009 № 6/2871 (2) и от 28.12.2009 № 6/4125, содержащие уведомление о расторжении этого договора и требование представить отчеты о заключении договоров с поставщиками оборудования, проведении проверок расчетов и др.

По истечении 30 дней с момента направления последнего уведомления о расторжении договора общество «Энел ОГК-5» сочло договор генерального подряда расторгнутым в одностороннем порядке с 29.01.2010.

Поскольку общество «РОС поставка» и компания WP Bulgaria аванс не возвратили и необходимых действий в связи с расторжением договора генерального подряда не совершили, общество «Энел ОГК-5» обратилось в МКАС при ТПП РФ с иском о солидарном взыскании с них суммы уплаченных авансовых платежей по договору генерального подряда в размере 2 088 600 000 рублей, переводе на него прав требования общества «РОС поставка» по контрактам от 07.10.2008 № 02-5/175.342/590 и

от 18.02.2009 № 183164, заключенным с компанией Claudius Peters Projects GmbH (с учетом уточнения исковых требований).

Решением МКАС при ТПП РФ от 24.01.2011 с общества «РОС поставка» и компании WP Bulgaria в пользу общества «Энел ОГК-5» солидарно взыскано 2 088 600 000 рублей. На общество «Энел ОГК-5» переведены права по контрактам, заключенным обществом «РОС поставка» с компанией Claudius Peters Projects GmbH.

В удовлетворении встречного иска компании WP Bulgaria о зачете против требования общества «Энел ОГК-5» встречного однородного требования на сумму 174 800,00 евро и 2 579 302, 30 болгарских левов отказано.

Поскольку решение международного третейского суда обществом «РОС поставка» и компанией WP Bulgaria в добровольном порядке исполнено не было, общество «Энел ОГК-5» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Закрытое акционерное общество «РОС поставка» (далее – общество «РОС поставка») и WP Bulgaria в свою очередь обратились с заявлением об отмене указанного решения международного третейского суда.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2012, оставленным без изменения постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.11.2012, в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда отказано, решение третейского суда отменено.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре в порядке надзора оспариваемых судебных актов общество «Энел ОГК-5» просит их отменить, ссылаясь на нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права, а также на нарушение общепризнанных принципов международного права, и принять по делу новый судебный акт.

Как полагает общество «Энел ОГК-5», суды, отменив решение МКАС при ТПП РФ в целом, в отношении всей суммы авансовых платежей, в том числе в отношении требований заявителя о возврате суммы авансовых платежей в размере 1 301 718 578 рублей, уплаченной им в пользу ответчиков по договору генерального подряда, ошибочно посчитали, что требование о возврате указанной денежной суммы связано с условиями комплексного договора. Иск был заявлен и предмет спора в МКАС при ТПП РФ обусловлен расторжением именно договора генерального подряда и не может быть квалифицирован как вытекающий из комплексного договора. Более того, полагая, что часть требований общества «Энел ОГК-5» о возврате суммы авансовых платежей (786 881 422 рублей, уплаченных по комплексному договору) выходит за пределы арбитражной оговорки, закрепленной в договоре генерального подряда, и подпадает под регулирование арбитражной оговорки комплексного договора, суды вправе были отменить решение МКАС при ТПП РФ только в пределах этой части.

Судами не учтено, что, заключая договор генерального подряда, стороны прекратили ранее существовавшие обязательства сторон и создали новые обязательства. В частности, стороны распространили условия договора генерального подряда на отношения, возникшие из комплексного договора, в том числе на ранее уплаченные заявителем авансовые платежи, которые также стали предметом его исковых требований, причем стороны оговорили, что в случае противоречий между условиями комплексного договора и договора генерального подряда должны применяться условия договора генерального подряда. Отказавшись от применения положений комплексного договора в случае их противоречия договору генерального подряда, стороны утратили право на применение условий комплексного договора.

Оценив доводы общества «Энел ОГК-5», содержащиеся в заявлении, и изучив материалы арбитражного дела и третейского дела, судебная

коллегия пришла к выводу о наличии оснований для передачи дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра судебных актов в порядке надзора.

Суд первой инстанции, отказывая в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и отменяя решение третейского суда, исходил из того, что решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, при отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение спора в части требований из комплексного договора.

В обоснование этой позиции суд указал, что комплексный договор по своей правовой природе выступает смешанным договором и является предварительным договором по отношению к договору подряда, а также включает в себя обязательства по выполнению предварительного этапа работ и их оплате.

Исходя из того, что в договоре генерального подряда закреплено, что он распространяется на обязательства подрядчика, возникшие из исполнения предварительного этапа комплексного договора, и на ответственность, связанную с таким неисполнением, кроме того, в нем оговорено, что обязательства из комплексного договора, не исполненные на дату вступления в силу договора генерального подряда, подлежат исполнению в рамках комплексного договора в соответствии с его условиями, если иное не оговорено договором генерального подряда, при этом положений, прямо изменяющих пункт 8.1 комплексного договора о рассмотрении споров по нему в Арбитражном суде города Москвы, договор генерального подряда не содержит, суд пришел к заключению, что со вступлением в силу договора генерального подряда комплексный договор не прекратил свое действие полностью и сохранил свое действие в части оговорки о рассмотрении вытекающих из него споров в Арбитражном суде города Москвы.

Поскольку часть истребованной истцом у ответчиков суммы

(786 881 422 рубля) была выплачена в качестве авансовых платежей по комплексному договору, не содержащему третейской оговорки, а не по договору генерального подряда, суд счел, что МКАС при ТПП РФ был не вправе в этой части рассматривать возникший спор и признал нарушенным пункт 3 параграфа 11 указанного Регламента при определении международным третейским судом собственной компетенции, что, по мнению суда, является самостоятельным основанием для отмены решения.

Суд также отметил, что МКАС при ТПП РФ как при принятии постановления о компетенции, так и при принятии решения не была дана оценка соотношению оговорки, содержащейся в комплексном договоре, и третейской оговорки, содержащейся в договоре генерального подряда, чем нарушены положения пункта 1 параграфа 39 Регламента международного третейского суда.

Помимо этого, основываясь на том, что заявленное после расторжения договора генерального подряда требование о возврате уплаченного аванса не может считаться связанным с договором генерального подряда и по своей юридической природе является внедоговорным требованием о возврате неосновательного обогащения, суд пришел к выводу, что между сторонами отсутствовало арбитражное соглашение о передаче возникшего спора в третейский суд, поскольку в объем арбитражной оговорки, содержащейся в договоре генерального подряда, входят споры, вытекающие из договора, но не входят споры, возникающие по иным основаниям.

Кроме того, суд сослался на то, что принятое третейским судом решение в части перевода на истца прав по контрактам, заключенным обществом «РОС поставка» с компанией Claudius Peters Projects GmbH, затрагивает права и обязанности третьих лиц, не связанных арбитражной оговоркой и не принимавших участия в судебном разбирательстве, тем более, что в контрактах, по которым были переведены права на истца, содержится самостоятельная арбитражная оговорка о рассмотрении

споров, вытекающих из договоров, в Арбитражном суде при Международной торговой палате.

Отметив, что требование истца о возврате авансовых платежей связано с расторжением договора генерального подряда по причине недействительности предоставленных обществом «РОС поставка» банковских гарантий, суд также указал, что недействительность банковских гарантий может быть установлена только на основании решения компетентного суда (арбитража) или на основании приговора по уголовному делу, однако вопрос о действительности банковских гарантий в отдельном арбитражном разбирательстве МКАС при ТПП РФ не разрешался.

Суд кассационной инстанции позицию суда первой инстанции поддержал.

Между тем судами не было учтено следующее.

В силу пункта 3 части 2 статьи 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) в том случае, когда постановления по вопросам, охватываемым третейским соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, арбитражный суд может отменить только ту часть решения третейского суда, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым соглашением о передаче спора на рассмотрение третейского суда.

Из материалов настоящего дела усматривается, что авансовые платежи были выплачены истцом как в рамках комплексного договора, содержащего оговорку о рассмотрении споров в арбитражном суде, так и в рамках договора генерального подряда, закрепившего оговорку о рассмотрении споров в международном третейском суде.

В настоящем случае суд первой инстанции, установив, что часть истребованной истцом у ответчиков суммы (786 881 422 рубля) была выплачена в качестве авансовых платежей по комплексному договору, не

содержащему третейской оговорки, в силу пункта 3 части 2 статьи 233 Кодекса вправе был отменить решение третейского суда в этой части, но не имел оснований для отмены решения третейского суда в части требований, вытекающих из договора генерального подряда, включающего третейскую оговорку.

Отменяя решение международного третейского суда как в отношении требований из комплексного договора, так и требований из договора генерального подряда, суд первой инстанции, тем самым, по существу, лишил общество «Энел ОГК-5» возможности возвратить уплаченную по договору генерального подряда сумму в размере 1 301 718 578 рублей, что не согласуется с принципом надлежащего исполнения обязательств, и привело к нарушению права истца на судебную защиту.

Вывод суда первой инстанции о том, что требование о возврате уплаченного аванса, заявленное после расторжения договора генерального подряда, не может считаться связанным с этим договором и по своей юридической природе является внедоговорным требованием о возврате неосновательного обогащения и, как следствие, арбитражное соглашение о передаче возникшего спора в третейский суд между сторонами в рассматриваемом случае отсутствует, является необоснованным.

Исходя из принципов обязательственного права, любое лицо, уплатившее цену (часть цены) товаров (работ, услуг), вправе требовать возврата уплаченного, если оно не получило встречного удовлетворения по договору, а также требовать возмещения убытков, если иное не установлено законом или договором.

Согласно пунктам 24.3, 24.4 договора генерального подряда заказчик вправе расторгнуть договор в случаях, если подрядчик не предоставляет банковские гарантии в соответствии с пунктами 6.1.21, 6.1.22, 6.1.23, путем направления за 30 дней уведомления подрядчику расторгнуть договор.

В пункте 24.8 договора генерального подряда установлено, что после вступления в силу уведомления заказчика о расторжении договора заказчик после проведения сверки взаиморасчетов выплачивает подрядчику денежные средства за выполненные, но не оплаченные работы, поставленное, но не оплаченное оборудование, если стоимость таких работ, оборудования не покрываются за счет ранее выплаченных авансов, либо подрядчик возвращает заказчику излишне уплаченные денежные средства с учетом выплаченных авансов.

Таким образом, сторонами согласовано условие о возврате авансовых платежей в случае расторжения договора генерального подряда. Общество «Энел-ОГК», уплатившее сумму предварительной оплаты, не получив встречного удовлетворения по договору, вправе требовать возврата уплаченного. Требование о возврате уплаченного в этих условиях является последствием нарушения договорного обязательства и не может быть квалифицировано как внедоговорное требование о возврате неосновательного обогащения.

Отменяя решение международного третейского суда, суд первой инстанции также сослался на то, что недействительность банковских гарантий как основание для расторжения договора генерального подряда и возврата авансовых платежей в настоящем случае не могла быть установлена международным третейским судом, поскольку может быть констатирована только на основании решения компетентного суда (арбитража) в рамках отдельного арбитражного разбирательства или на основании приговора по уголовному делу.

Однако данный вывод суда первой инстанции не согласуется с выводами, сделанными международным третейским судом.

В силу пункта 6.1.23 договора генерального подряда банковские гарантии, предоставляемые заказчиком, должны быть безотзывными, безусловными и выплачиваемыми банком по первому требованию заказчика.

Очевидный факт подделки банковской гарантии согласно международной коммерческой практике дает гаранту право отказаться от платежа.

Исходя из этих положений международный третейский суд, установив факт неоднократного отказа гаранта от признания выдачи спорных гарантий, с учетом представленных в материалы третейского дела документов, констатировал, что спорные банковские гарантии не выдавались гарантом и, как следствие, являются несуществующими и неисполнимыми, что нарушает положения пункта 6.1.23 договора генерального подряда и в силу пункта 24.3 этого же договора выступает основанием для расторжения договора в одностороннем порядке.

Нормативных положений, препятствующих международному третейскому суду квалифицировать обязательство как несуществующее и неисполнимое в рамках рассмотрения заявленного иска о возврате авансовых платежей, в российском законодательстве не имеется.

При таких обстоятельствах, суд признает наличие предусмотренных пунктом 1 части 1 статьи 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации оснований для передачи дела на рассмотрение Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для определения единообразного толкования и применения норм права.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 299, 300, 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Суд

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. передать в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации дело № А40-35039/11-8-304 для пересмотра в порядке надзора определения Арбитражного суда города Москвы от 29.08.2012 и постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.11.2012 по тому же делу.

2. Направить копии определения, заявления и прилагаемых к нему документов лицам, участвующим в деле.

3. Предложить лицам, участвующим в деле, представить в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отзывы на заявление о пересмотре судебных актов в порядке надзора до 16.09.2013.

Председательствующий _____
судья

А.И.Бабкин

Судья _____

С.Б. Никифоров

Судья _____

С.В. Сарбаш