

Peculiarities of FIDIC Contracts Adaptation to the Kazakh Legislation

Особенности адаптации Контрактов ФИДИК к казахстанскому законодательству

Ardak Idayatova, Senior Associate Dispute Resolution Practice AEQUITAS Law Firm, Almaty

Ардак Идаятова, старший юрист практики по разрешению споров юридической фирмы AEQUITAS, Алматы

BACKGROUND

Economic globalization and increasing number of cross-border transactions bring forth the objective need for contract documents unification. In the construction domain, this is resolved through FIDIC model contracts representing standardized forms of contracts for diverse construction operations.

FIDIC model contracts are widely used in the US and Europe, having come to be used in Kazakhstan in the post-Soviet era. According to our observations, FIDIC contracts find use in Kazakhstan only for especially large construction projects financed by private investors or international financial institutions.

FIDIC model contracts were prepared by the International Federation of Consulting Engineers (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils). There are 9 basic FIDIC model contracts covering a broad range of contractual relations in construction, the most popular being the Red Book (design by the employer), Yellow Book (design by the contractor), Silver Book (turnkey projects), and Pink Book (adapted to the requirements of international financial institutions). The latest novelty is the Emerald Book released in 2019 on the basis of the FIDIC Yellow Book and intended for underground construction projects. FIDIC model contracts are periodically amended to take into account the experience of contracts application in practice.

The latest significant amendments were made in December 2018.

The FIDIC contracts exist in the form of unified model forms, the so-called General Conditions. The General Conditions regulate in fair detail the entire process of interaction between the employer and the contractor, from the handover of the construction site to its hand back once the construction is completed. At the same time, they are worded so universally that they can be used anywhere in the world.

The parties do not directly amend the General Conditions. In order to adapt a FIDIC contract to a particular project or a particular country's legislation, the parties prepare and sign a separate document – Particular Conditions – reflecting the specific agreements of the parties and amending the General Conditions.

In addition to the Particular Conditions, the parties must also fill out and sign the Contract Data – a document containing such project data as the names of the parties and the engineer, construction work commencement and completion dates, duration of the guarantee period, deadlines for payments under interim payment certificates, contract's governing law, amount of security (Performance Security), amount of penalty, advance payment details, composition of the Dispute Adjudication Board, place of arbitration, etc.

It should be mentioned that when using a FIDIC contract, the parties decide for themselves which edition

AEQUITAS
LAW FIRM



of a book they intend to use. For example, the parties can choose the 1999 or the 2017 edition of the Red Book.

Offered below for your attention are the key issues that need to be addressed when drafting Particular Conditions in Kazakhstan. In this work we were relying on the latest 2017 edition of the FIDIC Red Book (hereinafter, the «FIDIC Contract»), due to its practical relevance.

LEGAL OVERVIEW

Material Conditions of Contract Agreements

Pursuant to the Kazakh legislation, the following conditions may be generally identified in contracts:

- Material conditions (without agreement on which the contract is not concluded);
- Additional conditions (if no agreement is reached on these conditions, in a number of instances the general statutory approach may apply).

As regards contract agreements, the material terms and conditions are:

- Determination of specific work to be performed under the contract (Article 616.1 of the Civil Code¹);
- Time of work commencement and completion (Article 620.1 of the Civil Code).

Thus, one should keep in mind that if the parties do not agree in the FIDIC Contract on the subject of contract work, as well as the initial and final date of its implementation, then, pursuant to the Kazakh law, such contract would be deemed non-concluded, i. e., not creating

¹ Civil Code of the Republic of Kazakhstan (General and Special Parts) as amended.

the rights and obligations of the parties.

Please also note that other imperative provisions of the Kazakhstan legislation may be applicable to the FIDIC Contract, such as requirements to language, currency and choice of governing law in contracts between two residents, which cannot be disregarded.

Design Documentation

The FIDIC Contract pays little attention to design documentation issues. Although design is not within the scope of contractor's work under the FIDIC Contract, issues relating to the design documentation may be important in the course of contract performance.

Due to this, it is recommended that the parties fill this gap themselves by setting forth in the Particular Conditions an algorithm for the parties to interact on the matters of approval, provision and amendment of design documentation.

FIDIC Contract does not use the term «design documentation», it uses the term «drawings.» According to the FIDIC Contract, drawings are to be provided by the employer. Further in the text of the FIDIC Contract dedicated to drawings is only one Sub-Clause 1.9, whereunder the contractor must notify the engineer in case the necessary drawings are missing. If the requested drawings are not provided by the engineer within the established time, the contractor is entitled to claim the extension of work completion deadlines and compensation.

At the same time, the rules of the Civil Code establish that a contract agreement must determine the composition and content of the design and estimate documentation and set forth which of the parties and within which period must provide the relevant documentation (Article 654.3).

Besides, the Civil Code provides for the consequences of contractor's identifying work that has not been accounted for in the design and estimate documentation. In such circumstances, the contractor must notify the employer and may suspend work if receiving no response within 10 days or another period established by the contract. It is important to note that in case of failure to notify the employer, the contractor is deprived of the right to payment for the additional work performed and to the damages caused thereby.

Hence, Sub-Clause 1.9 of the FIDIC Contract is not sufficient to comply with the requirements of Article 654.3 of the Civil Code.

In the Particular Conditions to the FIDIC Contract, the parties need to provide for an algorithm of their interaction in the course of

preparation, transfer and amendment of the design and estimate documentation, as well as the information on its composition and content. When preparing the Particular Conditions, we would also recommend following the current rules of the CN RK 1.03-00-2011² and CN RK 1.02-03-2011³, which contain detailed regulations regarding the relevant requirements.

Indemnity and Limitation of Liability

The FIDIC Contract contains provisions based on such concept of the English law as exemption from liability (indemnity). The relevant provisions are presented in Sub-Clauses 1.13, 4.2.2, 4.14, 4.16, 5.2, 17.4, 17.5, 17.6 and 19.1 of the FIDIC Contract.

Sub-Clause 1.15 of the FIDIC Contract contains a provision pursuant to which liability of the parties is limited by the amount agreed upon by the parties, or, if such amount is not agreed upon, by the contract price.

These conditions may be unenforceable, because the Kazakhstan legislation does not allow for the possibility to fully exempt from liability. Parties to the contract may limit liability to actual damages, and an agreement exempting from the compensation for actual damages would be null and void (Article 350.2 of the Civil Code).

In view of the above, the aforementioned liability clauses of the FIDIC Contract need to be amended and adapted to the Kazakhstan legislation via Particular Conditions.

Delay Damages and Financial Charges

Sub-Clause 8.8 of the FIDIC Contract provides for damages payable by the contractor for a delay in work completion. The delay damages are understood as the amount to be paid per each day of delay as established by the contract (in the Contract Data). The total amount of delay damages cannot exceed the amount specified in the Particular Conditions.

In the context of Kazakhstan legislation, the above implies penalty. However, in order to avoid ambiguity and controversies, we would recommend replacing the wording «delay damages» by «penalty» in the Particular Conditions. Please

² *Construction Norms of the Republic of Kazakhstan (CN RK) 1.03-00-2011 «Construction Production. Organization of the construction of enterprises, buildings and structures» as amended.*

³ *Construction Norms of the Republic of Kazakhstan (CN RK) 1.02-03-2011 «Procedure for the development, coordination and approval and the composition of the design and estimate documentation for construction» as amended.*



note that since February 2017, due to changes in the relevant provisions of the Civil Code, penalties (recovery of penalty, but not losses) have become possible in Kazakhstan only in cases provided by law.

Similarly, Sub-Clause 14.8 of the FIDIC Contract provides that, in the event of delayed payments under interim payment certificates, the employer must pay to the contractor financial charges compounded monthly on the unpaid amount at the average bank interest rate plus 3%. The Kazakh law is unfamiliar with the term «financial charges.» Since this contractual instrument is similar by nature to penalty, when drafting the Particular Conditions we would recommend replacing the term «financial charges» by «penalty» so that this contract provision does not give rise to further disputes caused by different interpretations.

Figure of the Engineer

The figure of engineer in the FIDIC Contract is the key one. The engineer represents the employer on the construction site and is authorized to resolve differences and make decisions on the contractor's and the employer's claims against each other.

In local practice, the role of the engineer remains unclear. While in terms of representing the employer's interests onsite the role of the engineer is generally similar to the functions of project manager (engineering company) and no particular questions should arise in this respect, the aspect where the engineer is to actually resolve disputes between the parties raises many questions.

Sub-Clause 3.7 of the FIDIC Contract says that the engineer is to act neutrally and is not to be deemed as acting in the interests of the employer. However, as practice shows, ensuring the engineer's neutrality is a task difficult to implement. The essence of construction disputes our firm has worked on often boils down

to the contractor's challenging the engineer's decisions and accusing the latter of bias.

If in the Western practice the duality of engineer's functions raises no questions and is permissible, in Kazakhstan this concept causes anxiety and distrust in the very possibility of ensuring the proper neutrality of the engineer.

Contract Price and Payment Certificates

Article 4.11 of the FIDIC Contract implies the establishment of fixed contract price. In this connection, the following provisions arising from the Civil Code rules concerning prices for work under contract agreements should be taken into account and, if necessary, reflected in the contract.

1) *The work price (budget estimate) may be approximate or fixed. Unless otherwise specified in the contract, the work price (budget estimate) shall be deemed fixed (Article 621.2 of the Civil Code).*

2) *The contractor may not request to increase the fixed price (fixed budget estimate), and the employer – to reduce it, including where at the time of contract conclusion the possibility was excluded to provide for the scope of work subject to performance or the costs necessary for this (Article 621.5 of the Civil Code).*

3) *The contractor may request revision of the budget estimate if, due to reasons beyond his control, the cost of work has exceeded the budget estimate by at least ten per cent (Article 655.3 of the Civil Code).*

4) *In the event the cost of materials and equipment to be provided by the contractor and of services to be rendered to him by third parties has considerably increased after the contract conclusion, the contractor may request to increase the established price (budget estimate), and in case the employer' refuses to satisfy this request, the contractor may request to terminate the contract (Article 621.5 of the Civil Code).*

In our view, Sub-Clauses 14.3 and 14.6 of the FIDIC Contract dedicated to the issuance of interim payment certificates and employer's payments against them also require separate elaboration.

In particular, the FIDIC Contract states that the contractor, on a monthly or other basis, requests the engineer to issue an interim payment certificate containing a report on work performed and the amounts due for such work. Based on such request, the engineer issues the interim payment certificate in which he confirms or does not confirm the stated amounts. Further, on the basis of the certificate issued by the engineer, the employer makes

the corresponding payment to the contractor.

The FIDIC Contract does not define the legal meaning of the interim payment certificate, specifically, whether it means the acceptance of work specified in the certificate, or whether the amounts payable thereunder should be regarded as advance payments. In our practice, we often come across FIDIC contracts, in which interim payment certificates are accompanied by the signing of work completion certificates and issuance of the corresponding invoices. We believe that in this case there is work acceptance in parts.

However, the parties may determine by their agreement that the issuance of interim payment certificates does not constitute work acceptance and the payment thereunder is an advance payment under the contract. This issue is topical from the risk allocation perspective, because pursuant to the Kazakhstan legislation the owner of the construction-in-progress before it is transferred to the employer and the work is paid for is the contractor (Article 651.4 of the Civil Code). This means that until the employer accepts the work, the one who bears the risk of accidental loss of, or damage to, the construction facility or the construction deliverable is the contractor.

Engagement of Subcontractors

Sub-Clause 5.1 of the FIDIC Contract stipulates that the contractor may not subcontract all the scope of contract work. This Sub-Clause requires further detailing in the Particular Conditions subject to the provisions of the Law on Architecture⁴.

In particular, according to Article 66.11 of the Law, the contract agreement must specify on a mandatory basis the types and scope of work the contractor (general contractor) intends to subcontract. At the same time, it is not allowed to subcontract more than two thirds in aggregate of the value of all contracted work (contract price) stated in the contract agreement. Thus, when preparing the Particular Conditions relating to Sub-Clause 5.1 of the FIDIC Contract it is necessary to take into account the above regulations.

Involvement of Technical and Author's Supervision

Pursuant to the Kazakhstan legislation, the construction employer must ensure that the construction of a facility is supported by technical and author's supervision (Article 34-2.2(3) of the Law on Architecture).

⁴ Law No. 242-II of the Republic of Kazakhstan «On Architectural, Town-Planning and Construction Activities in the Republic of Kazakhstan» dated 16 July 2001, as amended.

Technical supervision is the supervision over construction at all stages of project implementation, including quality, deadlines, cost, acceptance of work performed and commissioning of facilities (Article 1.59 of the Law on Architecture).

Author's supervision is the supervision of the author of design documentation over compliance of construction work with the design documentation.

There are no technical and author's supervision provisions in the FIDIC Contract. Accordingly, when adapting the FIDIC Contract to the Kazakh legislation, attention should be paid to the implementation of provisions relating to the technical supervision and author's supervision procedure, as well as to the issues of interaction and coordination of actions of the contractor, engineer and persons carrying out the author's and technical supervision on the construction site.

Work Acceptance

Clause 10 of the FIDIC Contract is dedicated to the acceptance of work performed.

It should be noted that this Clause does not contain the specific aspects of construction facility acceptance established by the Law on Architecture.

In view of the above, when working on Particular Conditions, we would recommend taking into account the following imperative rules:

1) The employer accepts and commissions the built facility when it is completely ready⁵;

2) The employer accepts the work, if the relevant opinions of the author's supervision and technical supervision and the contractor's declaration of compliance are in place⁶.

Attention should be paid to Sub-Clause 10.1 of the FIDIC Contract. It says that in certain circumstances (e. g., if the employer evades work acceptance) the work performed will be deemed accepted by the employer and the certificate of acceptance will be deemed issued.

In our view, this provision may be unrealizable in practice.

In particular, pursuant to the Law on Architecture, acceptance of

⁵ The concept of complete readiness is defined in the Rules for Organizing Housing Development and Passing Permitting Procedures in the Field of Construction approved by Order No. 750 of the Minister of National Economy of the Republic of Kazakhstan dated 30 November 2015.

⁶ The forms of the said opinions are provided in the Order No. 235 of the Minister of Investment and Development of the Republic of Kazakhstan «On the Approval of the Forms of Opinions on the Quality of Construction and Assembly Work and Conformity of the Work Performed to the Design, and of the Declaration of Compliance» dated 24 April 2017.

a built facility is formalized by a certificate signed by the employer, contractor and persons carrying out the author's and technical supervision. Further, the signed acceptance certificate constitutes the basis for entering into the legal cadastre the information on the built facility and serves as the facility's title-establishing document. Due to this, recognition of the construction as completed in the absence of the built facility acceptance certificate signed by the parties looks difficult to implement.

Moreover, the essence of Article 663.4 of the Civil Code suggests that a unilateral certificate of acceptance of work deliverables may be recognized as valid only through court proceedings.

Guarantee Periods

Clause 11 of the FIDIC Contract dwells on the procedure for interaction between the employer and the contractor in the process of detecting and remedying the flaws and defects in the work performed. The Clause, however, does not reflect the following special regulations of the Kazakh legislation, which should be provided for in the Particular Conditions:

1) The Civil Code leaves the guarantee period establishment to the discretion of the parties, i. e., it can be provided or not provided for by the contract. However, the Law on Architecture says that the guarantee period cannot be less than two years from the date of the facility commissioning. The practice today is that the parties prefer to follow the rules of the Law on Architecture and set the minimum two year guarantee period.

2) It is necessary to distinguish between the guarantee period and the latent defects detection period⁷. Article 630.5 of the Civil Code contains a somewhat inadequate language that mixes these two categories of periods. However, one should keep in mind that the minimum period to detect latent defects is 3 years⁸, while the guarantee period is at least 2 years. If the guarantee period agreed by the parties has expired, but the statutory defects detection period is still in effect, the employer may lay a claim against the contractor in connection with the inadequate quality of contract work within the defect detection period.

Preclusive Term for Claims

Sub-Clause 20.2 of the FIDIC Contract provides for a preclusive

⁷ Latent defects are defects that cannot be detected by usual methods of acceptance or those deliberately concealed by the contractor.

⁸ The three year period is established for work relating to buildings and structures.

term for the employer and contractor to lay claims against each other. Generally, this is not contrary to the Kazakh legislation, since the legal theory does identify the preclusive terms.

In particular, according to Sub-Clause 20.1 of the FIDIC Contract, if a party to the contract becomes entitled to an extension or payment, it must notify the engineer within 28 days of the date when it has or was to become aware of the arising of such entitlement. If the said deadline is missed, the party will not be entitled to the extension or payment, and the other party will be exempt from the relevant liability.

This provision of the FIDIC Contract causes debates among practicing lawyers, namely, whether or not it contradicts the statutory period of limitations.

Our opinion is that in the situation in question these are different time periods. Sub-Clause 20.2 of the FIDIC Contract deals with the arising and loss of a right. More specifically, in case of a certain event a party becomes entitled to an extension or payment, and this entitlement is lost, unless the party lays its claim within 28 days (i. e., the right ceases to exist).

Please note that the Civil Code contains a number of regulations similar in content. For instance, under a contract agreement, the contractor identifying in the course of construction a work not included in the design and estimate documentation must notify the employer accordingly (Article 654.4 of the Civil Code), otherwise it loses the right to claim payment for the additional work performed.

In turn, the period of limitations is associated with the judicial protection of an available, but violated right. The Civil Code sets forth as follows: *«The period of limitations is the period of time during which a claim, arising out of a violation of a person's right or a legally protected interest, may be satisfied»* (Article 177.1) For instance, if the contractor has the right to extend the work completion deadline or to receive an additional payment, and the employer does not grant the extension or does not pay the additional amount, the contractor may, during the 3-year period of limitations, obtain a judicial satisfaction of its right violated by the employer (i. e., force the employer, via a court judgment, to perform the necessary actions).

Proceeding from this, we believe that Sub-Clause 20.2 of the FIDIC Contract establishing the 28-day period for the parties to lay claims against each other does not contradict the Kazakh legislation.

Arbitration

When drafting the Particular Conditions to the FIDIC Contract relating to arbitration, please pay attention to the following.

Seat of arbitration. The FIDIC Contract does not determine the seat of arbitration. If the parties do not agree on it in the Particular Conditions, then, according to the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), it will be determined by the ICC International Court of Arbitration itself.

In turn, the choice of the seat of arbitration means the choice of law applicable to the arbitration proceedings. If the parties have specified London as the seat of arbitration, their arbitration, in accordance with the widespread interpretation of the New York Convention⁹, will be subject to the UK's national Arbitration Act. And this means that the issues of setting aside the award, challenging the arbitrators and other issues related to arbitration proceedings will be resolved in accordance with the UK Arbitration Act and will be within the English courts' jurisdiction.

In this connection, when entering into a contract, the parties should choose the seat of arbitration subject to the residency of the parties to the contract and the specifics of the national arbitration legislation of a given jurisdiction.

Choice of law applicable to the arbitration agreement. The arbitration agreement is autonomous and, by virtue of this, the law applicable to the FIDIC Contract would not automatically apply to the arbitration agreement (arbitration clause).

In our practice, as a general rule, the parties do not separately agree on the law applicable to the arbitration agreement. In this case, the law of the seat of arbitration will apply to the arbitration agreement (this rule stems from the broad interpretation of Article V(1)a of the New York Convention). For example, if the parties chose London as the seat of arbitration, their arbitration agreement will be subject to English law and the issues of validity, lawfulness and enforceability of the arbitration agreement will be reviewed under the English law.

Thus, we would recommend that the parties to the contract, when drafting the Particular Conditions, consider separately the issue of the law applicable to the arbitration agreement. ■

⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958).

ВВОДНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

В свете экономической глобализации и увеличения количества трансграничных сделок возникает объективная необходимость в унификации контрактной документации. В сфере строительства эту задачу призваны решить типовые контракты ФИДИК, которые представляют собой стандартизированные формы контрактов на выполнение тех или иных строительных работ.

Типовые контракты ФИДИК широко используются в США и Европе, в Казахстане они стали использоваться в постсоветское время. По нашим наблюдениям, контракты ФИДИК используются в Казахстане только по особо крупным строительным проектам, финансируемым частными инвесторами или международными финансовыми институтами.

Типовые контракты ФИДИК были разработаны Международной федерацией инженеров-консультантов. Существует 9 основных типовых контрактов ФИДИК, охватывающих большой спектр контрактных отношений в строительстве, среди которых наиболее популярны: Красная книга (проектирование осуществляется заказчиком); Желтая книга (проектирование осуществляется подрядчиком); Серебряная книга (строительство «под ключ»); Розовая книга (адаптированная под требования международных финансовых институтов). Последней новинкой стала Изумрудная книга (Emerald Book), выпущенная в 2019 году на базе Желтой книги ФИДИК для подземных строительных работ. В типовые контракты ФИДИК периодически вносятся изменения с учетом опыта применения контрактов на практике. Последние существенные изменения были внесены в декабре 2018 года.

Контракты ФИДИК существуют в виде унифицированных типовых проформ, так называемых Общих условий. Общие условия достаточно подробно регламентируют весь процесс взаимодействия заказчика и подрядчика, начиная от передачи строительной площадки и заканчивая ее возвратом по окончании строительства. При этом они сформулированы настолько универсально, что могут использоваться в любой точке мира.

Изменения непосредственно в Общие условия сторонами не вносятся. Для адаптации контракта ФИДИК к тому или иному проекту или законодательству определенной страны стороны подготавливают и подписывают отдельный документ — Особые условия, отражающие специфические договоренности сторон и вносящие изменения в Общие условия.

Дополнительно к Особым условиям, сторонам также надлежит заполнить и подписать Contract Data — документ, содержащий такие данные по проекту, как наименование сторон и инженера, сроки начала и завершения работ, продолжительность гарантийного срока, сроки оплаты сумм по промежуточным платежным сертификатам, применимое право к контракту, сумма обеспечения (Performance Security), размер неустойки, детали аванса, состав Совета по урегулированию споров, место арбитража и т.д.

Следует отметить, что при использовании контракта ФИДИК стороны самостоятельно решают — каким изданием той или иной книги они намерены воспользоваться. К примеру, стороны могут выбрать Красную книгу в редакции 1999 года или 2017 года.

Ниже мы предлагаем Вашему вниманию основные вопросы, на которые необходимо обратить внимание при разработке Особых условий в Казахстане. В данной работе мы руководствовались последней редакцией Красной книги ФИДИК 2017 года (далее — «Контракт ФИДИК») ввиду ее актуальности на практике.

ПРАВОВОЙ ОБЗОР Существенные условия договора подряда

По казахстанскому законодательству, в договоре в целом могут выделяться следующие условия:

- 1) существенные (без достижения согласия по которым договор не является заключенным);
- 2) дополнительные условия (если согласие не достигнуто по данным условиям, то в ряде случаев может применяться общий подход, установленный законодательством).

Применительно к договору подряда существенными условиями являются:

- 1) Определение конкретной работы, подлежащей выполнению по контракту (п. 1 ст. 616 Гражданского кодекса¹);
- 2) Начальный и конечный сроки выполнения работы (п. 1 ст. 620 Гражданского кодекса).

Таким образом, необходимо иметь в виду, что если стороны не согласуют в Контракте ФИДИК предмет подрядных работ, а также начальный и конечный сроки их выполнения, то по казахстанскому праву такой контракт будет считаться незаключенным, т.е. не создающим права и обязанности для сторон.

Также отмечаем, что к Контракту ФИДИК могут быть применимы и иные императивные положения казахстанского законодательства, такие как требования о языке, валюте, выборе применимого права по договору между двумя резидентами, которые нельзя игнорировать.

Проектная документация

В Контракте ФИДИК мало внимания уделено вопросам, связанным с проектной документацией. Несмотря на то, что проектирование не входит в объем работ подрядчика по Контракту ФИДИК, тем не менее вопросы, связанные с проектной документацией, могут иметь важное значение при исполнении контракта.

В связи с этим сторонам рекомендуется самостоятельно восполнить данный пробел, предусмотрев в Особых условиях алгоритм взаимодействия сторон по вопросам утверждения, предоставления и изменения проектной документации.

Контракт ФИДИК не оперирует термином «проектная документация», а использует термин «чертежи». По Контракту ФИДИК чертежи выпускаются заказчиком. Далее по тексту Контракта ФИДИК чертежам посвящена только одна статья 1.9, согласно которой подрядчик должен уведомить инженера в случае отсутствия необходимых чертежей. Если со стороны инженера запрашиваемые чертежи не будут предоставлены в запрашиваемый срок, подрядчик в этом случае вправе требовать продления срока выполнения работ и компенсации.

Вместе с тем, нормы Гражданского кодекса устанавливают, что в договоре строительного подряда должны быть определены состав и содержание проектно-сметной документации, а также должно быть предусмотрено, какая из сторон и в какой срок должна предоставить соответствующую документацию (п. 3 ст. 654).

Кроме того, Гражданский кодекс предусматривает последствия обнаружения подрядчиком работ, не учтенных проектно-сметной документацией. При таких обстоятельствах подрядчик обязан уведомить об этом заказчика и вправе приостановить работы в случае не получения ответа в 10-дневный или иной установленный договором срок. Важно отметить, что в случае не уведомления заказчика подрядчик лишается права на оплату выполненных дополнительных работ и возмещение вызванных этим убытков.

Таким образом, статья 1.9 в Контракте ФИДИК не является достаточной для соблюдения требований п. 3 статьи 654 Гражданского кодекса.

¹ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная часть) в действующей редакции.

В Особых условиях к Контракту ФИДИК сторонам необходимо предусмотреть алгоритм их взаимодействия в ходе разработки, передачи и изменения проектно-сметной документации, а также информацию о ее составе и содержании. При подготовке Особых условий мы бы рекомендовали также руководствоваться действующими в настоящее время нормами СН РК 1.03–00–2011² и СН РК 1.02–03–2011³, которые содержат подробные регуляции в отношении соответствующих требований.

Освобождение от ответственности (Indemnity) и ограничение ответственности (Limitation of Liability)

Контракт ФИДИК содержит положения, основанные на такой концепции английского права, как освобождение (ограждение) от ответственности (indemnity). Соответствующие положения содержатся в ст. 1.13, 4.2.2, 4.14, 4.16, 5.2, 17.4, 17.5, 17.6, 19.1 Контракта ФИДИК.

Статья 1.15 Контракта ФИДИК содержит условие, согласно которому ограничивается согласованной сторонами суммой, а если данная сумма не согласована, то суммой контракта.

Указанные условия могут оказаться неисполнимыми, поскольку казахстанское законодательство не допускает возможности полного освобождения от ответственности. Стороны договора могут ограничить ответственность реальным ущербом, а соглашение об освобождении от возмещения реального ущерба будет являться ничтожным (п. 2 ст. 350 Гражданского кодекса).

С учетом сказанного вышеупомянутые статьи Контракта ФИДИК об ответственности нуждаются в изменении и адаптации к казахстанскому законодательству посредством Особых условий.

Убытки за задержку (Delay Damages) и финансовые издержки (Financial Charges)

П. 8.8 Контракта ФИДИК предусматривает выплату подрядчиком убытков за задержку сроков выполнения работ. При этом под убытками за задержку понимается установленная контрактом (в Contract Data) сумма, подлежащая уплате за каждый день про-

срочки выполнения работ. Общая сумма убытков за задержку не должна превышать сумму, указанную в Особых условиях.

В контексте казахстанского законодательства вышеуказанное подразумевает неустойку. Вместе с тем, во избежание неясности и разногласий мы бы рекомендовали в Особых условиях заменить формулировку «убытки за задержку» на «неустойку». Отмечаем, что с февраля 2017 года ввиду изменений соответствующих положений в Гражданском кодексе исключительная неустойка (взыскание неустойки, но не убытков) стала в Казахстане возможной только в случаях, предусмотренных законом.

Аналогичным образом п. 14.8 Контракта ФИДИК предусматривает, что в случае просрочки выплаты сумм по промежуточным платежным сертификатам заказчик должен выплатить подрядчику финансовые издержки (financial charges), начисляемые ежемесячно на неуплаченную сумму по усредненной банковской процентной ставке плюс 3%. Термин «финансовые издержки» не знаком казахстанскому праву. Поскольку данный договорный инструмент по своей природе схож с неустойкой, при разработке Особых условий мы бы рекомендовали заменить термин «финансовые издержки» на «неустойку» с тем, чтобы данное положение контракта не вызывало в последующем споров, связанных с различным толкованием.

Фигура инженера

Фигура инженера в Контракте ФИДИК является ключевой. Инженер представляет заказчика на строительной площадке, а также уполномочен разрешать разногласия и принимать решения по претензиям подрядчика и заказчика друг к другу.

Для казахстанской практики роль инженера остается малоизвестной. Если в части представления интересов заказчика на строительной площадке роль инженера в целом соответствует функциям управляющего проектом (инжиниринговой компании), и в этой части особых вопросов возникать не должно, то в той части, где инженер, по сути, разрешает споры между сторонами, возникает много вопросов.

П. 3.7 Контракта ФИДИК предусмотрено, что инженер действует нейтрально и не должен рассматриваться действующим в интересах заказчика. Однако, как показывает практика, обеспечение нейтральности инженера представляет собой трудновыполнимую задачу. Существо строитель-

ных споров, которые сопровождала наша фирма в своей практике, зачастую сводится к оспариванию подрядчиком решений инженера и обвинении последнего в предвзятости.

Если для западной практики двойственность функций инженера не вызывает вопросов и является допустимой, то в Казахстане указанная концепция вызывает настороженность и недоверие к самой возможности обеспечения должной нейтральности инженера.

Цена Контракта и платежные сертификаты

Статья 4.11 Контракта ФИДИК предполагает установление твердой цены контракта. В этой связи необходимо учесть и при необходимости отразить в контракте следующие положения, вытекающие из норм Гражданского кодекса в отношении цены работы по договору подряда.

1) *Цена работы (смета) может быть приблизительной или твердой. При отсутствии других указаний в договоре цена работы (смета) считается твердой (п. 2 ст. 621 Гражданского кодекса).*

2) *Подрядчик не вправе требовать увеличения твердой цены (твердой сметы), а заказчик – ее уменьшения, в том числе и в случае, когда в момент заключения договора исключалась возможность предусмотреть полный объем подлежащей выполнению работы или необходимых для этого расходов (п. 5 ст. 621 Гражданского кодекса).*

3) *Подрядчик вправе требовать пересмотра сметы, если по не зависящим от него причинам стоимость работ превысила смету не менее чем на десять процентов (п. 3 ст. 655 Гражданского кодекса).*

4) *При существенном возрастании после заключения договора стоимости материалов и оборудования, которые должны быть предоставлены подрядчиком, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, подрядчик имеет право требовать увеличения установленной цены (сметы), а при отказе заказчика выполнить это требование – расторжения договора (п. 5 ст. 621 Гражданского кодекса).*

Отдельной проработки, на наш взгляд, требует также п.п. 14.3, 14.6 Контракта ФИДИК, посвященные выпуску промежуточных платежных сертификатов и оплате заказчиком платежей по ним.

В частности, Контракт ФИДИК предусматривает, что подрядчик на ежемесячной или иной основе обращается к инженеру за выдачей промежуточного платежного сертификата, содержащего отчет по выполненным работам и причитающимся по ним сум-

² СН РК 1.03–00–2011 «Строительное производство. Организация строительства предприятий, зданий и сооружений» в действующей редакции.

³ СН РК 1.02–03–2011 «Порядок разработки, согласования, утверждения и состав проектной документации на строительство» в действующей редакции.

мам. На основе этого обращения инженер выпускает промежуточный платежный сертификат, в котором он подтверждает или не подтверждает заявленные суммы. Далее, на основе выпущенного инженером сертификата, заказчик осуществляет соответствующий платеж подрядчику.

Контракт ФИДИК не раскрывает правовое значение промежуточного платежного сертификата, в частности, означает ли он приемку работ, указанных в сертификате, либо выплачиваемые по нему суммы должны расцениваться как авансовые платежи. В нашей практике мы нередко встречаем контракты ФИДИК, в рамках которых промежуточные платежные сертификаты сопровождаются подписанием актов выполненных работ и выставлением соответствующих счетов-фактур. Мы полагаем, что в данном случае имеет место приемка работ по частям.

Вместе с тем, стороны своим соглашением могут определить, что оформление промежуточных платежных сертификатов не является приемкой работ, и оплата по ним представляет собой авансовые платежи по контракту. Данный вопрос является актуальным с точки зрения вопроса о распределении рисков, поскольку, по казахстанскому законодательству, собственником незавершенного строительства до его сдачи заказчику и оплаты работ является подрядчик (п. 4 ст. 651 Гражданского кодекса). Это означает, что до приемки работ заказчиком риск случайной гибели или повреждения объекта строительства или результата строительных работ несет подрядчик.

Привлечение субподрядчиков

Статья 5.1 Контракта ФИДИК предусматривает, что подрядчик не вправе передавать на субподряд весь объем подрядных работ. Данная статья требует дальнейшего уточнения в Особых условиях с учетом норм Закона «Об архитектуре»⁴.

В частности, в соответствии с п. 11 ст. 66 названного Закона, в договоре подряда в обязательном порядке должны быть указаны виды и объемы работ, которые подрядчик (генеральный подрядчик) намеревается передать на исполнение субподрядчикам. При этом не допускается передача на субподряд

в совокупности более двух третей предусмотренных договором стоимости всех подрядных работ (цены подряда). Таким образом, при разработке Особых условий в части ст. 5.1 Контракта ФИДИК необходимо учесть вышеуказанные регуляции.

Привлечение технического надзора и авторского надзора

По казахстанскому законодательству, заказчик строительства обязан обеспечить строительство объекта с сопровождением технического и авторского надзоров (подп. 3 п. 2 ст. 34–2 Закона «Об архитектуре»).

Технический надзор — это надзор за строительством на всех стадиях реализации проекта, включая качество, сроки, стоимость, приемку выполненных работ и сдачу объектов в эксплуатацию (п. 59 ст. 1 Закона «Об архитектуре»).

Авторский надзор представляет собой надзор разработчика проектной документации за ответственным строительными работ проектной документации.

В Контракте ФИДИК отсутствуют какие-либо положения о техническом и авторском надзоре. Соответственно, при адаптации Контракта ФИДИК к казахстанскому законодательству необходимо уделить внимание вопросам имплементации положений о порядке осуществления технического надзора и авторского надзора, а также вопросам взаимодействия и координации действий подрядчика, инженера и исполнителей авторского и технического надзоров на строительной площадке.

Приемка работ

Статья 10 Контракта ФИДИК посвящена вопросам приемки выполненных работ.

Отмечаем, что указанная статья не содержит особенностей приемки строительных объектов, установленных Законом «Об архитектуре».

В связи с этим, при составлении Особых условий мы бы рекомендовали учесть следующие императивные нормы:

- 1) приемка и ввод в эксплуатацию построенного объекта производятся заказчиком при его полной готовности⁵;
- 2) приемка работ осуществляется заказчиком при наличии соответствующих заключений авторского надзора, технического

надзора и декларации подрядчика о соответствии⁶.

Следует обратить внимание на п. 10.1 Контракта ФИДИК. Он предусматривает, что при определенных обстоятельствах — например, уклонении заказчика от приемки работ — выполненные работы будут считаться принятыми заказчиком, а акт приемки будет считаться выпущенным.

На наш взгляд, такое положение может оказаться неисполнимым на практике.

В частности, по Закону «Об архитектуре» приемка построенного объекта в эксплуатацию оформляется актом, который подписывается заказчиком, подрядчиком и лицами, осуществляющими технический и авторский надзоры. Подписанный акт приемки в дальнейшем является основанием для внесения в правовой кадастр сведений о построенном объекте и служит правоустанавливающим документом на него. В этой связи признание строительства завершенным в отсутствие подписанного сторонами акта приемки построенного объекта представляется труднореализуемым.

Кроме того, из смысла п. 4 ст. 663 Гражданского кодекса односторонний акт приемки результатов работ может быть признан действительным только в судебном порядке.

Гарантийные сроки

Статья 11 Контракта ФИДИК посвящена порядку взаимодействия заказчика и подрядчика в процессе выявления и устранения недостатков и дефектов выполненных работ. При этом в указанной статье не отражены следующие специальные регуляции казахстанского законодательства, которые необходимо предусмотреть в Особых условиях:

Гражданским кодексом вопрос об установлении гарантийного срока отнесен на усмотрение сторон, т.е. он может быть как предусмотрен, так и не предусмотрен договором. Вместе с тем Закон «Об архитектуре» предусматривает, что гарантийный срок не может быть менее двух лет со дня приемки объекта в эксплуатацию. Практика по этому вопросу на сегодняшний день складывается таким образом, что стороны предпочитают следовать нормам Закона «Об архитектуре» и устанавливать ми-

⁴ Закон Республики Казахстан от 16 июля 2001 года № 242-III «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» с последующими изменениями и дополнениями.

⁵ Понятие полной готовности раскрывается в Правилах организации застройки и прохождения разрешительных процедур в сфере строительства, утвержденных Приказом министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 года № 750.

⁶ Формы указанных заключений предусмотрены Приказом министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 24 апреля 2017 года № 235 «Об утверждении форм заключений о качестве строительно-монтажных работ и соответствии выполненных работ проекту, декларации о соответствии».

нимальный 2-годичный гарантийный срок.

Необходимо разграничивать гарантийный срок и срок для обнаружения скрытых недостатков⁷. П. 5 ст. 630 Гражданского кодекса содержит не совсем удачную формулировку, в которой смешаны две указанные категории сроков. Однако следует иметь в виду, что минимальный срок для обнаружения скрытых недостатков составляет 3 года⁸, тогда как гарантийный срок — не менее 2 лет. Если оговоренный сторонами гарантийный срок истек, но законодательно установленный срок для обнаружения недостатков все еще действует, то заказчик в этом случае имеет право предъявить к подрядчику требование в связи с ненадлежащим качеством подрядных работ в пределах срока для обнаружения недостатков.

Пресекательный срок на заявление требований

П. 20.2 Контракта ФИДИК предусматривает пресекательный срок для заявления требований заказчика и подрядчика друг к другу. Указанное в целом не противоречит казахстанскому законодательству, поскольку в теории права выделяют пресекательные (преклюзивные) сроки.

В частности, согласно п. 20.1 Контракта ФИДИК, если у стороны контракта возникло право на продление срока или на получение оплаты, то она должна направить соответствующее уведомление инженеру в течение 28 дней со дня, когда она узнала или должна была узнать о возникновении такого права. В случае пропуска данного срока сторона не будет иметь права на продление срока или получение оплаты, а противоположная сторона освобождается от ответственности в этой части.

Среди практикующих юристов данное положение Контракта ФИДИК вызывает споры, а именно — не противоречит ли оно законодательно установленному сроку исковой давности.

Наше мнение сводится к тому, что в данной ситуации речь идет о разных сроках. П. 20.2 Контракта ФИДИК связан с вопросом возникновения и утраты права. А именно, в случае наступления определенного события у стороны возникает право

на продление срока или получение оплаты, и это право утрачивается, если сторона не заявит свое требование в 28-дневный срок (то есть это право перестает существовать).

Отметим, что Гражданский кодекс содержит ряд схожих по содержанию норм. Так, по договору подряда подрядчик, обнаруживший в ходе строительства работы, не учтенные проектно-сметной документацией, обязан сообщить об этом заказчику (п. 4 ст. 654 Гражданского кодекса), в противном случае он лишается права требовать оплаты выполненных дополнительных работ.

В свою очередь, срок исковой давности связан с судебной защитой имеющегося, но нарушенного права. Гражданский кодекс предусматривает: «Исковая давность — это период времени, в течение которого может быть удовлетворено исковое требование, возникшее из нарушений права лица или охраняемого законом интереса» (п. 1 ст. 177). К примеру, если у подрядчика имеется право на продление срока выполнения работ или получение дополнительной оплаты, а заказчик не предоставляет продление или не выплачивает дополнительную оплату, то подрядчик вправе в течение 3-летнего срока давности получить судебное удовлетворение своего права, которое нарушено заказчиком (т.е. посредством судебного решения принудить заказчика совершить необходимые действия).

Исходя из этого, мы полагаем, что п. 20.2 Контракта ФИДИК, устанавливающий 28-дневный срок для заявления требований сторон друг к другу, не противоречит казахстанскому законодательству.

Арбитраж

При составлении Особых условий к Контракту ФИДИК в части арбитража мы бы хотели обратить внимание на следующее.

Юридическое место арбитража. Контракт ФИДИК не определяет юридическое место арбитража. Если стороны не согласуют его в Особых условиях, то согласно Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (далее — МТП), оно будет определено самим международным арбитражным судом МТП.

В свою очередь, выбор места проведения арбитража означает выбор права, применимого к арбитражному разбирательству. Если стороны указали в качестве места арбитража г. Лондон, то к их арбитражному разбирательству — в соответствии с широко распространенным толкованием Нью-Йоркской кон-



венции⁹ — будет применим национальный Закон Англии об арбитраже. А это означает, что вопросы отмены арбитражного решения, отвода арбитров и другие вопросы, связанные с арбитражным разбирательством, будут разрешаться в соответствии с Законом Англии об арбитраже и будут подсудны английским судам.

В этой связи при заключении контракта сторонам следует сделать выбор места арбитража с учетом резидентства сторон контракта, а также особенностей национального законодательства об арбитраже той или иной юрисдикции.

Выбор права, применимого к арбитражному соглашению. Арбитражное соглашение является автономным и в силу этого право, применимое к Контракту ФИДИК, не будет автоматически распространяться на арбитражное соглашение (арбитражную оговорку).

По нашей практике стороны, как правило, отдельно не договариваются о праве, применимом к арбитражному соглашению. В этом случае к арбитражному соглашению будет применяться право места арбитража (данное правило выводится путем расширительного толкования подп. «а» п. 1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции). К примеру, если стороны выбрали г. Лондон как место арбитража, то к их арбитражному соглашению будет применяться английское право и вопросы действительности, законности и исполнимости арбитражного соглашения будут рассматриваться по английскому праву.

Таким образом, при составлении Особых условий сторонам мы бы рекомендовали сторонам контракта отдельно рассмотреть вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению. ■

⁹ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года).

⁷ Скрытые недостатки — это недостатки, которые не могут быть обнаружены при обычном способе приемки, а также умышленно скрытые подрядчиком.

⁸ 3-годичный срок установлен в отношении работ, связанных со зданиями и сооружениями.