



## ЭКСПЕРТНОЕ МНЕНИЕ<sup>1</sup>

### по вопросу реализации проектов ТПиР («сложных» проектов реконструкции и строительства) посредством заключения энергосервисных договоров

#### **Исходные данные для анализа:**

1. Планируется реализация проектов ТПиР (реконструкция существующих объектов/строительство новых объектов) посредством заключения энергосервисных договоров, содержащих условия об оплате заказчиком стоимости ТПиР в размере определенного процента от экономии энергоресурсов, которая должна быть достигнута у заказчика в результате реализации энергосервиса.

2. Целевой режим реализации ТПиР (в частности, принадлежность материалов, используемых при реализации работ, заказчику или исполнителю, сроки оплаты и т.п.), а также режим дальнейшего оформления и использования результатов ТПиР (оформление вновь созданных объектов и оборудования в собственность или пользование какой-либо из сторон энергосервиса) не определены.

#### **Задачи:**

1. Определение содержания отношений по энергосервису. Оценка приемлемости конструкции энергосервисного договора для целей реализации проектов ТПиР.

2. Описание правовой природы отношений по энергосервису и определение базовых параметров юридически корректного формата отношений по энергосервису.

3. Описание возможного определения цены и порядка оплаты по энергосервисному договору, идентификация рисков.

4. Описание возможного механизма перехода прав на создаваемые/поставляемые в рамках энергосервиса объекты/оборудование.

5. Определение лица (стороны энергосервисного договора), ответственного за выполнение требований промышленной безопасности опасных производственных объектов (созданных в результате реализации энергосервиса).

#### **Выводы и рекомендации:**

##### **Выводы:**

1. Энергосервисные договоры могут состоять в выполнении энергосервисной компанией любых законных мероприятий, направленных на достижение согласованных сторонами целей или показателей, непосредственно связанных с энергосбережением и повышением энергетической эффективности использования заказчиком энергетических ресурсов. Это свидетельствует о принципиальной юридической допустимости использования энергосервисного договора для целей реализации ТПиР.

2. Энергосервисный договор не является самостоятельным гражданско-правовым договором и в зависимости от содержания конкретных прав и обязанностей сторон может быть квалифицирован в качестве одного из предусмотренных ГК РФ гражданско-правовых договоров, либо в качестве смешанного договора. Соответственно, исполнение такого энергосервисного договора (смешанного договора) будет предполагать необходимость исполнения сторонами самостоятельных гражданско-правовых обязательств, составляющих реальное содержание энергосервиса (например, выполнение исполнителем подрядных работ и их оплату заказчиком, поставку исполнителем оборудования и его оплату заказчиком и т.п.).

С учетом этого, корректная формализация энергосервисного договора (смешанного договора) предполагает необходимость описания прав и обязанностей сторон, порядка исполнения договора (а т.ж. применяемой терминологии) в строгом соответствии с установленными нормативными требованиями к конкретному виду гражданско-правового договора, включенному в энергосервисный договор в качестве его элемента.

3. Условие о цене и порядке оплаты энергосервисного договора (в частности, об оплате реализованных работ, оказанных услуг, поставленного оборудования и т.п.) может быть определено соглашением

<sup>1</sup> Экспертное мнение подготовлено с учетом правовой базы и правоприменительной практики по состоянию на 31.10.2013 г.



сторон договора и, в частности, предусматривать обязанность заказчика производить оплату исполнителю по факту достижения согласованной договором величины экономии энергии заказчиком, в т.ч. за счет части стоимости достигнутой экономии энергии, которая возникнет у заказчика ввиду исполнения энергосервисного договора.

При этом исполнение энергосервисного договора в части оплаты в обязательном порядке должно предполагать не только гипотетическое исполнение (обусловленное возможным достижением экономии энергии заказчиком), но и безусловное встречное предоставление заказчика в пользу исполнителя, эквивалентное реальной стоимости реализованных исполнителем мероприятий (например, оплату стоимости передаваемого в собственность заказчика в рамках энергосервиса объекта, оплату выполненных работ, оказанных услуг и. т.п).

В противном случае наличие условия об оплате энергосервиса лишь в случае достижения экономии энергии заказчиком в совокупности с отсутствием фактического адекватного встречного предоставления со стороны заказчика ввиду не достижения запланированной в договоре экономии (процент от стоимости которой подлежит уплате заказчиком в качестве вознаграждения по договору исполнителю) может быть квалифицировано в качестве дарения (с реализацией соответствующих правовых рисков).

4. Действующее законодательство допускает реализацию сторонами энергосервисного договора любой соответствующей требованиям законодательства конструкции и сроков перехода прав (права собственности, правомочий владений и (или) пользования и т.д.) на объекты и (или) оборудование, создаваемые/поставляемые в процессе исполнения энергосервисного договора.

5. Соблюдение установленных требований промышленной безопасности опасных производственных объектов возлагается на организацию (сторону энергосервисного договора), которая одновременно отвечает следующим параметрам:

- 1) осуществляет эксплуатацию опасного производственного объекта;
- 2) владеет опасным объектом на праве собственности, аренды либо на ином законном основании.

#### **Рекомендации:**

В случае заключения энергосервисного договора с условием об оплате реализованных исполнителем мероприятий после достижения заказчиком экономии энергоресурсов (и за счет части стоимости экономии энергетических ресурсов), в такой энергосервисный договор целесообразно включать следующие условия:

- о подлежащей оплате исполнителю стоимости объектов и оборудования, права на которые передаются в собственность заказчика в результате исполнения энергосервисного договора, а также стоимости работ, услуг исполнителя, стоимости пользования заказчиком объектами и оборудованием;
- о сроке действия энергосервисного договора, который должен быть не менее срока, необходимого для адекватной оплаты заказчиком стоимости передаваемых ему в собственность объектов и оборудования, стоимости работ и услуг, стоимости пользования объектами, оборудованием (в том числе и за счет части стоимости достигнутой экономии энергии).
- о безусловной оплате заказчиком стоимости передаваемых ему в собственность объектов и оборудования, стоимости работ и услуг, стоимости пользования объектами и оборудованием (например, по истечении определенного срока и одновременном недостижении планируемой экономии энергоресурсов).

#### **Обоснование выводов и рекомендаций:**

##### **1. Содержание отношений по энергосервису**

Отношения, связанные с заключением энергосервисных договоров, регламентируются нормами Федерального закона от 23.11.2009 года № 261-ФЗ «Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности» (далее по тексту – **Закон об энергосбережении, Закон**).

Согласно части 1 статьи 19 Закона **предметом** энергосервисного договора является осуществление энергосервисной компанией **действий**, направленных на **энергосбережение и повышение энергетической эффективности** использования энергетических ресурсов заказчиком.

Статья 2 Закона определяет понятия «энергосбережение» и «энергетическая эффективность» следующим образом:

- **энергосбережение** - реализация организационных, правовых, технических, технологических, экономических и иных мер, направленных на уменьшение объема используемых энергетических ресурсов



при сохранении соответствующего полезного эффекта от их использования (в том числе объема произведенной продукции, выполненных работ, оказанных услуг);

- **энергетическая эффективность** - характеристики, отражающие отношение полезного эффекта от использования энергетических ресурсов к затратам энергетических ресурсов, произведенным в целях получения такого эффекта, применительно к продукции, технологическому процессу, юридическому лицу, индивидуальному предпринимателю.

В соответствии с частью 2 статьи 19 Закона, энергосервисный договор **должен содержать** следующие существенные условия:

1) условие о величине экономии энергетических ресурсов, которая должна быть обеспечена исполнителем в результате исполнения энергосервисного договора;

2) условие о сроке действия энергосервисного договора, который должен быть не менее чем срок, необходимый для достижения установленной энергосервисным договором величины экономии энергетических ресурсов;

3) иные обязательные условия энергосервисных договоров, установленные законодательством РФ.

При этом следует отметить, что положения Закона об энергосбережении **не определяют требования к перечню и содержанию мероприятий**, которые могут быть реализованы в рамках энергосервиса.

Данное обстоятельство обуславливает возможность реализации в рамках энергосервиса **любых допустимых** с точки зрения законодательства мероприятий (например, строительство энергетических объектов, их реконструкцию, модернизацию, предоставление консультационных услуг и т.п.), **целевая направленность которых состоит** в энергосбережении и повышении энергетической эффективности использования энергетических ресурсов заказчиком.

Это свидетельствует о принципиальной юридической допустимости использования энергосервисного договора для целей реализации ТПИР.

## 2. Правовая природа отношений по энергосервису

По своей правовой природе энергосервисный договор **не является самостоятельным** гражданско-правовым договором (в т.ч., не является непоименованным в Гражданском кодексе РФ (далее - **ГК РФ**) договором) и **в зависимости от содержания** конкретных прав и обязанностей сторон **может быть квалифицирован** в качестве одного из предусмотренных ГК РФ гражданско-правовых договоров, либо в качестве смешанного договора (т.е., договора, содержащего в себе элементы различных гражданско-правовых договоров, в т.ч. договора подряда, договора купли-продажи, договора возмездного оказания услуг и т.п.).

*Справочно: согласно части 3 статьи 421 ГК РФ, стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.*

Таким образом, условия энергосервисного договора могут регулироваться не только положениями Закона об энергосбережении, но и специальными нормами ГК РФ о соответствующих видах договоров, элементы которых содержатся в энергосервисном договоре.

Соответственно, реализация такого энергосервисного договора (смешанного договора) будет предполагать необходимость исполнения сторонами самостоятельных гражданско-правовых обязательств, составляющих реальное содержание энергосервиса (например, выполнение исполнителем **подрядных работ** и их оплату заказчиком, **поставку** исполнителем оборудования и его оплату заказчиком и т.п.).

С учетом вышеизложенного, **корректная формализация** энергосервисного договора (смешанного договора) **предполагает необходимость** описания прав и обязанностей сторон, порядка исполнения договора (а т.ж. применяемой терминологии) в строгом соответствии с установленными нормативными требованиями к конкретному виду гражданско-правового договора, включенному в энергосервисный договор в качестве его элемента.

## 3. Определение цены и порядка оплаты по энергосервисному договору

Применительно к определению цены и порядка оплаты по энергосервисному договору Закон об энергосбережении предусматривает следующее:

- энергосервисный договор может содержать условие об **определении цены** исходя из показателей, достигнутых или планируемых для достижения в результате реализации энергосервисного договора, в том числе исходя из стоимости сэкономленных энергетических ресурсов (часть 3 статьи 19 Закона);

- договоры купли-продажи, поставки, передачи энергетических ресурсов, включающие в себя условия энергосервисного договора, могут содержать условие о предоставлении отсрочки по уплате платежей



по такому договору полностью или частично **до момента** получения результатов реализации условий энергосервисного договора (контракта), в том числе до фиксации экономии энергетических ресурсов (часть 2 статьи 20 Закона).

Поскольку иные нормативные требования к определению цены и порядку оплаты по энергосервисному договору Законом не предусмотрены, представляется, что условие о цене и порядке оплаты энергосервисного договора (в частности, об оплате реализованных работ, оказанных услуг, поставленного оборудования и т.п.) **может быть** определено соглашением сторон договора и, в частности, предусматривать обязанность заказчика производить оплату исполнителю за реализацию энергосервиса **по факту** достижения согласованной договором величины экономии энергии заказчиком, в т.ч. **за счет** части стоимости достигнутой экономии энергии, которая возникнет у заказчика ввиду исполнения энергосервисного договора<sup>2</sup>.

Между тем, несмотря на потенциальную возможность закрепления в энергосервисном договоре условия об оплате в зависимости от наступления планируемых к достижению результатов реализации энергосервисных мероприятий (в частности, экономии энергии), следует учитывать, что согласно существующим нормативным требованиям энергосервисный договор, заключаемый между коммерческими организациями, **предполагается возмездным** (это следует как из логики норм Закона, так и из п. 3 ст. 423, п. 1 ст. 575 ГК РФ).

При таких обстоятельствах исполнение энергосервисного договора в части оплаты в обязательном порядке должно предполагать **не только гипотетическое** исполнение (обусловленное возможным достижением экономии энергии заказчиком), но и **безусловное встречное предоставление** заказчика в пользу исполнителя, **эквивалентное реальной стоимости** реализованных исполнителем мероприятий (например, оплату стоимости передаваемого в собственность заказчика в рамках энергосервиса объекта, оплату выполненных работ, оказанных услуг и т.п.).

В противном случае наличие условия об оплате энергосервиса лишь в случае достижения экономии энергии в совокупности с отсутствием фактического адекватного встречного предоставления со стороны заказчика **ввиду не достижения** исполнителем запланированной в договоре экономии (процент от стоимости которой подлежит уплате заказчиком в качестве вознаграждения по договору исполнителю) может быть квалифицировано в качестве **дарения**.

*Справочно:*

*Полагаем, что в качестве исключения может быть расценена передача заказчику созданного в рамках энергосервиса объекта (например, принадлежащего исполнителю) в безвозмездное пользование, которое допускается в отношениях между коммерческими организациями и не предполагает встречного исполнения (в частности, оплаты) (см. гл. 36 ГК РФ). Вместе с тем, учитывая фактическую безвозмездность такого пользования, риск его квалификации в качестве дарения также не исключен.*

Соответственно, такой энергосервисный договор может быть признан **нарушающим запрет на дарение** между коммерческими организациями (ч. 1 ст. 575 ГК РФ) с последующим возможным признанием энергосервисного договора **недействительным** (как сделки, нарушающей требования закона (ст. 168 ГК РФ)) и применением установленных последствий недействительности сделки.

Кроме того, в случае **фактического намерения** сторон освободить (полностью или в части) заказчика от обязанности по возмещению стоимости переданных в рамках договора **в собственность** заказчику объектов, результатов работ или стоимости оказанных услуг (например, при наличии очевидных оснований полагать, что предполагаемая договором экономия энергоресурсов и, как следствие, - адекватная оплата не могла быть достигнута/произведена и стороны знали о невозможности достижения планируемой экономии еще в момент заключения договора), такой договор может быть признан **притворной сделкой** (прикрывающей сделку дарения). При этом энергосервисный договор будет представлять собой **ничтожную сделку** (ч. 2 ст. 170 ГК РФ) с применением установленных последствий недействительности сделки.

*Справочно:*

*Согласно статье 167 ГК РФ, при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.*

*Согласно ч. 2, 3 статьи 166 ГК РФ, требование о признании оспоримой сделки недействительной может быть предъявлено стороной сделки или иным лицом, указанным в законе. Требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки вправе предъявить сторона сделки, а в предусмотренных законом случаях также иное лицо.*

<sup>2</sup> Согласно п. 12 приложения № 1 (Требования к условиям контракта на энергосервис) к постановлению Правительства РФ от 18.08.2010 г. № 636, одним из **требований** к контракту на энергосервис, заключаемому в порядке Федерального закона "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд", является **включение в контракт положения, согласно которому** размер платежа устанавливается как процент от достигнутого размера экономии соответствующих расходов заказчика на оплату энергетического ресурса, определенного в стоимостном выражении по ценам (тарифам) на соответствующий энергетический ресурс, фактически сложившимся за период достижения предусмотренного контрактом размера экономии, покрывающий в том числе расходы исполнителя по реализации перечня мероприятий.



### **Важно!**

Самостоятельной проработки подлежат возможные **налоговые последствия** реализации вышеописанного риска признания энергосервисного договора дарением.

### **РЕКОМЕНДАЦИЯ:**

В случае заключения энергосервисного договора с условием об оплате реализованных исполнителем мероприятий после достижения заказчиком экономии энергоресурсов (и за счет части стоимости экономии энергетических ресурсов), в целях минимизации вышеописанных правовых рисков представляется целесообразным включать в такой энергосервисный договор следующие условия:

- о подлежащей оплате исполнителю **стоимости** объектов и оборудования, которые передаются в собственность заказчика в результате исполнения энергосервисного договора, а также стоимости работ, услуг исполнителя, стоимости пользования заказчиком объектами и оборудованием;

- о **сроке** действия энергосервисного договора, который должен быть **не менее** срока, необходимого для **адекватной** оплаты заказчиком стоимости передаваемых ему в собственность объектов и оборудования, стоимости работ и услуг, стоимости пользования объектами, оборудованием (в т.ч. и за счет части стоимости достигнутой экономии энергии).

- о **безусловной** оплате заказчиком стоимости передаваемых ему в собственность объектов и оборудования, стоимости работ и услуг, стоимости пользования объектами и оборудованием (например, по истечении определенного срока действия договора и одновременном недостижении планируемой экономии энергоресурсов).

## **4. Переход прав на создаваемые/поставляемые в рамках энергосервиса объекты/оборудование**

Положения Закона об энергосбережении **не содержат** специальных требований, определяющих **порядок** перехода прав на созданные/поставляемые в процессе исполнения энергосервисного договора объекты, оборудование и иные результаты работ, а также **не ограничивают** возможный объем передаваемых прав и возможные **форматы** передачи прав сторонами энергосервисного договора.

Данное обстоятельство обуславливает потенциальную **возможность** реализации сторонами **любой** соответствующей требованиям законодательства конструкции и сроков перехода прав (права собственности, правомочий владений и (или) пользования и т.д.) на объекты и (или) оборудование, создаваемые/поставляемые в процессе исполнения энергосервисного договора.

#### *Справочно:*

*Так, например, стороны могут закрепить переход заказчику права собственности на созданный в процессе исполнения договора объект как с момента ввода его в эксплуатацию, так и по завершении энергосервисного договора (или же после достижения плановой экономии энергоресурсов и т.п.).*

## **5. Выполнение требований промышленной безопасности опасных производственных объектов**

В случае если построенный/реконструированный в рамках энергосервисного договора объект будет соответствовать признакам опасного производственного объекта (далее – **ОПО**), закрепленным в Федеральном законе «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» от 21.07.1997 N 116-ФЗ (далее – **Федеральный закон № 116-ФЗ**), необходимо учитывать следующее.

По смыслу действующего законодательства обязанность по регистрации ОПО в государственном реестре ОПО возложена на организации, осуществляющие их **эксплуатацию на правах собственности, аренды или ином законном праве**.

Так, согласно п. 15 Административного регламента Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору по исполнению государственной функции по регистрации опасных производственных объектов и ведению государственного реестра опасных производственных объектов, утв. Приказом Ростехнадзора от 04.09.2007 г. № 606, заявителем является организация (юридическое лицо, индивидуальный предприниматель без образования юридического лица) вне зависимости от ее организационно-правовой формы и формы собственности, осуществляющая **эксплуатацию** опасных производственных объектов **на правах собственности или аренды или ином законном праве**, определяющем ее юридическую ответственность.

#### *Справочно:*



*согласно статье 2 Федерального закона от 27.07.2010 N 225-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте" под **эксплуатацией** ОПО понимается **ввод опасного объекта в эксплуатацию, использование, техническое обслуживание, консервация, ликвидация ОПО, а также изготовление, монтаж, наладка, обслуживание и ремонт технических устройств, применяемых на опасном объекте***

Обязанность **эксплуатирующей (в качестве владельца)** ОПО организации зарегистрировать ОПО в государственном реестре ОПО подтверждается также требованиями пунктов 23.1.2, 41.1 указанного Административного регламента.

Так, при осуществлении регистрации ОПО в государственном реестре ОПО в составе дополнительных сведений (документов) **эксплуатирующей организацией** представляются в том числе документы, подтверждающие **права собственности и владения** опасным производственным объектом (п. 23.1.2 Административного регламента).

При смене **владельца** ОПО, ранее зарегистрированного в государственном реестре, специалистом регистрирующего органа первоначально осуществляются действия по регистрации такого объекта в государственном реестре опасных производственных объектов в составе ОПО нового **владельца**, а затем действия по его исключению из состава опасных производственных объектов, зарегистрированных в государственном реестре опасных производственных объектов, его прежним **владельцем** (п. 41.1 Административного регламента).

Организация, эксплуатирующая ОПО, обязана выполнять **иные требования** промышленной безопасности к эксплуатации ОПО, в том числе иметь лицензию на эксплуатацию ОПО, заключать договор обязательного страхования гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте (статья 9 Федерального закона № 116-ФЗ).

При этом положения нормативных правовых актов, изданных в развитие Федерального закона № 116-ФЗ, предусматривающих порядок и условия лицензирования эксплуатации взрывопожароопасных и химически опасных производственных объектов I, II и III классов опасности, обязательного страхования гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте, свидетельствуют о том, что для соблюдения вышеуказанных требований промышленной безопасности объекты **должны принадлежать эксплуатирующей ОПО организации на праве собственности, аренды либо на ином законном основании.**

Справочно:

*К иным основаниям судебная практика относит в том числе безвозмездное пользование на основании соответствующего договора (см., например, постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.01.2013 N 17АП-14804/2012-АК по делу N А60-42703/2012).*

В связи с изложенным, соблюдение установленных требований промышленной безопасности ОПО возлагается на организацию (сторону энергосервисного договора), которая **одновременно** отвечает следующим параметрам:

- 1) осуществляет **эксплуатацию** ОПО;
- 2) **владеет** ОПО на праве собственности, аренды либо на ином законном основании.