



**ОЦЕНКА ПРАВОВЫХ РИСКОВ В ДОГОВОРАХ
НА ВЫПОЛНЕНИЕ РАБОТ ПО БУРЕНИЮ
СКВАЖИН. Западный подход.
(первая лекция)**

Василий Николаевич Ануров
к.ю.н., доцент
LL.M (Dundee, Scotland)

06 июля 2020 года



Работы Автора по теме семинара

1. Возмещение потерь в нефтесервисных договорах.
М.: Инфотропик Медиа, 2016. 232 с. (Монография)



2. Оговорка об освобождении от ответственности в нефтесервисных договорах (статья)

НГиП, №
3, 2012

3. Оговорка о возмещении стоимости утраченного оборудования в нефтесервисных договорах (статья)

НГиП, №
1, 2014

4. Возмещение потерь, связанных с причинением вреда окружающей среде (статья)

НГиП, №
1, 2016

5. Опасность нестандартных условий нефтесервисных договоров (статья)

НГиП, №
1, 2016



Смена парадигм в распределении правовых рисков

Тезис П. Камерона: «Самая лучшая технология, доступная в настоящее время, не гарантирует полного и правильного понимания того, с чем можно столкнуться при бурении горных пород».

1. Оговорка «ремня и тисков» (belt & braces) – традиционный подход по распределению рисков в нефтегазовой отрасли:

➤ возмещение ущерба стороной, виновной в его причинении другой стороне.

2. Защитная (shield) оговорка:

➤ обязанность стороны по возмещению ущерба другой стороне возникает даже в случае виновности последней;

➤ экономическая обоснованность расходов, которые несут все участники производственного процесса.



Основные принципы оценки рисков с точки зрения подрядчика

1. Принятие **разумных рисков**, которые возникают **в связи с** выполнением работ / оказанием услуг по договору;
2. Недопустимость подхода, придающего ключевое значение **цене договора** или использованию **финансовых инструментов** (страхование) как факторов, влияющих на принятие решения.
3. Исключение случаев, когда возникает **диспропорция** между ценой договора и ответственностью подрядчика или наступление **неограниченной ответственности** подрядчика.
4. Разработка **минимальных стандартов** (существенных условий), которые должны применяться ко всем договорам, принимая во внимание возможность их **смягчения** или **ужесточения** в зависимости от особенности работ / услуг (сегментов) и применения **специальных оговорок**.



Основные тактики преодоления разногласий

Главный принцип:

Выполнение работ / оказание услуг возможно только на основе надлежащим образом **заключенного договора**.

Оформление договоренностей до заключения договора:

- **Письмо о намерении (Letter of Intent), Меморандум о взаимопонимании (Memorandum of Understanding);**
- **Гарантийное письмо:**
 - с указанием существенных условий (объем работ/услуг, сроки, цена, предел ответственности);
 - с оговоркой о применении условий предыдущего договора;
 - с оговоркой о конклюдентных действиях по одобрению договорных условий.



Основные тактики преодоления разногласий (2)

Согласование условий договора как единого документа:

- составление **протоколов разногласий**, урегулирования разногласий, согласование разногласий и.т.п. (в зависимости от количества раундов переговоров);

Важность **оговорки о существенности условий**, несогласованных сторонами.

- составление сопроводительных писем в ответ на приглашение к **тендеру** (invitation to tender), запрос предложений (request for proposal).

Важность **оговорки о «согласованных условиях»** для преодоления требования о согласии с типовой формой договора как условия прохождения предквалификационной стадии тендера.



Основные виды договоров

1. **Рамочный договор (Master Contract):**

- охватывает все виды услуг / работ;
- долгосрочный характер / без определенного срока действия
- обладает приоритетом над последующими договорами

2. **Договор без определенного объема работ (Call-out Contract):**

- охватывает определенный вид услуг / работ;
- долгосрочный характер / без определенного срока действия;
- одностороннее расторжение по усмотрению заказчика

3. **Договор с определенным объемом работ (One-off Contract).**

- объем услуг / работ четко определен;
- определен срок действия договора



ЧАСТЬ 1. ТРИ ГРУППЫ ОСНОВНЫХ РИСКОВ.

Причинение вреда своему персоналу и имуществу

Катастрофические риски

Косвенные убытки



Принцип взаимного освобождения от ответственности (понятие и цели)

Принцип взаимного освобождения от ответственности (Mutual Hold Harmless Principle) или Удар на удар (Knock for Knock)

- каждая сторона несет ответственность за свой персонал и имущество, включая своих подрядчиков и субподрядчиков независимо от вины;
- уникальность применения в добывающей промышленности;
- подход, разработанный в прецедентах английского и шотландского права;
- исключение в применении: потеря оборудования, находящегося в зоне ответственности или под контролем заказчика (в скважине)



Катастрофические события (виды)

Катастрофические события (Catastrophic / Excluded Risks):

- **нарушение конструкции, утрата (loss), повреждение (damage) скважины, ухудшение свойств пласта (formation) или залежи (reservoir);**
- **пожар (fire), взрыв (explosion), фонтанирование скважины (wild well) или неконтролируемый выброс из скважины (blow-out);**
- **загрязнение (pollution) и/или заражение (contamination), происходящее от скважины и/или резервуара;**
- **радиоактивное заражение (radioactive contamination), возникшее в недрах;**
- **утрата, повреждение нефте- и/или газовых производственных сооружений (facilities) или нефте- и/или газотрубопроводов (pipelines), или буровых установок (rigs / vessels).**



Убытки, не подлежащие оценке (виды)

Убытки, не подлежащие оценке (Inestimable damages)

включают в себя:

1. **Штрафные** (punitive), **случайные** (incidental), **специальные** (special) убытки;
2. **Упущенную выгоду** (loss of profits), **приостановление деловой активности** (business interruptions);
3. **Косвенные убытки** (Consequential or indirect damages) :
 - Утрата данных (Loss of data);
 - Потеря продукции / добычи (Loss of product / production);
 - Потеря активов (Loss of assets);
 - Невозможность эксплуатации (Loss of use);
 - Простой буровой установки (Loss of rig time);
 - Потеря контрактов (Loss of contracts).



ЧАСТЬ 2. ТРИ ОСНОВНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ИНСТРУМЕНТА.

Форма вины

Возмещение потерь

Ограничение ответственности



Форма вины. Обычная неосторожность

Обычная неосторожность (ordinary negligence)

определяется с помощью **объективного критерия** и при **отсутствии необходимости в изучении субъективного отношения** нарушителя к совершенным им действиям:

- виновное лицо не проявляет ту **заботливость**, которую проявило бы **любое разумное лицо**, действующее в **подобных обстоятельствах** (американский подход **без требования к профессиональным качествам**);
- лицо признается невиновным, если при той степени **заботливости и осмотрительности**, какая от него требовалась по **характеру обязательства и условиям оборота**, оно приняло меры для надлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 401 ГК РФ с **требованием к профессиональным качествам**).



Форма вины. Грубая неосторожность

Грубая неосторожность (gross negligence) определяется с помощью **объективного критерия** и изучения **субъективного отношения** нарушителя к совершенным им действиям в соответствии с американским подходом:

- **крайняя степень отклонения (extreme departure)** от заботливости, требуемой в предполагаемых обстоятельствах либо **отсутствие даже небольшой степени заботливости (slight care)** – **объективный критерий**;
- **лицо должно знать** о наступлении риска, но продолжать действовать, сохраняя **сознательное безразличие (indifference)** к правам, безопасности и благополучию других лиц – **субъективный критерий**.



Форма вины. Грубая неосторожность 2

Грубая неосторожность (gross negligence) означает:

- не проявление обязанным лицом той **минимальной степени** заботливости и осмотрительности, какую можно было ожидать от **всякого участника** имущественного оборота, окажись он на его месте, и не принятие обязанным лицом **очевидных мер** в целях надлежащего исполнения обязательства;
- любое действие или бездействие, образующее **безрассудное пренебрежение** (reckless disregard) последствиями, которые могут **причинить вред** (harmful), которых можно **избежать** (avoidable) и наступление которых можно **разумным образом предвидеть** (reasonably foreseeable).



Форма вины.

Умышленное неправомерное поведение

Умышленное неправомерное поведение (willful misconduct) отражает крайнюю степень вины соответствии с американским подходом:

- **лицо знает, что его действия вероятно приведут к причинению вреда или его поведение может быть расценено как умышленное пренебрежение (intentional disregard) вероятными последствиями;**
- **не означает злого умысла или крайней степени безразличия, граничащего с черствостью (callous) и отличающегося от простой беспечности (unheedful).**



Форма вины.

Минимальная степень заботливости (1)

Витрянский В.В. (Договорное право 1997 г.):

Грубая неосторожность – не проявление должником той **минимальной степени заботливости и осмотрительности**, какую можно было бы ожидать от **всякого участника имущественного оборота**, окажись он на месте должника, и не принятие должником **очевидных (хотя бы элементарных) мер** надлежащего исполнения обязательств.

Для оценки вины должника **не имеют никакого правового значения** индивидуальные качества должника и тем более его «**психические переживания**» в связи с совершенным им правонарушением. Вместо этого используется абстрактная модель ожидаемого поведения в той или иной ситуации разумного и добросовестного участника имущественного оборота.



Форма вины.
Минимальная степень заботливости (2)

Постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств» (п. 7):

- в обоснование **отсутствия умысла** должником, ответственность которого устранена или ограничена соглашением сторон, могут быть представлены доказательства того, что им проявлена хотя бы **минимальная степень заботливости и осмотрительности** при исполнении обязательства.

Этот подход использован в Постановлениях Восемнадцатого Апелляционного суда от 04.06.2020 г. № 18АП-4359/2020; Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.01.2017 г. № А46-13176/2015.



Форма вины.
Минимальная степень заботливости (3)

Постановление Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 31.08.2016 по делу №А46-13176/2015:

- Неосторожность, в свою очередь подразделяется на **простую и грубую**. Так, лицо, действующее с простой неосторожностью, соблюдает **минимальные, но не все необходимые требования**, а лицо, действующее с грубой неосторожностью, **не считается с минимальными требованиями осмотрительности и внимательности**.



Катастрофа на платформе Deepwater Horizon (2010)

До катастрофы



Во время катастрофы



- 11 человек погибли;
- за 152 дня вылилось около 5 миллионов баррелей нефти;
- нефтяное пятно достигло площади 75 тысяч кв. км. (5 % площади Мексиканского залива).



Форма вины.
Дело Mascondo (2014)

Выводы Суда Восточного округа Луизианы:

- Выброс нефти произошел по вине компании BP, ее **грубой неосторожности и умышленного неправомерного поведения;**
- Компании BP, Transocean и Halliburton, каждая по отдельности, несут ответственность по морскому праву за выброс нефти, взрыв и разлив нефти. Поведение компании BP оценивается как **безрассудное (reckless)**, компании Transocean и Halliburton – как **небрежное**. Степень вины вышеназванных компаний определяется в следующем процентном соотношении: компания BP – 67%, компания Transocean – 30%, компания Halliburton – 3%.



Возмещение потерь. Основные принципы

Оговорка о возмещении потерь (indemnity clause):

- Система гарантий, обеспечивающих урегулирование претензий, предъявляемых одной из сторон или третьими лицами, и предоставление компенсации стороне, чьи интересы подпадают под защиту оговорки;
- **Сфера применения:** Принцип взаимного освобождения от ответственности, Установление предела ответственности, Интеллектуальная собственность;
- Достигает **наибольшей степени эффективности** в национальных правовых системах, предоставляемых сторонам наиболее широкие права по самостоятельному урегулированию (**принцип диспозитивности**) своих отношений (английское право).



Отличие возмещения потерь от убытков. Российский подход

Возмещение потерь предусмотрено в ст. 406.1 ГК РФ (введена в 2015 году).

Имущественные потери	Убытки
1. Основание возникновения обязанности по возмещению	
Наступление определенных обстоятельств, не связанных с нарушением обязательств другой стороной	Нарушение договорного обязательства одной из сторон
2. Причинная связь между действиями и последствиями	
Отсутствие причинной связи между действиями другой стороны и наступившими обстоятельствами	Наличие причинной связи между действиями лица, причинившего убытки, и неблагоприятными последствиями для другой стороны по договору

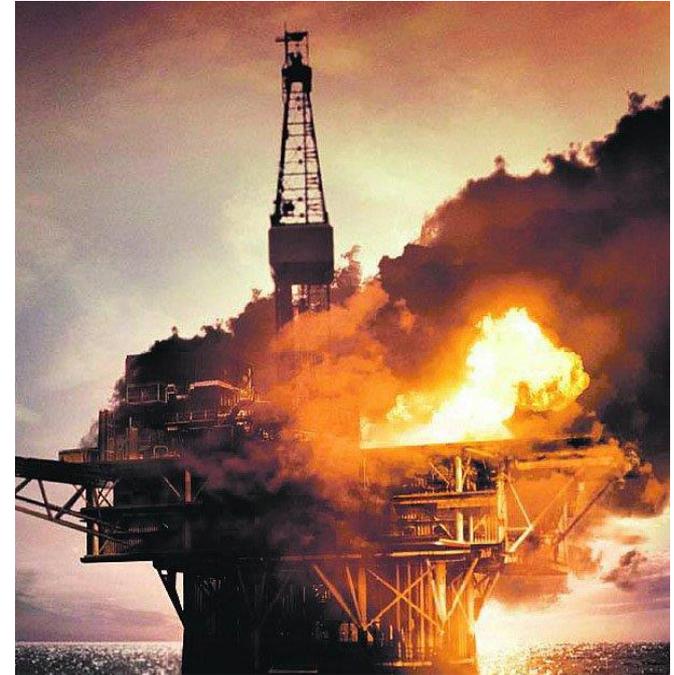


Катастрофа на платформе Piper Alpha (1988)

До катастрофы



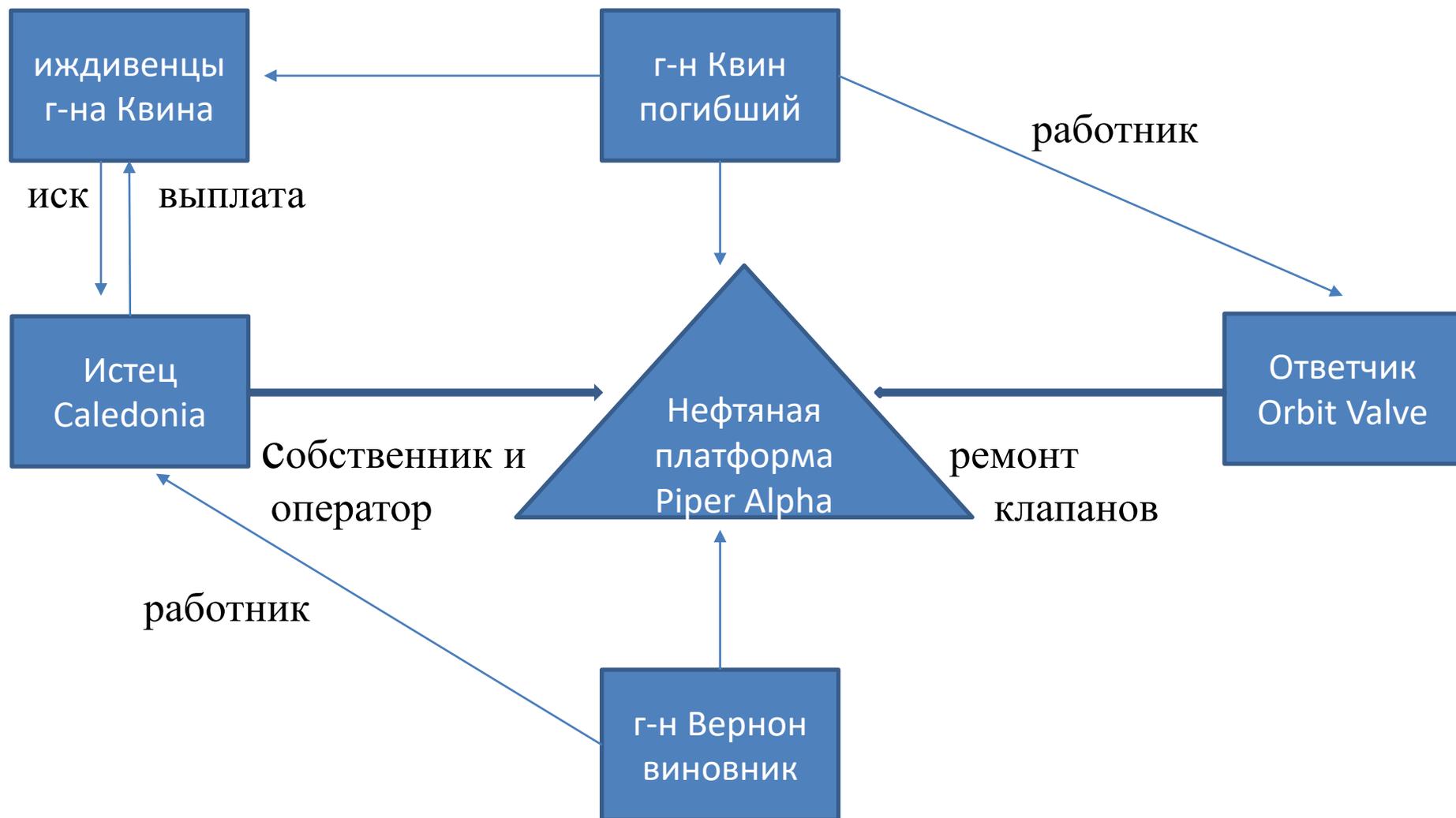
Во время катастрофы



- 167 человек погибли;
- затронула 10% добычи нефти в Великобритании;
- привела к финансовым потерям примерно в £2 млрд (эквивалент \$5 млрд сегодня).



Возмещение потерь. Дело Orbit Valve (1994)





Возмещение потерь.
Дело Orbit Valve (1994) (2)

Оговорка о возмещении потерь (*indemnity clause*):

«Каждая сторона предоставит возмещение потерь (*indemnity*) другой стороне ..., при условии, что другая сторона действовала добросовестно (*good faith*), по любой претензии, требованию, основанию иска, расходам или ответственности по возмещению убытков ..., возникшим по причине причинения вреда или смерти работника ... стороны, предоставляющей возмещение (*indemnifying party*), произошедшей в результате выполнения или связанной с выполнением Заказа»



Возмещение потерь.
Дело Orbit Valve (1994) (3)

Тест Мортонa:

- оговорка содержит положения, **явно освобождающие** лицо, в интересах которого оговорка сделана, от последствий неосторожности своих работников – оговорка подлежит применению;
- оговорка не содержит явной ссылки на неосторожность – суд должен установить, достаточно ли **широка используемая терминология** (в своем обычном смысле) для того, чтобы распространять свое действие на неосторожность работников;
- оговорка содержит достаточно широкую терминологию – суд должен установить, могут ли убытки возникнуть по **другому основанию** (основанию, которое не является надуманным (fanciful) или отдаленным (remote)).



Возмещение потерь.
Дело Orbit Valve (1994) (4)

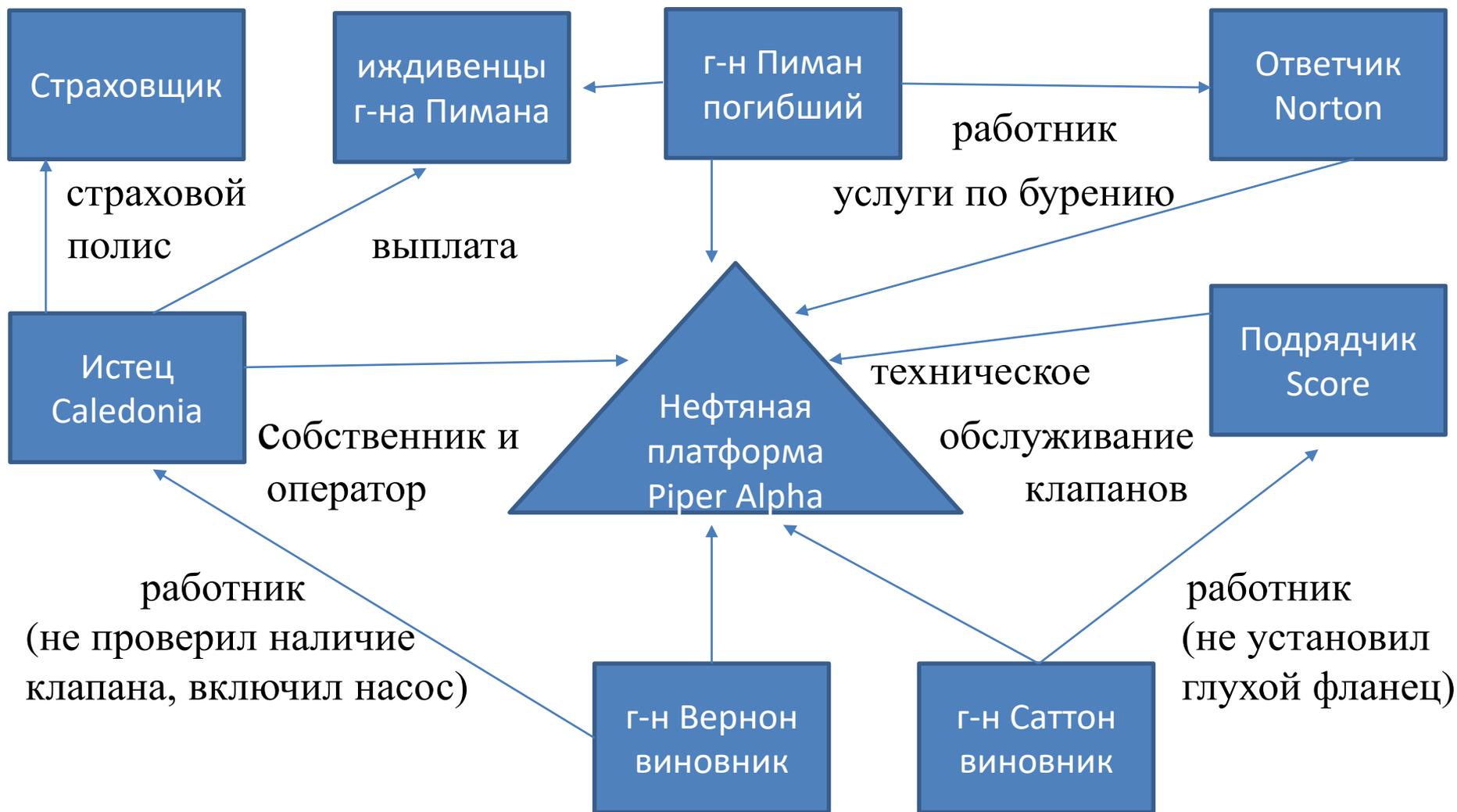
Выводы Апелляционного Суда:

1. В п. 10 (b) отсутствовала какая-либо ссылка на **неосторожность** (*negligence*). Пункт 10 (b) не следует толковать как положение, распространяющее сферу своего действия на последствия неосторожности сторон и их работников ...

2. Пункт 10 (b) следует рассматривать как положение, применяющееся путем взаимных исключений и возмещений потерь, согласованного распределения рисков. Правильное толкование пункта 10 (b) предусматривает, что **каждая сторона** должна нести и принимать **риск собственной неосторожности** (*own negligence*), и если данный подход является правильным, условия о возмещении потерь не применяются, если рассматриваемое событие произошло не только в результате нарушения стороной обязанности, установленной законом (*statutory duty*), но также и в результате ее неосторожности.



Возмещение потерь. Дело London Bridge (2002)





Возмещение потерь.
Дело London Bridge (2002) (2)

Оговорка о возмещении потерь (indemnity clause):

«Подрядчик должен возместить потери Оператора по любой претензии, возникшей по причине причинения вреда здоровью или жизни работника безотносительно к **встречной неосторожности** (*contributory negligence*) лица, в активной или пассивной форме, которому должно быть предоставлено возмещение потерь, если такой вред здоровью или жизни работника не был причинен в результате **единоличной неосторожности** (*sole negligence*) или **намеренного неправомерного поведения** лица, которому должно быть предоставлено возмещение потерь.



Возмещение потерь. Дело London Bridge (2002) (3)

Позиция Ответчиков:

- фраза о встречной неосторожности означает неосторожность оператора, причастного (contributing) к причине смерти или причинения вреда здоровью наряду с неосторожностью подрядчика или нарушением им обязанности, предусмотренной законом, что подразумевает **наличие вины у Подрядчика** как **основание** для возникновения у него обязанности по **возмещению потерь оператора**.

Вывод Палаты Лордов:

- Исходя из естественного толкования фраза о **встречной неосторожности** означает неосторожность, **относящаяся** (contributing) к **причине аварии**, как противоположность понятию «единоличная неосторожность», повлекшая причинение вреда.



Исключение косвенных убытков. Дело London Bridge (2002)

Оговорка об исключении косвенных убытков:

«Несмотря на любые иные положения договора, ни при каких обстоятельствах Подрядчик и Оператор не несут ответственность за возмещение другой стороне **косвенных убытков** (consequential losses), понесенных ею, включая, но не ограничиваясь убытками от **упущенной выгоды** (loss of profits), **потери продукции** (loss of production), **невозможности эксплуатации** (loss of use) или **приостановления деловой активности** (business interruption)»



Исключение косвенных убытков. Дело London Bridge (2002)

Позиция Ответчиков:

- косвенные убытки не возникают в результате **естественного хода вещей**, происходящих после нарушения;
- разумное лицо, оказавшись в положении нарушителя, может лишь с **малой долей вероятности** отнести **возможность судебного процесса** в штате Техас и взыскания убытков, превышающих размер убытков, обычно присуждаемых в аналогичных случаях шотландскими судами.

Вывод Палаты Лордов:

- возмещение вреда здоровью и жизни работников остается в рамках **одного правового режима независимо от степени осведомленности** Подрядчика о размере потерь Оператора;
- договоренность о согласованной сумме компенсации носит **разумный характер**;
- тот факт, что согласованный размер убытков превышал размер убытков, которые могли быть присуждены шотландским судом, **не меняет характер этих убытков**.



ЧАСТЬ 3. ТРИ ОСНОВНЫЕ ОГОВОРКИ

Оговорка «удар на удар»

Оговорка о возмещении потерь при катастрофических рисках

Оговорка о пределе ответственности



Сложность доказывания

Решение Арбитражного Суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 07.07.2011г. по делу № А75-11181/2010:

«При таких обстоятельствах суд приходит к выводу, что **истец не доказал отсутствия своей вины** в произошедшей аварии, равно как и **не доказал вины иного лица**. Основания для взыскания денежных средств с ответчика по результатам ликвидации истцом произошедшей аварии не усматриваются»

«В рассматриваемом случае **ответчик не доказал** существенных обстоятельств с целью взыскания указываемых убытков с истца, в том числе, обязанность истца по их возмещению ответчику, **вину истца, наличие причинно-следственной связи** применительно к избранному ответчиком способу защиты права, условиям договора сторон, размер убытков по каждой заявленной части».



Оговорка «удар на удар» Группа Стороны

«Группа» Стороны охватывает все юридические лица, входящие в группу:

- **дочерние компании** Стороны;
- **все вышестоящие и нижестоящие компании** в цепочке корпоративных собственников;
- **подрядчики и субподрядчики**, поставщики и исполнители, привлекаемые Стороной для выполнения Работ.

Признаки дочернего общества:

- преобладающее участие материнского юридического лица в **уставном капитале**;
- возможность материнского юридического лица прямо или опосредованно, либо в соответствии с договором **определять решения**, принимаемые таким обществом.



Оговорка «удар на удар» Персонал

В случае возникновения у Заказчика необходимости исполнения любых Требований правового характера, возникших в связи с причинением **Группой Заказчика** вреда жизни или здоровью **Персонала Подрядчика**, Подрядчик возмещает Заказчику все расходы и суммы, понесенные и/или выплаченные Заказчиком в связи с исполнением вышеназванных требований.

В случае возникновения у Подрядчика необходимости исполнения любых Требований правового характера, возникших в связи с причинением **Группой Подрядчика** вреда жизни или здоровью **Персонала Заказчика**, Заказчик возмещает Подрядчику все расходы и суммы, понесенные и/или выплаченные Подрядчиком в связи с исполнением вышеназванных требований.



Оговорка «удар на удар» Имущество

В случае возникновения у Подрядчика необходимости исполнения любых Требований правового характера, возникших по причине **утраты (гибели) или повреждения имущества либо чрезмерного износа Оборудования**, принадлежащего **Заказчику** и лицам, входящим в **Группу Заказчика**, Заказчик возмещает Подрядчику все расходы и суммы, понесенные и/или выплаченные Подрядчиком в связи с исполнением вышеназванных требований.

За исключением **особых обстоятельств** в случае возникновения у Заказчика необходимости исполнения любых Требований правового характера, возникших по причине **утраты (гибели) или повреждения имущества** либо **чрезмерного износа Оборудования**, принадлежащего **Подрядчику** и лицам, входящим в **Группу Подрядчика**, Подрядчик возмещает Заказчику все расходы и суммы, понесенные и/или выплаченные Заказчиком в связи с исполнением вышеназванных требований.



Оговорка о пределе ответственности.

Виды

1) По сфере действия:

- Общий предел совокупной ответственности по Генеральному договору;
- Специальные пределы ответственности, устанавливаемые для специальных вопросов Генерального договора (для вопросов выполнения работ ненадлежащего качества и.т.д.);
- Общий предел совокупной ответственности по Заказу на выполнение работ.

2) По способу определения:

- Стоимость части работ (нарушение требований качества);
- Стоимость работ, выполненных по Заказу на работы;
- Стоимость работ на скважине (за случай или серию случаев (инцидентов), произошедших на скважине);
- Стоимость оплаченных работ;
- Твердая денежная сумма;
- Процентное соотношение от цены Договора.



**Оговорка о пределе ответственности
Вопросы для размышления (1)**

1) Если **специальный предел ответственности** (по вопросам ненадлежащего качества работ) **превышают общий предел совокупной ответственности?**

2) Если **общий предел ответственности уже достигнут** в результате предыдущих выплат Подрядчиком, а он продолжает платить?



Оговорка о пределе ответственности
Возможные варианты ответов на вопрос 1

Позиция Заказчика: Налицо ошибка в разработке договорных положений, поскольку специальный предел ответственности не может превышать общий.

Позиция Подрядчика: Могут существовать случаи, когда стороны договорятся о проведении более дорогостоящих работ, стоимость которых может превышать даже общий предел ответственности. В этом случае, одной из гарантий Подрядчика от несения неблагоприятных последствий в результате непрогнозируемых направлений бизнеса и усмотрения операционных менеджеров является установление предела общей совокупной ответственности, которая имеет приоритет (особенно, в случаях использования фразы «невзирая на другие положения Договора») над другими пределами ответственности.



**Оговорка о пределе ответственности
Возможные варианты ответов на вопрос 2**

Позиция Заказчика: Оговорка об ограничении ответственности не применяется, поскольку она «выработала свой ресурс» и последующие платежи Подрядчика говорят об отказе в применении общего предела ответственности.

Позиция Подрядчика: Использование оговорки об ограничении ответственности является правом, а не обязанностью Подрядчика. Неприменение ее в некоторых случаях не свидетельствует об утрате у Подрядчика право на обращение к ней в случаях, когда Подрядчик сталкивается с серьезным ущемлением своих прав.