

I. ПРИМЕНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Рассмотрение споров, связанных с применением законодательства об обязательственном праве

Оболонкова Е. В.,

ведущий научный сотрудник отдела гражданского
законодательства и процесса ИЗиСП, кандидат юридических наук

К вопросу об определении правовой природы гарантийного удержания

(решение Арбитражного суда г. Москвы от 24 ноября 2020 г. по делу
№ А40-94432/20-43-719)

Акционерное общество по электромонтажу электростанций и подстанций «Электроуралмонтаж» (далее — АО «Электроуралмонтаж») обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к АО «Теплоэнергетическая компания Мосэнерго» (далее — АО «ТЭК Мосэнерго») о взыскании процентов (403 213,51 руб.) за пользование чужими денежными средствами, начисленных на основании ст. 395 ГК РФ.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 24 ноября 2020 г., оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 февраля 2021 г. и постановлением Арбитражного суда Московского округа от 4 июня 2021 г., в удовлетворении иска

отказано. Определением Верховного Суда РФ от 16 декабря 2021 г. № 305-ЭС21-14922 указанные судебные акты были отменены, дело направлено на новое рассмотрение в Арбитражный суд г. Москвы. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 24 мая 2022 г. заявленные требования удовлетворены в полном объеме.

Обстоятельства дела: между АО «ТЭК Мосэнерго» (генподрядчик, ответчик) и АО «Электроуралмонтаж» (субподрядчик, истец) было заключено семь договоров субподряда на выполнение работ на производственно-технологическом комплексе Нижнетуруинской ГРЭС по адресу: Свердловская обл., г. Нижняя Тура, ул. Нагорная, 22: договор № 05/Н/13-9517 от 2 октября 2013 г. (далее — договор № 9517); договор № 05/Н/13-56281 от 25 декабря 2013 г. (далее — договор № 56281); договор № 05/Н/14-56342 от 28 февраля 2014 г. (далее — договор № 56342); договор № 05/Н/14-56444 от 21 апреля 2014 г. (далее — договор № 56444); договор № 05/Н/15-57242 от 30 июня 2015 г. (далее — договор № 57242); договор № 05/Н/15-57269 от 30 июня 2015 г. (далее — договор № 57269); договор № 05/Н/15-57321 от 23 июля 2015 г. (далее — договор № 57321) (совместно — договоры).

Работы по указанным договорам субподряда были выполнены субподрядчиком надлежащим образом и в установленном договорами порядке сданы генподрядчику по актам окончательной приемки. В соответствии с условиями договоров генподрядчиком было произведено удержание гарантийных сумм из денежных средств, выплачиваемых субподрядчику за выполненные работы, в размере 5 %. Гарантийные суммы в размере 5 % от общей цены каждого из договоров подлежали выплате субподрядчику в течение 30 дней после истечения установленного соответствующим договором гарантийного срока.

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 14 ноября 2019 г. по делу № А40-229591/2019 (далее — решение по делу № А40-229591/2019), оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 января 2020 г., с генподрядчика было взыскано 5 500 711,08 руб. задолженности по договорам, а также 50 504 руб. в возмещение расходов по уплате госпошлины.

При рассмотрении дела арбитражным судом были установлены следующие обстоятельства: конкретные даты наступления обязательства генподрядчика выплатить гарантийные суммы; задолженность генподрядчика в общем размере 5 500 711,08 руб., включающая в себя гарантийные суммы по семи договорам субподряда: 705 237,95 руб. — по договору № 9517, оплата в срок до 17 марта 2019 г.; 2 869 115,48 руб. — по договору № 56281, оплата в срок до 17 марта 2019 г.; 727 886,70 руб. — по договору № 56342, оплата в срок до 16 января 2019 г.; 69 427,30 руб. — по договору № 56444, оплата в срок до 30 октября 2016 г.; 286 576,22 руб. — по договору № 57242, оплата в срок до 29 января 2019 г.; 838 825,95 руб. — по договору № 57269, оплата в срок до 29 января 2019 г.; 3 641,48 руб. — по договору № 57321, оплата в срок до 29 января 2018 г.

Решение по делу № А40-229591/2019 было частично исполнено 10 февраля 2020 г. на сумму 219 653,67 руб. путем списания денежных средств со счета генподрядчика в ТКБ Банк и в полном объеме исполнено 28 февраля 2020 г. на сумму 5 331 561,41 руб. путем списания денежных средств со счета генподрядчика в Банке ГПБ.

Впоследствии АО «Электроуралмонтаж» обратилось с иском к АО «ТЭК Мосэнерго» о взыскании 401 698,54 руб. неустойки по названным выше семи договорам субподряда. Решением Арбитражного суда г. Москвы от 25 мая 2020 г. по делу № А40-46624/20-19-337 в удовлетворении заявленных требований было отказано по следующим основаниям: истец надлежащим образом выполнил работы, что подтверждено решением по делу № А40-229591/2019, и полагал, что поскольку ответчиком обязательства по оплате выполненных работ выполнены с нарушением условий договоров субподряда, то с ответчика подлежит взысканию также неустойка, предусмотренная п. 11.15 договоров в размере 401 698,54 руб. Так, согласно п. 11.15 каждого из названных договоров в случае нарушения сроков оплаты выполненных и принятых работ более чем на 20 дней генподрядчик обязан выплатить проценты субподрядчику в размере 1/360 ставки рефинансирования за каждый день просрочки, установленной Центральным банком РФ.

Между тем, по мнению суда, стороны в соответствии с требованиями ГК РФ и в надлежащей форме не согласовали применение неустойки на случай задержки ответчиком оплаты гарантийного удержания. Пункт 11.15 договоров предусматривает начисление неустойки на случай задержки оплаты выполненных субподрядчиком и принятых ответчиком работ, в то время как истец просил взыскать неустойку в связи с просрочкой ответчиком возврата гарантийного удержания. Поскольку в договоре прямо не указано на возможность начисления неустойки за несвоевременный возврат размера гарантийного удержания, суд при толковании условий договора исходил из того, что сторонами не предусмотрена возможность применения ответственности к генподрядчику за нарушение указанных сроков. Ссылка истца на то, что размер гарантийного удержания входит в сумму задолженности, была признана судом несостоятельной, поскольку природа гарантийного удержания иная, чем оплата выполненных работ по договору.

Ссылаясь на несвоевременную выплату генподрядчиком суммы гарантийного удержания, субподрядчик вновь обратился в арбитражный суд с иском о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами. Истец полагал, что обязательство по выплате гарантийного удержания является денежным и за несвоевременную выплату гарантийного удержания подлежат начислению проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ. При этом согласно представленным истцом расчетам проценты составили 403 213,51 руб.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что спор возник в связи с просрочкой возврата суммы гарантийного удержания, которая входит в состав оплаты по договорам; в п. 11.15 договоров стороны согласовали условие о неустойке за ненадлежащее исполнение генподрядчиком обязательств по оплате выполненных и принятых работ, поэтому в силу п. 4 ст. 395 ГК РФ проценты взысканию не подлежат. Суд округа поддержал выводы судов первой и апелляционной инстанций.

Однако, по мнению Судебной коллегии Верховного Суда РФ по экономическим спорам (далее — Судебная коллегия), судами не были

учтены следующие обстоятельства: в частности, в соответствии с п. 2 ст. 1 и ст. 421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Из указанного принципа следует право сторон по своему усмотрению определить порядок уплаты всей или части стоимости при наступлении какого-либо обстоятельства в течение определенного срока после передачи результата работ (например, оплата производится, если в гарантийный период не будут выявлены скрытые недостатки переданного объекта), что согласно сложившейся практике деловых отношений именуется гарантийным удержанием.

Такой порядок оплаты с экономической точки зрения выполняет обеспечительную функцию, является относительно распространенным в обороте и не противоречит п. 2 ст. 746 ГК РФ (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 июля 2013 г. № 4030/13, определение Верховного Суда РФ от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977).

Гарантийное удержание представляет собой договорное условие о возможности удержания заказчиком части стоимости работ для покрытия возможных расходов, вызванных ненадлежащим исполнением подрядчиком обязательств в отношении качества работ. Поскольку гарантийное удержание законодательством не предусмотрено, то стороны при включении данного условия в договор должны согласовать размер, порядок удержания при оплате работ; в договоре также могут быть согласованы порядок и срок возврата гарантийного удержания.

Разделом 8 договоров предусмотрено, что в целях надлежащего исполнения обязательств субподрядчика по договорам генподрядчик при оплате выполненных работ удерживает в счет гарантийной суммы денежные средства из сумм соответствующих платежей, а также согласованы сроки выплаты субподрядчику гарантийных сумм.

При этом, несмотря на то, что в рассматриваемом случае формирование гарантийного фонда было произведено не внесением (перечислением) денежных средств субподрядчиком, а путем уменьшения

на определенный договорами размер процентов суммы, подлежащей оплате генподрядчиком за выполненные субподрядчиком работы, правовая природа переходящих в фонд гарантийного удержания денежных средств и задолженности по оплате выполненных субподрядчиком работ различна.

По существу переходящие в согласованном сторонами порядке в фонд гарантийного удержания денежные средства имеют природу обеспечительного платежа, обеспечивающего денежное обязательство субподрядчика (оно может возникнуть в будущем), связанное с качеством выполненных работ (ст. 381¹ ГК РФ). В рассматриваемом случае истечение гарантийного срока и отсутствие претензий генподрядчика свидетельствуют о надлежащем исполнении субподрядчиком своих обязательств по договору подряда и об их прекращении, что влечет прекращение обеспечивающих обязательств.

Исходя из изложенного спорные отношения сторон нельзя признать связанными с нарушением генподрядчиком срока оплаты работ, что исключает применение ответственности, предусмотренной п. 11.15 договоров. При этом следует отметить, что ненадлежащее исполнение обязательств влечет для должника негативные последствия.

В случае неисполнения денежных обязательств, к которым относится обязательство выплаты субподрядчику суммы гарантийного удержания, мерой ответственности может выступать взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами, начисленных на сумму долга. Такой способ защиты прав кредитора предусмотрен положениями п. 1 ст. 395 ГК РФ.

В пункте 37 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» содержатся разъяснения, согласно которым проценты, предусмотренные п. 1 ст. 395 ГК РФ, подлежат уплате независимо от основания возникновения обязательства (договора, других сделок, причинения вреда, неосновательного обогащения или иных оснований, указанных в ГК РФ).

Применение положений ст. 395 ГК РФ в конкретных спорах зависит от того, являются ли спорные имущественные правоотношения гражданско-правовыми, а нарушенное обязательство — денежным (определение Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2001 г. № 99-О).

Судебная коллегия также отметила, что положениями ст. 421 ГК РФ предусмотрено, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Это включает в себя свободу заключать или не заключать договор, свободу выбирать вид заключаемого договора (включая возможность заключения смешанного или непоименованного договора), свободу определять условия договора по своему усмотрению.

Вместе с тем юридическое равенство сторон предполагает, что подобная свобода договора не является абсолютной и имеет пределы, которые обусловлены в том числе недопущением грубого нарушения баланса участников правоотношений.

По мнению Судебной коллегии, суды не проанализировали названное условие договоров и не исследовали вопрос о пределах ограничения ответственности генподрядчика в виде начисления процентов за просрочку выплаты гарантийных сумм. Между тем исключение ответственности должника за неисполнение денежного обязательства, предусмотренной положениями п. 1 ст. 395 ГК РФ, в случае умышленного нарушения не может быть обосновано принципом свободы договора, поскольку наличие такого преимущества у одной из сторон договора грубо нарушает баланс интересов сторон, поскольку в таком случае субподрядчик не получает полной оплаты за надлежащим образом выполненные работы, однако генподрядчик не несет никакой имущественной ответственности за время просрочки.

Таким образом, условие об исключении ответственности генподрядчика за просрочку выплаты гарантийного удержания должно признаваться ничтожным (в случае, если генподрядчик полностью освобождается от какой-либо ответственности) либо толковаться ограничительно в системной взаимосвязи с положениями п. 4 ст. 401 ГК РФ как не подлежащее применению к случаям умышленного нарушения генподрядчиком своих обязательств.

В связи со сказанным судебные акты на основании п. 1 ст. 291¹¹ АПК РФ были отменены Судебной коллегией с направлением дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

При новом рассмотрении дела суд первой инстанции учел отмеченные обстоятельства, указав, в частности, что отношения между истцом и ответчиком вытекают из договора подряда, являются гражданско-правовыми, обязательство ответчика является денежным — он обязан вернуть сумму гарантийного удержания, выраженную в рублях, а раздел 8 договоров о характере гарантийной суммы не может толковаться как освобождение ответчика от ответственности за несвоевременный возврат гарантийной суммы. В соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности. Таким образом, по мнению суда, требование истца о взыскании процентов в сумме 403 213,51 руб. — законное, обоснованное, подтверждено имеющимися в деле документами, представленными истцом, не опровергнуто ответчиком и подлежит удовлетворению.

Основным вопросом, возникшим при рассмотрении данного дела, является правовая природа гарантийного удержания. Данная мера традиционно востребована в практике подрядных отношений, особенно в настоящее время (среди последних судебных актов — определения Верховного Суда РФ от 11 апреля 2022 г. № 309-ЭС22-2943 по делу № А50-12248/2020 и от 14 февраля 2022 г. № 310-ЭС21-28206 по делу № А14-10325/2020, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 28 апреля 2022 г. № Ф09-1186/22 по делу № А60-13497/2021, постановление Арбитражного суда Московского округа от 27 апреля 2022 г. по делу № А41-54394/21, постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25 апреля 2022 г. по делу № А67-4433/2021, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 апреля 2022 г. № Ф07-3443/2022 по делу № А13-3657/2021). Однако правовая природа и особенности применения гарантийного удержания

по-прежнему неоднозначно оцениваются в правоприменительной практике и являются дискуссионными в юридической литературе.

Так, О. А. Беляева в одной из своих ранних работ, пытаясь определить правовую природу гарантийного удержания, отмечала, что «... гарантийные удержания в подрядных отношениях не соответствуют ни одной из известных современных моделей обеспечительных сделок. Представляется, что нельзя их признавать и самостоятельным («нетрадиционным») способом обеспечения исполнения договорных обязательств... подобное договорное условие не соответствует нашему законодательству, в котором нет норм, позволяющих не доплатить подрядчику за работу, которая была принята заказчиком без претензий по объему, качеству и цене. Обязанность заказчика оплатить стоимость работ обусловлена самим фактом выполнения работ и принятия их результатов заказчиком»¹. В то же время О. А. Беляева не отрицала, что в некоторых зарубежных странах практика гарантийных удержаний по строительным работам не только существует, но и легализована².

Данная категоричная позиция представляется не совсем верной, поскольку вряд ли в полной мере соответствует принципу свободы договора, закрепленному в ст. 421 ГК РФ, а также сложившейся достаточно обширной практике применения этой меры в хозяйственных отношениях.

О. Б. Копылов также отмечает, что в последнее время при заключении договоров строительного подряда стало широко использоваться гарантийное удержание в качестве обеспечительной меры исполнения подрядчиком обязательств по договору³. С целью исключения толкования, согласно которому гарантийное удержание не подпадает под признаки удержания, указанный автор предлагает заменить понятие

¹ Беляева О. А. Гарантийные удержания при подрядных отношениях в строительстве // Право и экономика. 2008. № 5. С. 29.

² Там же.

³ См.: Копылов О. Б. Гарантийное удержание как обеспечение качества выполненных подрядчиком работ по договору строительного подряда // Юрист. 2012. № 22. С. 20.

«гарантийное удержание» на «гарантийное обеспечение», а также дать законодательное определение последнего понятия, дополнив ГК РФ ст. 756 «Гарантийное обеспечение качества выполненных работ в договоре строительного подряда», изложив ее в следующей редакции:

«1. Гарантийным обеспечением признается сумма денежных средств, удержанная заказчиком на гарантийный срок, установленный законом или договором, или иной срок, установленный в договоре строительного подряда, из стоимости фактически выполненных подрядчиком работ по договору строительного подряда в счет обеспечения исполнения подрядчиком договорных обязательств, в том числе по качеству выполненных работ.

2. Договором строительного подряда может быть предусмотрено право заказчика на удержание гарантийного обеспечения качества выполненных подрядчиком работ в размере, установленном сторонами строительного подряда»⁴.

О. Г. Ершов также подчеркивает, что в юридической литературе проблеме гарантийных удержаний уделяется недостаточно внимания, в основном исследуется правовая природа гарантийного удержания, его обеспечительная функция, а момент возврата гарантийных удержаний достаточно не исследован. Указанным автором отмечается, что при отсутствии прямого закрепления в гл. 37 ГК РФ норм о гарантийном удержании и условиях его возврата наряду с открытым перечнем способов обеспечения исполнения обязательств защитить «слабую сторону» в условиях действующего состояния законодательства будет достаточно сложно⁵.

Рассматривая вопрос о взыскании процентов за период гарантийного удержания, О. Г. Ершов также приходит к выводу, что отсутствие прямого нормативного закрепления юридической конструкции гарантийного удержания не позволяет сделать выводы о возможности или невозможности начисления процентов на сумму удержания

⁴ Там же.

⁵ См.: Ершов О. Г. О моменте возврата гарантийного удержания при исполнении подрядного обязательства в строительстве // Право и экономика. 2020. № 6. С. 58.

в период их нахождения у заказчика. По его мнению, нужны дополнительные правовые инструменты, которые должны позволить добиться состояния невозможности одной из сторон извлекать необоснованную выгоду⁶.

Анализируя вопросы применения обеспечительного платежа, С. А. Изюров отмечает, что суды квалифицируют в качестве обеспечительного платежа условия договоров подряда об удержании заказчиком части стоимости выполненных работ в обеспечение исполнения гарантийных обязательств подрядчика⁷ (постановления АС Уральского округа от 21 ноября 2016 г. по делу № А07-239/2016, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 апреля 2017 г. по делу № А50-12068/2016). Автор приходит к выводу, что такой подход, несмотря на отличие порядка получения кредитором соответствующих денежных средств, является обоснованным. По его мнению, с экономической точки зрения данные отношения тождественны: и в случае передачи обеспечительного платежа должником, и при удержании соответствующей суммы кредитором денежные средства, которые должны принадлежать должнику, находятся в имущественной массе кредитора с целью обеспечения возможных требований, которые

⁶ См.: Ершов О. Г. О праве подрядчика на проценты по гарантийному удержанию // Гражданское право. 2021. № 5. По мнению названного автора, во-первых, необходимо выявить наиболее слабую в отношениях сторону; во-вторых, должна даваться оценка поведению сторон как на момент вступления в договорные отношения, включая переговорные возможности, предложения и совершаемые действия по формированию условий, так и в период исполнения обязательства; в-третьих, обстоятельному анализу должны подвергнуться и условия договора, которые касаются иных положений, помимо гарантийного удержания; в-четвертых, заслуживает внимания подход, который сформировался в английском праве, когда денежные средства гарантийного удержания должны учитываться на отдельном банковском счете.

⁷ Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ глава 23 ГК РФ была дополнена § 8 «Обеспечительный платеж», согласно ст. 381¹ которого денежное обязательство, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора, и обязательство, возникшее по основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 1062 названного Кодекса, по соглашению сторон могут быть обеспечены внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы (обеспечительный платеж).

могут возникнуть в гарантийный период, условие об удержании суммы гарантийного платежа из стоимости выполненных работ следует рассматривать в качестве особого порядка внесения обеспечительного платежа⁸.

Достаточно подробно анализируя вопросы применения гарантийного удержания, Н. Б. Щербаков, в частности, отмечает, что представление о гарантийном удержании как условии договора о способе оплаты выполненных работ однозначно свидетельствует о том, что удерживаемая сумма составляет собственность заказчика, в связи с чем проводить параллели с удержанием или залогом не приходится (гарантийное удержание и удержание объединяют лишь похожее название и обеспечительная цель; залог и гарантийное удержание можно поставить рядом лишь как обеспечительные конструкции). Обеспечительный платеж, по мнению указанного автора, может быть сравнен скорее с залогом, где одна сторона обязательства дает другой стороне денежные средства в счет обеспечения возможного будущего ущерба, причиненного последней стороне первой⁹.

С. В. Сарбаш, в свою очередь, приходит к выводу, что гарантийное удержание подрядчика, являясь условием договора подряда об оплате работ, не урегулировано позитивным правом и не тождественно ни одной из близких правовых конструкций (задаток, обеспечительный платеж, зачет, залог, титульное обеспечение, удержание вещи), хотя и обнаруживает некоторые сходные черты с отдельными правовыми феноменами, имеющими целью обеспечение исполнения обязательства должником. В самом общем виде гарантийное удержание представляет собой недоплаченную подрядчику сумму за выполненные им работы в предположении того, что после сдачи результата работ заказчику в оговоренный в соглашении период могут быть обнаружены скрытые недостатки. Наиболее распространенный ареал

⁸ См.: Изюрьев С. А. Обеспечительный платеж: проблемы правоприменения // Арбитражные споры. 2020. № 3. С. 128-140.

⁹ См.: Комментарий к § 1, 3 и 4 главы 37 «Подряд» Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Н. Б. Щербакова. М.: Статут, 2019. С. 145.

использования гарантийного обеспечения — строительный подряд, которому имманентно наличие скрытых недостатков. Данное условие, по мнению С. В. Сарбаша, соответствует экономическому соотношению интересов сторон¹⁰.

С. В. Сарбаш также подчеркивает, что, хотя гарантийное удержание не принято рассматривать в ряду титульных обеспечительных мер, оно страдает от тех же рисков, которым подвержена эта категория обеспечения. Риски гарантийного удержания для подрядчика заключаются в том, что заказчик может не исполнить свое обязательство уплатить сумму гарантийного удержания, в том числе вследствие не состоятельности. В связи с этим более сбалансированными близкими к гарантийному удержанию конструкциями являются договор условного депонирования и залоговый счет¹¹.

Исходя из изложенного необходимо отметить следующее: гарантийное удержание является традиционно используемым в долгосрочных договорных, прежде всего подрядных, отношениях способом обеспечения выполнения работ, обеспечивающим соответствие качества работы условиям договора (ст. 721 ГК РФ), как в течение гарантийного срока, так и после его истечения (ст. 722 ГК РФ). Гарантийное удержание может применяться как в договорах строительного подряда, так и в других договорах о выполнении работ, в которых скрытые недостатки могут быть выявлены после приемки работ (п. 4 ст. 720 ГК РФ), а также в смешанных договорах, например о выполнении работ и об оказании услуг. Его включение в соответствующие договоры в полной мере отвечает принципу свободы договора, закрепленному в ст. 421 ГК РФ, и интересам сторон таких договоров, что подтверждается в том числе практикой Верховного Суда РФ.

Вместе с тем с учетом различных подходов, складывающихся при определении правовой природы гарантийного удержания как в судебной практике, так в литературе, целесообразным видится закрепление

¹⁰ Там же. С. 163.

¹¹ Там же. С. 164.

данного способа обеспечения выполнения обязательств непосредственно в ГК РФ. Как следует из приведенных точек зрения, в юридической литературе предлагается как закрепить правила о гарантийном удержании непосредственно в § 3 гл. 37 «Строительный подряд» ГК РФ, дополнив его ст. 756, так и рассматривать его в качестве разновидности обеспечительного платежа.

На наш взгляд, наиболее предпочтительным представляются закрепление и определение конструкции «гарантийное удержание» в § 1 гл. 37 «Общие положения о подряде». При этом следует согласиться с высказанной О. Б. Копыловым позицией относительно целесообразности использования термина «гарантийное обеспечение» вместо термина «гарантийное удержание» во избежание его смешения с удержанием вещи (ст. 359 ГК РФ)¹².

В связи с этим представляется возможным дополнить ст. 721 ГК РФ новым пунктом 2 («2. Договором подряда может быть предусмотрено право заказчика на удержание гарантийного обеспечения качества выполненных подрядчиком работ в размере, установленном сторонами договора подряда. При этом гарантийным обеспечением является сумма денежных средств, удержанная заказчиком на гарантийный срок, установленный законом или договором, или иной срок, установленный в договоре подряда, из стоимости фактически выполненных подрядчиком работ по договору подряда, в счет обеспечения исполнения подрядчиком условий договора, в том числе по качеству выполненных работ»), а п. 2 этой статьи считать п. 3.

Закрепление указанного правила сделает гарантийное удержание (гарантийное обеспечение) легальным способом надлежащего исполнения договора подряда, поможет определить его правовую природу как денежного обязательства, к которому применимы положения ст. 395 ГК РФ, а также будет способствовать формированию единообразной судебной практики применения этой меры.

¹² См.: Копылов О. Б. Указ. соч.