

**ТРЕБОВАНИЯ ПОДРЯДЧИКОВ, ПРЕДЪЯВЛЯЕМЫЕ В ОТНОШЕНИИ ВРЕМЕНИ И ДЕНЕГ:
ПОСЛЕДСТВИЯ НЕСВОЕВРЕМЕННОГО УВЕДОМЛЕНИЯ** (лекция 1.4.21, Астана)

**ВЫСТУПЛЕНИЕ СЭРА РУПЕРТА ДЖЕКSONА В СУДЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО
ЦЕНТРА «АСТАНА» ПЕРЕД ЮРИСТАМИ, ПРАКТИКУЮЩИМИ В ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ, 1
АПРЕЛЯ 2021 ГОДА**

СОДЕРЖАНИЕ

1. Введение
2. Общие положения об уведомлении
3. Продление срока
4. Более справедливое решение
5. Требования подрядчиков о дополнительной оплате

1. ВВЕДЕНИЕ

1.1 Настоящая статья. В настоящей статье рассматриваются практические и правовые проблемы, возникающие в тех случаях, когда подрядчик не подает уведомление о задержке, срыве или других аналогичных вопросах в соответствии с требованиями контракта. Также в статье рассматриваются ситуации, в которых обстоятельства оправдывают получение разрешения на продление срока и/или дополнительной оплаты. Я благодарен Кароле Бинни, обучающемуся адвокату в доме 4 по Нью-Сквер, за ее значительную помощь в подготовке этой статьи.

1.2 Сокращения. В настоящей статье:

‘П’ означает подрядчика (или продавца, или строителя в контексте судостроения).

‘Р’ означает работодателя (или покупателя в контексте судостроения).

‘ПВ’ означает продление времени.

‘ЛУУ’ означает ликвидированный и установленный ущерб за задержку.

‘СП’ означает субподрядчика.

‘ТСС’ означает Технологический и строительный суд в Лондоне.

2. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ УВЕДОМЛЕНИИ

2.1 Две широкие категории. Договорные положения, требующие от Р или П направления уведомления о требовании, могут (а) прямо указывать, является ли направление уведомления предварительным условием для удовлетворения требования, или (б) умалчивать о последствиях непредставления уведомления.

2.2 Подход к строительству. Поскольку это положение не дает ответы на все вопросы, суды будут опираться на интерпретацию, которая полностью исключает требования: *LB Merton v Stanley Hugh Leach* (1985) 32 BLR 51; *Obrascon Huarte Lain v Attorney General for Gibraltar* [2014] EWHC 1028 (ТСС).

2.3 Прямое предварительное условие. В тех случаях, когда в договоре четко оговорено предварительное условие для предъявления иска, суды приведут его в исполнение. Так должны поступать и арбитры. Пункт 2.5 первого издания условий FIDIC (Красная книга) предусматривает:

“Если Работодатель считает, что он имеет право на какую-либо оплату в соответствии с любым Пунктом настоящих Условий или иным образом в связи с Контрактом ... Работодатель или Инженер должны уведомить Подрядчика и сообщить ему подробности.
...

Уведомление должно быть сделано как можно скорее после того, как Работодателю стало известно о событии или обстоятельствах, послуживших основанием для предъявления требования. ... В деталях указывается пункт или иное основание требования и приводится обоснование суммы и/или продления, на которые, по мнению Работодателя, он имеет право в связи с Контрактом.

Заказчик имеет право только произвести зачет или вычет из суммы, удостоверенной в Платежном свидетельстве, или иным образом предъявить требования Подрядчику в соответствии с настоящим подпунктом.”

2.4 В *NH International v National Insurance Property Development Co Ltd* [2015] UKPC 37 Р не направил уведомление в соответствии с пунктом 5 условий FIDIC, что, в свою очередь, привело к отказу в требованиях Р. Тайный Совет (The Privy Council) отменил решение Апелляционного суда Тринидада и Тобаго и передал дело арбитра. В [38] – [40] Лорд Нойбергер сказал:

“38. Комиссия придерживается иной точки зрения. В соответствии с привлекательно аргументированными представлениями г-на Элвина Фицпатрика SC трудно понять, как слова пункта 2.5 могли бы быть более ясными. Его цель состоит в том, чтобы гарантировать, что требования, которые работодатель желает выдвинуть, независимо от того, предполагаются ли они в качестве зачета или перекрестных требований, не должны допускаться, если они не были предметом уведомления, которое должно быть дано “как можно скорее”. Если Работодатель мог полагаться на требования, которые были впервые уведомлены задолго до этого, то трудно понять, в чем состоял смысл первых двух частей пункта 2.5. Кроме того, если требование Работодателя может быть предъявлено с опозданием, то, по-видимому, не существует никакого метода, с помощью которого его можно было бы определить, поскольку функция Инженера связана с деталями, которые, в свою очередь, должны содержаться в уведомлении, которое, в свою очередь, должно быть подано “как можно скорее”.

39. Возможно, самое главное, как представляется Комиссии, это то, что анализ Апелляционного Суда упускает из виду тот факт, что, хотя заключительная часть пункта 2.5 ограничивает право Работодателя предъявлять требование путем зачета суммы, указанной в Платежном Сертификате, заключительными словами являются “или иным образом предъявлять требование Подрядчику в соответствии с настоящим подпунктом”. Очень трудно найти удовлетворительный ответ на утверждение о том, что естественным следствием заключительной части пункта 2.5 является то, что для того, чтобы быть действительным, любое требование Работодателя должно соответствовать первым двум частям пункта, и что это распространяется, но, в свете слова “иначе”, также не ограничивается зачетами и перекрестными требованиями.

40. В более общем плане Комиссии представляется, что структура пункта 2.5 такова, что он

применим к любым требованиям, которые Работодатель желает выдвинуть. Во-первых, “любой платеж по любому пункту настоящих Условий или иным образом в связи с Договором” — это слова действительно очень широкого охвата. Во-вторых, этот пункт ясно дает понять, что, если Работодатель желает выдвинуть такое требование, он должен сделать это незамедлительно и в конкретной форме: это, по-видимому, следует из связи роли Инженера с уведомлением и деталями. В-третьих, цель заключительной части пункта состоит в том, чтобы подчеркнуть, что в тех случаях, когда Работодатель не предъявил требование, как того требует предыдущая часть положения, зачет и перекрестные требования становятся невозможными.

- 2.5 Что подходит одному, должно подходить и другому. Если Р отстраняется от предъявления требований в тех случаях, когда оно не соответствует прямому предварительному условию для вручения уведомления, то можно подумать, что П также должен быть отстранен от предъявления требований в тех случаях, когда оно не соответствует такому предварительному условию. Действительно, именно это и предусматривает пункт 20.1 условий FIDIC. Но это может иметь довольно странное следствие, которое заключается в том, что П может лишиться права на продление времени и в конечном итоге заплатить ЛУУ за задержку, вызванную Р (например, поздними инструкциями по изменению).

3 ПРОДЛЕНИЕ ВРЕМЕНИ

- 3.1 Проблема. Особая проблема возникает в тех случаях, когда договорные положения делают направление уведомления предварительным условием права подрядчика на продление времени. Если действия Р или Инженера вызывают задержку, но П не направляет своевременного уведомления, означает ли, что (а) это исключает требование П на ПВ и (б) это возлагает ответственность на П в виде возмещения ЛУУ за задержку?
- 3.2 Противоречивые политические соображения. С одной стороны, уведомление П (если оно направлено) служит важной цели – Р может отслеживать последствия и, возможно, принимать превентивные меры, например, отзывая или изменяя инструкцию по изменению. Таким образом, Р может серьезно пострадать из-за того, что П не направил уведомление. С другой стороны, “принцип предотвращения” – это правовой принцип, означающий, что одна сторона не может возместить ущерб за нарушение обязательства, если она помешала другой стороне выполнить это обязательство.
- 3.3 Власти. Судьи не говорят в один голос по этому вопросу, отражая, без сомнения, противоречивые политические соображения.
- 3.4 Gaymark. В *Gaymark Investments v Walter Construction Group* [1999] NTSC 143 Р потребовал ликвидированные убытки в отношении П за задержку строительства отеля в Дарвине. Пункт 19.1 Особых условий Договора устанавливает условия в отношении направления уведомления о задержке. Пункт 19.2 Особых условий предусматривает:

“Подрядчик имеет право на продление времени для практического завершения работ только в тех случаях, когда ... (b)(i) подрядчик строго соблюдал положения подпункта SC19.1 и, в частности, направлял уведомления, требуемые подпунктом SC19.1,

строго в порядке и сроки, предусмотренные этим подпунктом."

3.5 Арбитр сделал следующие выводы:

(1) Подрядчик задерживался с завершением работы, включая задержку на 77 дней по причинам, за которые нес ответственность работодатель, но заявка подрядчика на продление времени была отклонена из-за несоблюдения им требований уведомления о продлении времени.

(2) 77-дневная задержка представляла собой акты предотвращения со стороны работодателя, в результате чего не было никакой даты для практического завершения, и подрядчик был тогда обязан завершить работу в разумный срок (Арбитр установил, что он действительно так и сделал), в результате чего Gaymark был лишен возможности получения возмещения за ликвидированные убытки за задержку.

3.6 Верховный суд Северной территории Австралии отказал в разрешении на апелляцию и оставил в силе решение арбитра. Бейли Джей сказал это в пунктах 69-71 своего решения:

"69. Принятие представлений Gaymark приведет к совершенно незаслуженному присуждению ликвидированных убытков за задержки по ее собственному усмотрению (и это в дополнение к избежанию затрат Concrete Constructions за задержку из-за несоблюдения этой компанией положений об уведомлении SC19) . Результатом новой редакции GC35 контракта (исключить GC35.4 и заменить SC19) стало то, что суперинтендант лишился права предоставлять или разрешать продление времени. SC19 предусматривает продление времени для задержек, за которые Gaymark прямо или косвенно несет ответственность, но право на такое продление зависит от строгого соблюдения SC19 (и, в частности, положений об уведомлении SC19.1). В отсутствие такого строгого соблюдения (и когда Concrete Constructions фактически задерживается действием, бездействием или нарушением, за которое несет ответственность Gaymark) нет положения о продлении времени, потому что GC35.4, в котором было положение, допускающее это (и прямо упоминается в GC35.2 и GC35.5), было удалено.

70. В Peak Construction (Liverpool) Limited v McKinney Foundations Limited [1970] 1 BLR 111, Сэлмон ЛД установил :

'Положения о возмещении убытков и продлении времени действия договора и печатные формы договора должны толковаться строго contra proferentem. Если работодатель желает возместить ликвидированные убытки за несвоевременное завершение работ подрядчиками, несмотря на то, что некоторая часть задержки вызвана собственной виной работодателя или нарушением договора, то пункт о продлении времени должен прямо или путем необходимого вывода предусматривать продление времени в связи с такой виной или нарушением со стороны работодателя '.

71. В обстоятельствах настоящего дела я считаю, что этот принцип представляет собой огромный барьер для требования Gaymark о возмещении убытков, основанных на задержках по его собственной вине. Я согласен с арбитром в том, что договор между сторонами не предусматривает ситуации, когда Gaymark создал фактические задержки для Concrete Constructions по практическому завершению наряду с несоблюдением Concrete Constructions положений уведомления SC19.1. В таких обстоятельствах я не считаю, что существовала какая-либо "явная ошибка закона в арбитражном решении" или какие-либо

"веские доказательства" какой-либо ошибки закона в решении арбитра о том, что "принцип предотвращения" исключает требование Gaumark о возмещении убытков."

3.7 Multiplex. В *Multiplex v Honeywell* [2007] EWHC 447 (TCC) TCC отметил резкую критику в отношении Gaumark, сделанную профессором Яном Дунканом Уоллесом в его статье 'Prevention and liquidated damages: a theory too far' (2002) 18 *Building and Construction Law* 82. Суд также принял к сведению последующее решение Внутренней палаты Судебного заседания, в котором говорилось, что непредставление уведомления является препятствием для любого ПВ.¹ Суд усомнился, хотя и не без основания, что Gaumark представляет закон Англии. Основное рассуждение на этот счет в [103] было выражено следующим образом:

"Договорные условия, требующие от подрядчика немедленного уведомления о задержке, служат важной цели; такое уведомление позволяет расследовать вопросы, пока они еще актуальны. Кроме того, такое уведомление иногда дает работодателю возможность отозвать инструкции, когда финансовые последствия становятся очевидными. Если Gaumark является хорошим законом, то подрядчик может безнаказанно игнорировать любое положение, делающее надлежащее уведомление прецедентом условия. По его выбору подрядчик мог установить время в целом."

ННД Стивен Дэвис выразил такое же мнение о *Gaymark in Steria Ltd v Sigma Wireless Communications Ltd* [2007] EWHC 3454 (TCC) в [95].

3.8 Принцип предотвращения и уведомления. После длительной проверки документов суд в *Multiplex* вывел три предложения:
(i) Действия работодателя, которые являются совершенно законными в соответствии с контрактом на строительство, все еще могут быть охарактеризованы как предотвращение, если эти действия вызывают задержку после даты завершения контракта.
(ii) Акты предупреждения работодателем не устанавливают срок в целом, если договором предусмотрено продление времени в отношении этих событий.
(iii) В той мере, в какой пункт о продлении времени является двусмысленной, она должна толковаться в пользу подрядчика.

3.9 North Midland. В *North Midland Building Ltd v Cyden Homes Ltd* [2017] EWHC 2414 (TCC) по контракту Р должен был предоставлять уведомления о ПВ П в отношении соответствующих 'событий'. Определение 'соответствующих событий' включало акты предотвращения, предусмотренные пунктом 2.25.1.3 (b):
"любая задержка, вызванная соответствующим событием, за которое несет ответственность Подрядчик, не принимается во внимание."
События, за которые отвечал Р, привели к задержке на 189 дней. Р отказался предоставить какие-либо уведомления о ПВ в отношении этих событий, поскольку в течение этого периода также имели место задержки со стороны П². П оспорил отказ Р, утверждая, что действует принцип предотвращения; Р не может восстановить ЛУУ в отношении 189 дней, когда Р помешал П завершить работу. Фрейзер Джей отверг утверждение П, заметив, что этот случай подпадает под *Multiplex*, предложение (ii). Стороны прямо предусмотрели

¹ *City Inn Ltd v Shepard Construction Ltd* 2003 SLT 885

² Р, однако, предоставил 9 дней ПВ в отношении погоды.

возможность одновременной задержки. Суд приведет в исполнение это явно выраженное договорное положение.

3.10 Апелляционный суд оставил в силе решение Фрейзера Джея: The [2018] EWCA Civ 1744. Коулсон Л.Дж. (с которыми согласились Хранитель судебных архивов и Старший Председатель Трибуналов) постановил, что пункт 2.25.1.3 (b) возлагает риск одновременной задержки на подрядчика. Он одобрил три общих положения, изложенные в *Multiplex* (см. пункт 3.8 выше). Коулсон Л. Дж. отклонил утверждение о том, что принцип предотвращения является вопросом правовой политики, которая выходит за рамки прямых условий контракта. Опираясь на *LB Merton v Stanley Hugh Leach Ltd* [1985] 32 BLR 51,³ он классифицировал принцип предотвращения как разновидность подразумеваемого термина, который стороны имели право исключить или изменить по соглашению.

3.11 Jiangsu. В *Jiangsu Guoxin Corp Ltd (formerly Sainty Marine Corp Ltd) v Precious Shipping Public Co Ltd* [2020] EWHC 1030 (Comm) П заключил контракт на строительство и поставку 14 судов Р. Р отказался от четырех судов, которые затем засорили двор П. П потребовал ПВ несмотря на то, что не смог вовремя подать уведомление. Соответствующее положение контракта было:

“СТАТЬЯ VIII ЗАДЕРЖКИ И ПРОДЛЕНИЕ ВРЕМЕНИ ПОСТАВКИ

1 ПРИЧИНА ЗАДЕРЖКИ

Если в любое время до фактической доставки либо строительство СУДНА, либо выполнение любых работ, требуемых в соответствии с настоящим документом в качестве предварительного условия доставки СУДНА, задерживается из-за [различных перечисленных форс-мажорных обстоятельств]... или других причин, не зависящих от ПРОДАВЦА или его субподрядчиков, в зависимости от обстоятельств, или в силу форс-мажорных обстоятельств любого описания ... тогда, в случае задержки из-за возникновения любого из вышеупомянутых непредвиденных обстоятельств, ПРОДАВЕЦ не несет ответственности за такую задержку и срок поставки СУДНА по настоящему Контракту продлевается...

2 УВЕДОМЛЕНИЕ О ЗАДЕРЖКЕ

В течение семи (7) рабочих дней с даты начала любой задержки, в связи с которой ПРОДАВЕЦ утверждает, что, в соответствии с настоящим Договором, он имеет право на продление времени поставки СУДНА, ПРОДАВЕЦ уведомляет ПОКУПАТЕЛЯ по телефаксу или электронной почте, подтвержденной в письменной форме, о дате начала такой задержки и ее причинах. ...

Непредставление ПРОДАВЦОМ ПОКУПАТЕЛЮ уведомления о задержке, как это предусмотрено в настоящей статье, за исключением случаев полного отказа электропитания или отключения средств связи, лишает ЗАСТРОЙЩИКА возможности требовать продления времени поставки по причине такого отказа.”

3.12 Продавец утверждал, что согласно статье VIII.2 уведомление не требуется, если задержка вызвана нарушением договора покупателем. Исходя из толкования продавца, статья VIII.1 содержала оговорку о форс-мажорных обстоятельствах, применимую только в том случае, когда задержка не была подконтрольна любой из сторон; в договоре вообще не содержалось положение о задержках, вызванных нарушением договора покупателем, и, следовательно, принцип предотвращения применялся для того, чтобы помешать покупателю полагаться на

³ Дело, в котором я выступал в качестве младшего адвоката 34 года назад

задержку, вызванную его собственным нарушением. Покупатель утверждал, что статья VIII.1 применяется к «любой» задержке и что в любом случае уведомление в соответствии со статьей VIII.2 является необходимым независимо от причины задержки.

3.13 Арбитражный трибунал установил, что вручение уведомления в соответствии со статьей VIII.2 является предварительным условием предоставления продления времени; тот факт, что продавец не вручил извещение, позволил покупателю проигнорировать задержки, которые были бы допустимы при корректном извещении при расчете даты прекращения действия договора.

3.14 Butcher J поддержал решение трибунала. Что касается вопроса о толковании, то, по его мнению, статья VIII.1 сформулирована достаточно широко, чтобы охватить как нарушение договора покупателем, так и форс-мажорные обстоятельства. В [34]:

“34. Было указано, что общая позиция в отношении оговорки о продлении времени заключается в том, что в случае двусмысленности ее следует толковать в пользу Продавца. Как было четко указано Jackson J в Multiplex в пунктах 56-57, это должно быть связано с тем, что суд склоняется в пользу толкования, которое позволяет Продавцу компенсировать соответствующие задержки в связи с событиями, их вызывающими. В данном случае, как это ни парадоксально, именно Продавец утверждает, что причина задержки не охватывается статьей VIII.1 и поэтому срок продлению не подлежит. Он делает это для того, чтобы доказать, что соответствующая причина задержки вообще не рассматривается в договоре в том смысле, в каком для нее предусмотрено продление, и поэтому применим “принцип предотвращения”. По моему мнению, это не то толкование, которую суд должен поддержать. Даже если бы статья VIII.1 была двусмысленной, а я не считаю, что это так, то толкование, на которое должен опираться суд, заключается в том, что она направлена на предоставление Продавцу возможности продления времени в случае ситуаций, которые не находятся под его контролем. Это говорит в пользу придания широкой, а не узкого трактования фразе “другие причины вне контроля ПРОДАВЦА.”

3.15 Таким образом, предпочтительным в настоящее время рассматривается мнение о том, что в тех случаях, когда уведомление является предварительным условием для продления времени, непредоставление Продавцом уведомления в установленные сроки приводит к возникновению у него обязанности возместить убытки, возникшие из-за задержки, вызванной Покупателем. Это логично, хотя и сурово. Может показаться, что такой вывод абсолютно не интуитивен.

4 БОЛЕЕ СПРАВЕДЛИВОЕ РЕШЕНИЕ

4.1 В своей работе ‘Предотвращение, временные рамки и Multiplex v Honeywell’⁴ Профессор Дауг Джонс⁵ утверждал, что более сбалансированный подход предпочтительнее, чем ‘все или ничего’. Такая возможность предусмотрена в системах романо-германского права. Например, статья 1147 Гражданского кодекса Франции запрещает заказчику взыскивать убытки за задержку, вызванную заказчиком, даже если подрядчик не дал своевременного уведомления. Аналогичным образом, статья 7.4.13 принципов УНИДРУА, если она будет включена в договор,

⁴ Опубликовано в главе 19 *Construction Law, Costs and Contemporary Developments*, J. Bailey (ed), Hart, 2018

⁵ Судья Сингапурского Международного Коммерческого Суда и международный арбитр

предусматривает более справедливое распределение убытков, чем черно-белый подход общего права. В ней предусматривается следующее:

“(1) Если в договоре предусматривается, что сторона, не исполняющая обязательства, должна уплатить определенную сумму потерпевшей стороне за такое неисполнение, потерпевшая сторона имеет право на эту сумму независимо от фактического ущерба.

(2) Однако, несмотря на любое соглашение об обратном, указанная сумма может быть уменьшена до разумной суммы, если она является явно чрезмерной по отношению к ущербу, причиненному в результате неисполнения, и относительно других обстоятельств.”

Также, статья 114 Закона Китайской Народной Республики о договорах разрешает народному суду или арбитражу уменьшать размер убытков за нарушение договора, если “они чрезмерно превышают ущерб, причиненный нарушением договора”.

4.2 Условия FIDIC 2017. Второе издание договорных условий FIDIC, опубликованное в 2017 году, использует более тонкий подход. Старое положение 2.5 ушло. Вместо этого, пересмотренный пункт 20 касается как требований Покупателя, так и требований Продавца в отношении продления времени и/или денежных средств.

4.3 Пункт 20.2 В соответствии с пунктом 20.2.1 предварительным условием для предъявления требований Покупателя или Продавца является вручение уведомления в течение 28 дней. Если истец направляет уведомление с опозданием, пункт 20.2.2 разрешает ему представить «подробную информацию о том, почему такое несвоевременное представление является обоснованным». Пункт 20.2.4 предусматривает, что направление уведомления, содержащего такую информацию, в течение 84 дней является еще одним предварительным условием для предъявления требований, с аналогичным положением об оправдании задержки. Пункт 20.2.5 предоставляет Инженеру дискреционное право считать запоздалое уведомление или несвоевременное вручение такой информации действительной с учетом обстоятельств. Эти обстоятельства могут включать: “Пострадает ли и в какой степени другая сторона в результате принятия позднего представления;

в случае предельного срока согласно подпункту 20.2.1 [уведомление] любое доказательство того, что другая сторона ранее знала о событии или обстоятельстве, послужившем основанием для просьбы о продлении времени. Направляющая просьбу сторона может включить в свои вспомогательные сведения; и/или

в случае предельного срока согласно подпункту 20.2.4 [уведомление с полной информацией], любое доказательства того, что другой стороне известно договорное и/или иное юридическое основание просьбы, которое направляющая просьбу сторона может включить в свои вспомогательные сведения”

4.4 Каким образом эти дискреционные полномочия будут осуществляться на практике? Мне неизвестно о каком-либо судебном решении относительно осуществления дискреционных полномочий в соответствии с пунктом 20.2.5. Требуется некоторое время для того, чтобы такое стандартное положение было доведено до судебного решения, особенно с учетом того, что подавляющее большинство решений в рамках FIDIC в конечном счете принимаются путем арбитража. Поэтому данная часть документа носит спекулятивный характер. Все три фактора, конкретно упомянутые в пункте 20.2.5, касаются нанесения ущерба ответчику. Но насколько обоснованы должны быть причины, по которым уведомление и/или уведомление с полной информацией были запоздалыми? Например, если документ

вручается в последний день (что является не слишком разумным подходом) и в этот день происходит сбой в электроснабжении или кибер-атака, то это, по всей видимости, будет причиной легитимной. Продолжительность отсрочки также должна быть разумной.

4.5 Разумность. Рассматривая этот вопрос как судья, я надеюсь, что соображения разумности сыграют свою роль. При всех обстоятельствах, насколько разумным или неразумным было поведение истца? С точки зрения ответчика, насколько разумным или неразумным является игнорирование задержки и разрешать рассмотрение иска? Каковы последствия отказа в иске? Заставляя П уплатить ЛУУ Р за задержку, вызванную исключительно по вине Р, мы, вероятно, придем к решению более суровому, чем отклонение иска П в отношении потерь и расходов.

4.6 Пропорциональность. Я также ожидаю, что соображения пропорциональности сыграют свою роль. Пропорциональность означает, что существует правильное отношение между субъектом и объектом. Применительно к действию административного органа это означает, что существует надлежащая связь между административным действием и достигаемой целью. Если оно применяется к судебному решению, то это означает, что существует надлежащая связь между (а) предметом судебного разбирательства и (б) любым предписанным средством правовой защиты и/или любыми шагами, предпринятыми для достижения этого средства правовой защиты. Применительно к осуществлению инженером дискреционных полномочий в соответствии с пунктом 20.2.5 это означает, что существует надлежащая взаимосвязь между (важной) целью положений уведомления и мерами, принятыми для достижения этой цели. Пропорциональность — это антитеза “нулевой толерантности”. Может показаться непропорциональным отказ от существенной претензии в связи с ПВ или убытками и расходами (о которых все знали) просто потому, что уведомление опоздало на одну минуту.

5. ТРЕБОВАНИЯ ПОДРЯДЧИКОВ О ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ОПЛАТЕ

5.1 В тех случаях, когда подрядчик не дал своевременного уведомления, как того требует его контракт, существует значительная разница между требованиями о времени и требованиями о деньгах. Там, где подрядчик ищет ПВ, он может, по крайней мере, попытаться положиться на принцип предотвращения. В некоторых юрисдикциях он мог бы преуспеть, как это случилось в *Baymark* Но в тех случаях, когда подрядчик предъявляет требование о возмещении расходов на продление или убытков и расходов, вопрос о "предотвращении" не возникает.

5.2 *Maeda*. В *Maeda Kensetsu Kogyo Kabushiki Kaisha (Maeda Corp) v Bauer Hong Kong Ltd* [2020] НКСА 830 истцы образовали совместное предприятие, которое было основным подрядчиком по двум контрактам по строительству железнодорожных туннелей. Совместное предприятие заключило договор субподряда на строительство мембранных стенок для каждого туннеля с ответчиком, Bauer. Договоры субподряда содержали пункт, требующий от Bauer изложить договорную основу своего требования в течение 28 дней с момента первоначального уведомления о требовании в отношении любых дополнительных платежей или расходов:

“21. Требования

21.1 Если субподрядчик намеревается потребовать какой-либо дополнительной оплаты или убытков и расходов в связи с:

21.1.1 Любыми обстоятельствами или событиями, вследствие которых подрядчик имеет право на дополнительную оплату или убытками и расходами по основному договору; ...

21.1.6 При возникновении любых изменений или изменений субподряда в качестве условия, предшествующего праву субподрядчика на любой такой иск, субподрядчик должен уведомить о своем намерении подрядчика в течение четырнадцати (14) дней после того, как событие, происшествие или вопрос, послужившие основанием для предъявления требования, стали очевидными или должны были стать очевидными для субподрядчика....

21.2 Если субподрядчик желает сохранить свое право на предъявление требования о дополнительной оплате или убытках и расходах в соответствии с пунктом 21.1, субподрядчик должен в качестве условия, предшествующего любому праву, в течение двадцати восьми (28) дней после направления уведомления в соответствии с пунктом 21.1 представить подрядчику письменное заявление.:

21.2.1 Договорная основа вместе с полными и подробными деталями и оценкой требований; [и другие подтверждающие документы] ...

21.3 Субподрядчик не имеет права на какие-либо вознаграждения или дополнительные платежи, убытки и расходы, любые требования о продлении времени или любые требования о возмещении ущерба по любому пункту субподряда или по общему праву, если только пункты 21.1 и 21.2 не были строго соблюдены.”

5.3 По субподрядам возник спор, который был передан в арбитраж. Основной аргумент Вауер состоял в том, что непредвиденные наземные условия привели к изменению объема работ в соответствии с положениями о явном изменении субподрядных договоров. В качестве альтернативы Вауер предъявляет требование об "аналогичных правах" в соответствии с пунктом 21.1.1.

5.4 Арбитр отклонил основное требование Вауер, и вопрос между сторонами заключался в том, было ли требование о аналогичных правах должным образом уведомлено в соответствии с пунктом 21.2 – не было спора о том, что уведомление Вауер в пункте 21.2 не содержало прямой ссылки на требование в соответствии с пунктом 21.1.1 и касалось только измененного требования в соответствии с пунктом 21.1.6. Арбитр вынес решение в пользу Вауер, считая, что договорная основа, указанная в уведомлении, не должна быть договорной основой, на которой сторона фактически преуспела в арбитраже. Истец подал на апелляцию.

5.5 Как Суд Первой инстанции, так и Апелляционный Суд не согласились с оценкой арбитра, в основном по одним и тем же причинам. Формулировка пункта 21.2.1 была признана ясной и недвусмысленной. Как Апелляционный суд, так и нижестоящий суд сочли, что конструкция арбитража – основная цель этого пункта состоит в том, чтобы дать возможность совместному предприятию узнать фактическую основу иска, с тем чтобы оно могло решить, какие шаги предпринять, – противоречит коммерческому здравому смыслу. Апелляционный суд постановил: [60]-[61]:

“...толкование арбитром пункта 21.2.1 сводит на нет коммерческую цель достижения завершенности, поскольку иск может быть выдвинут на другой договорной основе в арбитражном разбирательстве, которое может длиться годами.

61. Другая коммерческая цель этого положения аналогична тому, что было упомянуто выше в The Yellow Star. В ситуации с цепным контрактом Подрядчик хотел бы знать, нужно ли будет передавать требование Субподрядчика. Если требование основано на других вопросах,

таких как нарушение Субподряда Подрядчиком (п. 21.1.2), то в этом нет необходимости. Толкование арбитра может также предвзято повлиять на эту коммерческую цель.”

5.6 Решение гонконгских судов в *Maeda* было полностью ортодоксальным. Подрядчики, желающие избежать суровых последствий непредставления уведомления о требованиях, должны обратить внимание на этот вопрос еще на стадии переговоров по контракту. В идеале должно быть положение, позволяющее П произвести некоторое незначительное восполнение ущерба, чтобы отразить ущерб, понесенный Р в результате отсутствия своевременного уведомления.

Руперт Джексон
Арбитр и судья Суда Международного Финансового Центра «Астана»

1 апреля 2021 г.

4 New Square
Lincoln's Inn
Лондон WC2A 3RJ
r.jackson@4newsquare.com

Эта лекция не является юридической консультацией и не содержит каких-либо обязательств. Любой, кто сталкивается с проблемами, описанными выше, должен обратиться за юридической консультацией.