

ДОГОВОРЫ СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА И СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО

ВЕБИНАР, ПРОВОДИМЫЙ СЭРОМ РУПЕРТОМ ДЖЕКСОНОМ В СУДЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА АСТАНА 11 ИЮНЯ 2020

ГОДА

1. ВВЕДЕНИЕ

1.1 В данной лекции будет обсуждаться закон, регулирующий договоры строительного подряда, и особенно режимы судебного разбирательства, которые преобладают во многих таких контрактах, либо в силу действия закона, либо по соглашению сторон. Затем обсуждение перейдет на тему более частого использования судебного разбирательства и его возможное применение для разрешения споров в Международном арбитражном центре МФЦА.

1.2 Сокращения В этой лекции используются следующие сокращения:

«Англия» означает Англию и Уэльс.

«ГЖССВР» – Закон Великобритании, Закон «О грантах на жилищное строительство, строительные и восстановительные работы» 1996 года.

«ААВПХ» – Ассоциация адвокатов по вопросам профессиональной халатности.

«ТСС» – Технологический и строительный суд в Англии.

2. ДОГОВОРЫ СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА

2.1 Законодательство в области строительства является подразделом договорно-обязательственного права. Но у них есть много общих аспектов в отношении разрешения строительных споров по всему миру. Характер договоров строительного подряда и острая необходимость в строительных проектах означают, что вокруг разрешения строительных споров сложилась целая группа специальных правил и процедур. Например, *Строительное Право* (англ: Construction Law)¹ от Джулиана Бейли, соединять воедино строительное право Англии, Австралии, Гонконга и Сингапура.

2.2 В некоторых юрисдикциях предусматриваются специализированные суды для рассмотрения строительных споров, поскольку строительное право является отдельной специализированной областью. В Англии и Уэльсе этим судом является ТСС.

2.3 Строительные проекты по всему миру порождают споры особой важности и большой сложности. Эти споры обычно возникают из договоров стандартной формы, которые используются на международном уровне. Условия МФИК часто применяются как в юрисдикции гражданского права, так и в юрисдикции общего права. Стороны часто прибегают к Протоколу *о задержках и срывах*, опубликованный Обществом строительного права (влиятельной организацией с филиалами во многих странах) используемого для разрешения исков о задержках и срывах.

¹ Лондонское издательское партнерство, 2020 Год

- 2.4 На данный момент эти споры, обычно, идут в арбитражный центр. Арбитры по всему миру борются с одними и теми же проблемами, возникающими в связи с условиями МФИК или *Протоколом о задержках и срывах*. Поскольку арбитражные разбирательства проводятся в конфиденциальной среде, арбитры занимаются этим в основном не зная того, что решают их коллеги.
- 2.5 Новые появляющиеся международные коммерческие суды во многих странах, предлагают альтернативный – и интересный – форум для рассмотрения таких дел. Сэр Вивиан Рэмси заседает в Международном коммерческом суде Сингапура и готов рассматривать такие дела. Сэр Вивиан – бывший глава ТСС. Равным образом, суд МФЦА может предложить экспертизу в строительном деле. Я – также бывший глава ТСС.
- 2.6 Создание свода прецедентного права по строительным вопросам в международных коммерческих судах очень будет очень полезным для строительной отрасли. Конечно, у нас есть отчетность национального права из многих юрисдикций – отчеты по строительному законодательству, редактируемые *Atkin Chambers* в Лондоне – хороший пример. Однако отчеты о строительных делах, которые (а) возникают в международных проектах и совместных предприятиях и (б) решаются в новых международных коммерческих судах, были бы ценным дополнением.
- 2.7 Появится ли *lex constructionis*? Си Джей Менон из Сингапура предположил, что из растущей группы международных коммерческих судов может возникнуть *обычное торговое право (Lex Mercatoria)*. Со временем такое вполне возможно. Кроме того, *lex constructionis* может возникать из решений нового вида международных коммерческих судов.

3. СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО

- 3.1 Отчет Латэм. В конце двадцатого века повышение стоимости судебных разбирательств по строительным делам и задержек в процессе вызывала обеспокоенность. Многие подрядчики и субподрядчики находились в крайне тяжелом положении, поскольку работодатели и главные подрядчики не могли передать деньги по цепочке. Вместо этого они выдвигали встречные иски сомнительного характера, на разрешение которых ушли бы годы. В 1993 году правительство Великобритании провело анализ закупок и соглашения типа контракта в отрасли строительства. Сэр Майкл Лэтем возглавлял этот анализ. В июле 1994 года сэр Майкл опубликовал доклад под названием «Построив команду» (*Constructing the Team*), более известный как «Отчет Латэм». Это способствовало введению специальных правил для обеспечения своевременной выплаты сумм, подлежащих выплате по договорам строительного подряда. В Отчете Латэм также содержалась рекомендация о введении нового механизма разрешения споров, а именно судебного разбирательства.
- 3.2 Законодательство Великобритании. ГЖССВР внедрил Отчет Латэм и он вступил в силу в мае 1998 года. Закон требует, чтобы каждый договор строительного подряда предусматривал режим оплаты и режим судебного разбирательства, которые соответствуют требованиям, изложенным в Законе.
- 3.3 Платежный режим требуется законом ГЖССВР. Платежный режим запрещает условия как «оплата после получения оплаты». Закон требует своевременной выплаты всех сумм, подлежащих выплате по договору строительного подряда, если только

ответственная сторона не направит уведомление об удержании, объясняя, почему сторона удерживает часть или всю заявленную сумму.

- 3.4 Что такое судебное разбирательство? Третейский судья («ТС») назначается с целью быстрого расследования строительного спора путём переговоров. «ТС» принимает решение в течение короткого периода времени, как правило, 28 дней. Это решение является временно обязательным. Решение должно соблюдаться обеими сторонами. Но решение «ТС» не является неприкосновенным. Любая из сторон может обратиться в суд или (если имеется статья договора по вопросу арбитража) передать тот же спор на разрешение третейского суда. По завершении этого более тщательного процесса решение, принятое судьей или арбитром, имеет преимущественную силу, и решение «ТС» перестает быть эффективным.
- 3.5 «Схема». Если в договоре не предусмотрен соответствующий режим оплаты и режим судебного разбирательства, то автоматически применяется «схема». Это изложено в правилах Схемы строительных контрактов (Англия и Уэльс) 1998 года. Закон и правила были изменены в соответствии с дополнительным Отчетом сэра Майкла Латэма от 17 сентября 2004 года. Закон ГЖССВР был изменен Законом о местном самоуправлении, экономическом развитии и строительстве 2009 года. Эти поправки, по сути, являются тонкой настройкой.
- 3.6 Стороны не могут освободиться от обязательств судебного разбирательства. Режим судебного разбирательства обязателен в том смысле, что любая из сторон может настаивать на вынесении судебного решения. Но это не является принудительным. Если обе стороны хотят приступить непосредственно к судебному или арбитражному разбирательству, не вовлекая судью, они могут это сделать.
- 3.7 Положения Схемы, касающиеся судебного разбирательства. Эта Схема предусматривает, что сторона договора строительного подряда имеет право передать любой спор, согласно этому договору, на судебное разбирательство. Что касается судебного разбирательства, то основные положения этой Схемы гласят следующее:

12. Третейский судья обязан—

- (а) действовать беспристрастно при выполнении своих обязанностей и делать это в соответствии с любыми соответствующими условиями договора и принимает свое решение в соответствии с применимым законодательством в отношении договора; и
- (б) избегать ненужных расходов.

13. Судья может взять на себя инициативу в установлении обстоятельств и прав, необходимых для разрешения спора, и должен принять решение о процедуре, которой следует придерживаться при судебном разбирательстве. В частности, он может—

- (а) запрашивать у любой стороны договора предоставить документацию, которая может быть обоснованно потребована, включая, при подобном распоряжении, любое письменное заявление любой стороны договора, подтверждающее или дополняющее уведомление о передаче, а также любые другие документы в соответствии с пунктом 7(2),

(б) принять решение о языке или языках, которые будут использоваться при судебном разбирательстве, а также о потребности в обеспечении перевода любого документа и если да, то кем,

(в) назначать встречу и задавать вопросы любой из сторон договора и их представителям,

(г) при условии получения любого необходимого согласия от третьей стороны или сторон посещать объекты и проводить инспекции, которые он считает целесообразными, независимо от того, сопровождаются он сторонами или нет,

(д) при условии получения любого необходимого согласия от третьей стороны или сторон, проводить любые испытания или эксперименты,

(е) получать и рассматривать представления, которые ему требуются, и, если он уведомил стороны о своем намерении, назначать экспертов, налоговых инспекторов или юрисконсульты,

(ж) издавать указания относительно графика судебного разбирательства, любых конечных сроков или ограничений в отношении объема письменных документов или устных пояснений, которые подлежат соблюдению; и

(з) издавать другие указания, касающиеся проведения судебного разбирательства.

14. Стороны обязаны выполнять любое поручение или указание третейского судьи по отношению к судебному разбирательству.

15. В случае если какая-либо сторона без предъявления достаточных оснований не выполняет какое-либо поручение, указание или не соблюдает график судьи, установленного в соответствии с его полномочиями, не представляет какого-либо документа или письменного заявления, запрошенного судьей, или каким-либо иным образом не выполняет требования согласно данным положениям по отношению к судебному разбирательству, судья имеет право—

(а) продолжать судебное разбирательство при отсутствии этой стороны или запрошенного документа, или письменного заявления,

(б) выводить заключения, которые, по мнению третейского судьи, могут быть оправданы обстоятельствами, и

(в) принять решение на основе имеющейся у него информации, придавая значение, какой он считает нужным, любым доказательствам, представленным ему вне любого периода, за который он мог бы запросить или указать.

16.—(1). При условии любого соглашения между сторонами об обратном и согласно условиям пункта (2) ниже любая сторона в споре может получать помощь от или быть представлена советниками или представителями (независимо от того, обладают ли они юридической квалификацией или нет), которые он считает уместными.

(2) Если третейский судья рассматривает устные свидетельские показания или пояснения, сторона спора не может быть представлена более чем одним лицом, если только судья не дает указания об обратном.

17. Третейский судья должен рассматривать любую актуальную информацию, представленную ему любой из сторон спора, и должен предоставлять им любую информацию, которая должна быть учтена при вынесении его решения.

18. Третейский судья и любая сторона в споре не должны раскрывать какому-либо иным лицам какую-либо информацию или документ, предоставленные ему по отношению к судебному разбирательству, которые, должны рассматриваться как конфиденциальные, как указала предоставившая сторона, за исключением случаев, когда это необходимо для или в связи с судебным разбирательством.”

3.8 Так же Схема предусматривает, что судья должен вынести свое решение в течение 28 дней. Иницирующая сторона может продлить этот срок до 42 дней. Обе стороны могут по соглашению продлить этот период еще больше. Я провел ряд судебных разбирательств по этой схеме и всегда успевал вынести свое решение в течение 28 дней.

3.9 Как система судебного разбирательства проявила себя в практическом плане? Очень хорошо. Режим судебного разбирательства в Великобритании действует уже 22 года. В общих чертах, он очень популярен. Быстрое разрешение споров, которое возможно благодаря судебному разбирательству приходится по душе работодателям, подрядчикам и субподрядчикам.² На практике стороны редко передавать вопрос на разрешение арбитража или оспариванию решения в суде после того, как они прошли через судебное разбирательство. В 99% случаев они либо принимают решение «ТС» как постоянное, либо добиваются соглашения на основе этого решения.

3.10 Стороны крупных договоров строительного подряда часто предпочитают предоставлять свой собственный индивидуальный режим судебного разбирательства, разработанный с учётом конкретных особенностей проекта. Это считается нормальным, при условии, что это соответствует основным требованиям ГЖССВР.

3.11 Исполнение судебных решений. Судебные решения могут быть исполнены в порядке судебного разбирательства и ходатайства о предоставлении решение, вынесенное в порядке упрощённого судопроизводства в соответствии с Правилами гражданского судопроизводства, Часть 24. ТСС разработал ускоренную процедуру для быстрого рассмотрения подобных ходатайств. Судьи ТСС приняли обоснованное решение. Они не ставят под сомнение обоснованность решения судьи, признавая, что если судья ошибся, то проигравшая сторона может инициировать новое разбирательство для защиты своих прав. См. *Carillion Construction v Devonport Royal Dockyard* [2005] EWCA Civ 1358.

² См. Adrian Williamson QC, 'A second bite' in Julian Bailey (ed) *Constructions Law, Costs and Contemporary Developments*, Hart Publishing, 2018.

3.12 Закон распространяется только на строительные проекты в Англии и Уэльсе. Но стороны международных договоров строительного подряда часто включают условие о режиме судебного разбирательства, часто с участием из трех третейских судей (Совет по урегулированию споров), и более длительном периоде времени для принятия решения. Недавно я проводил одно подобное судебное разбирательство, касающихся инфраструктурного проекта в Латинской Америке. По договору у нас было три месяца на разрешение этого дела. С учетом того, что в дело было о крупных суммах, мы следовали официальной процедуре, которая включала двухдневное слушание с участием главных адвокатов с каждой стороны. Решение по этому делу поместилось на 29 страниц, в котором содержался плотный анализ доказательств и законодательства. Данный случай выходил за рамки типичного судебного решения, принятого в соответствии с ГЖССВР и Схемой.

4. АНАЛОГИЧНЫЕ ПРИНЯТЫЕ РЕЖИМЫ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ЗА РУБЕЖОМ

4.1 Новый Южный Уэльс. Положения о судебном разбирательстве и обеспечении гарантии платежа были введены в Новый Южный Уэльс посредством Закона о гарантии платежа в строительной промышленности от 1999 года.³ Как и в британском режиме, закон в Новом Южном Уэльсе запрещает сторонам заключать договоры вне закона, а законодательство в целом обязывает правительство. Любая условия как «оплата после получения оплаты» не имеет законной силы, режим неисполненного платежа «импортируется» в контракт, если он не согласован по договору, и подрядчик имеет право на поэтапные платежи. Неоплаченная сторона также имеет право приостановить работу. Режим судебного разбирательства охватывает споры о промежуточных и окончательных платежах. Она не распространяется на другие споры между сторонами. 22 августа 2018 года компания NSW Fair Trading опубликовала *поправку к законопроекту о гарантии платежа в строительной промышленности от 2018 года (NSW)*, вносящий ряд изменений в закон 1999 года. Основные изменения включают введение законодательного права на производство поэтапных платежей не реже одного раза в месяц, а также введение ответственности для директоров и других лиц, нарушивших закон.⁴

4.2 Другие Австралийские штаты и территории. Квинсленд, Виктория и Южная Австралия ввели законодательство, которое в целом соответствует модели Нового Южного Уэльса. См. Закона о гарантии платежа в строительной промышленности от 2002 года (с поправками, внесенными в 2006 году) в Виктории и Закон о платежах в строительной промышленности 2004 года в Квинсленде. В Западной Австралии и Северной территории законодательство позволяет передавать на рассмотрение суда более широкий круг споров: например, иски о продлении сроков и иски о выплате компенсации.

³ Законодательство Нового Южного Уэльса. доступно по ссылке

<<https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1999/46>>.

⁴ Ashurst LLP, 'a new bill for payments: The New South Wales Government is proposing a number of security of payment reforms', 11 Сентября 2018, доступно на <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/construction-disputes-update-a-new-bill-for-payments/>>.

- 4.3 Новая Зеландия. В Новой Зеландии судебное разбирательство было введено в действие Законом о строительных контрактах от 2002 года с поправками, внесенными изменениями Законом о поправках к строительным контрактам 2015 года. Когда закон Великобритании 1996 года был изменен Законом о местном самоуправлении, экономическом развитии и строительстве от 2009 года, многие изменения, внесенные в закон в Великобритании в 2009 году, уже присутствовали в законе в Новой Зеландии.⁵
- 4.4 Малайзия. Закон о платежах и судебном разбирательстве в строительной отрасли от 2012 года применяется ко всем договорам строительного подряда, заключенным в письменной форме после 22 июня 2012 года, включая договора, заключенные правительством Малайзии. У третейского судьи есть 45 рабочих дней после выдачи отзыва о исковом заявлении (или ответа) для вынесения письменного решения.⁶
- 4.5 Сингапур. Практика судебного разбирательства в области строительства была введена в Сингапуре с Законом об обеспечительных платежах в строительной отрасли от 2005 года, который вступил в силу 31 января 2006 года. Судебное разбирательство широко практикуется. Проверку недавнего Сингапурского прецедентного права можно посмотреть в статье S. Maginthanar 'Recent developments in construction adjudication in Singapore', 36 *Construction Law Journal* (2020) 219-290.
- 4.6 Общее положение. В общем как минимум четырнадцать зарубежных юрисдикций ввели законы, берущие за основу ГЖССВР или ГЖССВР с поправками. Согласно многим зарубежным законам, споры о поставках строительных материалов или товаров включаются в режим судебного разбирательства. В Великобритании в законе ГЖССВР с внесёнными в него поправками раздел 105 (2) (d) исключает такие споры из режима.

5. БОЛЕЕ ШИРОКОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

5.1 Комментаторы иногда указывали на успех судебного разбирательства в строительстве и предлагали использовать его более широко. Начальной областью очевидно является профессиональная небрежность. В Великобритании договора с инженерами, архитекторами и сметчиками уже подпадают под режим судебного разбирательства. Почему бы не распространить это на договора с адвокатами, бухгалтерами и другими профессионалами?

5.2 В обозримом будущем нет никаких перспектив принятия законодательства, расширяющего сферу применений судебных разбирательств. Но это не мешает расширению на добровольной основе. Ассоциация адвокатов Англии и Уэльса по вопросам профессиональной халатности (ААВПХ) выдвинула эту идею вперед.⁷

5.3 ААВПХ ввела схему проведения судебных разбирательств. Это позволяет разрешать споры назначенным третейским судьей, который может быть назначен председателем ААВПХ или выбран сторонами. Это добровольные меры. Ни одна из сторон не может настаивать на

⁵ David Finnie and Noushad Ali Naseem Ameer Ali, 'The New Zealand Construction Contracts Amendment Act 2015 - For Better or Worse?', *Construction Economics and Building* (2015) 15(4), 95-105, at 96.

⁶ Николас Гулд, Фенвик Эллиот, 'Adjudication in Malaysia', available at <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/nick_gould_-_adjudication_in_malaysia.pdf>.

⁷ Основано в 1991 году. На данный момент я являюсь президентом ААВПХ.

вынесении судебного решения, но стороны могут согласиться принять эту процедуру, если они того пожелают.

5.4 Основными положениями схемы ААВПХ являются:

«Проведение судебного разбирательства»

1. Третейский судья будет решать спор основываясь на фактах и в соответствии с законом, а также:
 - 1.1. может решать вопросы, относящиеся к его собственной юрисдикции (при том непременно условии, если стороны согласны взять на себя обязательства по соблюдению пункта 12 ниже, любая сторона вправе оспорить его решение в плане его юрисдикции в судебном или в арбитражном разбирательстве);
 - 1.2. может взять на себя инициативу в установлении обстоятельств и прав;
 - 1.3. может потребовать предъявления документов от любой из сторон;
 - 1.4. согласно общим правилам судья решает спор основываясь только на документах, но в случаях, где это целесообразно, может попросить стороны присутствовать на слушании и/или принять участие в телефонной конференции;
 - 1.5. в случае если сторона требует выплаты той или иной суммы на возмещение ущерба или другой компенсации, судья должен определить, подлежит ли та или иная сумма выплате и если да, то в какой сумме, и при этом он может включить дополнительную сумму в виде процентов;
 - 1.6. может принимать решение о том, какая сторона должна оплатить пошлину, выплаты, и, если стороны наделяют его полномочиями, может указать одной стороне оплатить часть или все судебные издержки и выплаты другой стороны и с этой целью может оценить сумму любых подобных судебных издержек и выплат;
 - 1.7. должен исполнять свои обязанности в качестве беспристрастного третейского судьи и не как служащего или агента сторон;
 - 1.8. должен соблюдать принципы процедурной справедливости.
2. Решение третейского судьи:
 - 2.1. должно быть в письменном виде;
 - 2.2. должно быть обоснованным решением, которое объясняет сторонам причину их победы или поражения и, если таковая имеется, какую сумму одна сторона выплачивает другой;
 - 2.3. [должно иметь обязательную силу для сторон до тех пор, пока спор окончательно не разрешен в судебном разбирательстве, арбитражном разбирательстве (если какой-либо соответствующий договор между сторонами предусматривает арбитражное разбирательство или стороны иным образом соглашаются на арбитражное разбирательство) или по соглашению]

[должно иметь обязательную силу для сторон только в соответствии с пунктом 17 ниже и не будет подлежать обжалованию, будь то в соответствии со статьей 69 Закона об арбитраже 1996 года или иным образом] *.

Необходимо исключить один из двух вариантов

[Эти положения должны быть 11-ми и 12-ми, но при копировании и вставке, к сожалению, нумеровка меняется на 1-й и 2-й]

5.5 Третейский судья обязан вынести свое решение в течение 56 дней с учетом любого продления, согласованного сторонами. Пункт 17 схемы судебного разбирательства ААВПХ предусматривает: «Стороны соглашаются, что любая сумма подлежащая оплате, по решению третейского судьи, в виде компенсации или возмещения убытков (включая любые проценты), и любая сумма, подлежащая оплате пошлин, выплат или судебных издержек, подлежат немедленной оплате в виде долга в течение 21 дня с момента принятия решения (когда речь идет о любой сумме, подлежащей оплате в виде компенсации или возмещения убытков или процентов), и в течение 21 дня с момента соответствующего указания об оплате пошлин, выплат или судебных издержек (когда дело касается об оплате пошлин, выплат или судебных издержек). Решение и любое указание об уплате пошлин, выплат или судебных издержек подлежат исполнению в судебном порядке и по ходатайству о решении, вынесенного в порядке упрощенного судопроизводства по такому ходатайству, при условии любого оспаривания на основе юрисдикции или нарушения процессуального порядка, не будет никакой защиты от того, что третейский судья допустил фактическую или юридическую ошибку.»

5.6 Насколько я понимаю, Международный арбитражный центр (МАЦ) МФЦА рассматривает возможность введения системы судебного разбирательства в качестве альтернативы для разрешения споров. Это, вероятно, будет добровольной мерой (аналогичная схеме судебных разбирательств ААВПХ), а не обязательной (как та, что предусмотрена ГЖССВР). Регистратор или Барбара Доманн QC (в качестве главы МАЦ) прояснит подробности позже.

Руперт Джексон
2020 года

11 июня