



# Эскалационная оговорка по контрактам FIDIC

АБУШАХМАНОВ ТИМУР

юрист, Адвокатское бюро «Рыбалкин, Горцунян и Партнеры» (г. Москва, Россия),  
адвокат, Адвокатская палата г. Москвы,  
солиситор (Англия и Уэльс),  
магистр права, Лондонский университет королевы Марии

Договоры строительного подряда по формам Международной федерации инженеров-консультантов (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*, “FIDIC”) содержат эскалационную или многоступенчатую оговорку о разрешении споров, которая предполагает поочерёдное прохождение трёх этапов разрешения каждого требования или спора. В настоящей статье мы рассмотрим обязательность предшествующих арбитражу этапов рассмотрения требования и спора по

Красной, Жёлтой и Серебряной Книгам FIDIC 1999 года<sup>1</sup> и последствия их непрохождения.

## Этапы разрешения спора

По Красной и Жёлтой Книгам, первый этап разрешения спора включает в себя рассмотрение требований инженером. Последний назначается заказчиком и действует от его имени.<sup>2</sup> Инженер может быть как физическим, так и юридическим лицом. Вместе

<sup>1</sup> Красная Книга FIDIC содержит форму договора строительного подряда, по которому на подрядчика возлагаются обязанности только по строительству здания или сооружения (“*design only*”), а по договору, содержащемуся в Жёлтой Книге FIDIC, на подрядчика возлагаются обязанности как по строительству, так и по проектированию здания или сооружения (“*design and build*”). В свою очередь, в Серебряной Книге FIDIC содержится форма договора по проектированию, поставке и строительству

(“*engineering, procurement and construction*”). Хотя в 2017 г. были приняты новые формы контрактов FIDIC, мы в настоящей статье рассматриваем формы FIDIC 1999 г., поскольку по этим формам существует обширная судебная и арбитражная практика, и споры из них до сих пор часто вновь возникают в практике.

<sup>2</sup> П. 3.1 Красной и Жёлтой Книг FIDIC.

с тем при разрешении любого требования он проводит консультации с обеими сторонами и выносит справедливое решение ("fair determination").<sup>3</sup> По Серебряной Книге, при предъявлении требований подрядчиком заказчик проводит с ним консультации, по результатам которых выносит справедливое решение.<sup>4</sup> Особенность данной стадии – в том, что инженер либо сам заказчик должен абстрагироваться от своей роли и выступить в несвойственной ему роли лица, выносящего справедливое решение по требованию.

В случае несогласия любой из сторон с решением инженера по Красной и Жёлтой Книгам либо подрядчика с решением заказчика по Серебряной Книге, любая из сторон вправе передать спор на рассмотрение Совета по урегулированию споров (Dispute Adjudication Board, «Совет»), что представляет собой второй этап разрешения спора. Последний может быть как постоянно действующим, так и формироваться для рассмотрения конкретного спора. Совет рассматривает спор, заслушивая

позиции обеих сторон, и выносит решение в течение 84 дней после передачи ему материалов по спору.<sup>5</sup> Любая из сторон спора вправе подать уведомление о несогласии с решением Совета. В таком случае решение Совета не считается окончательным и начинает течь 56-дневный срок на дружественное урегулирование спора.<sup>6</sup>

Только в случае недостижения мирового соглашения в течение 56 дней после подачи уведомления о несогласии с решением Совета одной из сторон, любая сторона может инициировать арбитраж по правилам Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce; "ICC"). Арбитражное разбирательство представляет собой третий финальный этап разрешения спора по Книгам FIDIC.

Ниже приведена схема рассмотрения спора по требованию подрядчика по Красной Книге FIDIC 1999 г.



### Обязательный характер прохождения доарбитражных этапов разрешения спора

Формулировки пп. 2.5, 3.5 и 20.1 Книг FIDIC говорят об обязательном характере прохождения доарбитражных этапов разрешения спора. Такое толкование соответствующих положений Книг FIDIC подтверждается судебной и арбитражной практикой. Так, в деле ICC № 16765

состав арбитража посчитал неприемлемым (inadmissible) требование заказчика о выплате ему заранее оценённых убытков, вызванных задержкой в выполнении работ, поскольку он до обращения в арбитраж не направил данное требование инженеру и не передавал его на рассмотрение Совета.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> П. 3.5 Красной и Жёлтой Книг FIDIC.

<sup>4</sup> П. 3.5 Серебряной Книги FIDIC.

<sup>5</sup> П. 20.4 Красной, Жёлтой и Серебряной Книг FIDIC.

<sup>6</sup> П. 20.5 Красной, Жёлтой и Серебряной Книг FIDIC.

<sup>7</sup> ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 No. 1 at p. 101. Цит по: Andrew Tweeddale and George Rosenberg, Corbett Commentary on FIDIC Clause 2, pp. 13-14 // <https://www.corbett.co.uk/wp-content/uploads/Clause-2-.pdf>

Обязательный характер рассмотрения спора Советом по урегулированию споров был подтверждён также решением Федерального Верховного Суда Швейцарии от 7 июля 2014 г. по делу № 4A\_124/2014.<sup>8</sup> В рамках данного спора подрядчик по договору подряда по форме Красной Книги FIDIC инициировал процедуру назначения членом Совета. Поскольку заказчик не предпринимал действий по назначению им члена Совета, процедура затянулась больше, чем на год. В связи с этим, через 15 месяцев после инициирования процедуры назначения членом Совета подрядчик обратился с заявлением об арбитраже в ИСС. Заказчик заявил в арбитражном разбирательстве возражения против юрисдикции арбитража, указав на несоблюдение доарбитражного этапа разрешения спора. Состав арбитража вынес частичное арбитражное решение, установив наличие у себя юрисдикции.<sup>9</sup> При этом состав арбитража отметил, что этап разрешения спора Советом не является обязательным, поскольку пп. 20.4 Красной Книги FIDIC говорит о том, что любая из сторон может или вправе передать спор на рассмотрение Совета. Состав арбитража посчитал, что данное положение является специальным по отношению к пп. 20.2 Красной Книги FIDIC, который гласит, что споры должны разрешаться Советом.<sup>10</sup> Частичное арбитражное решение было оспорено заказчиком в Федеральный Верховный Суд Швейцарии. Последний отказал в отмене арбитражного решения, но вместе с тем отверг толкование эскалационной оговорки составом арбитража, отметив:

[...] слово «должен» в подпункте 20.2 Общих условий [Красной Книги FIDIC] определённо говорит об обязательном характере многоступенчатого механизма разрешения споров, принятого FIDIC, в то время как глагол «может» в первом параграфе подпункта 20.4 [Красной Книги FIDIC] не противоречит указанному положению, потому что подпункт, в котором он [глагол «может»] появляется, предполагает, что Совет по урегулированию споров был сформирован. Более того, систематический анализ предполагает, что слово «обязан» имеет больше веса в соответствующих положениях Пункта 20

[Красной Книги FIDIC], чем слово «может».<sup>11</sup>

Тем не менее, в юридической литературе и арбитражной практике высказывается мнение о том, что при соблюдении ряда условий требования, не подававшиеся инженеру и Совету, могут быть рассмотрены составом арбитража. Известный специалист по строительному арбитражу К. Сеппяля (*Ch. Serrälä*) предложил следующий тест для определения требований, которые могут быть переданы сразу в арбитраж без рассмотрения Советом: если требование, рассмотренное Советом, с необходимостью влечёт разрешение вопроса по встречному требованию, то это встречное требование может быть заявлено в арбитраже даже, если оно не заявлялось в Совете. К. Сеппяля приводит следующий пример такого спора:

Примером спора, который подрядчик может направить в Совет по урегулированию споров и который включает в себя другой спор будет ситуация, в которой подрядчику было необоснованно отказано в продлении срока на выполнение работ инженером. Такой спор может считаться включающим требование заказчика (или потенциальное требование) о заранее оценённых убытках (называемых «убытками за просрочку» в контрактах FIDIC) за этот же срок. Поэтому для того, чтобы быть вправе заявить встречное требование в арбитраже, заказчик не обязан (хотя и вправе) подать такое требование в качестве спора на рассмотрение Совета по урегулированию споров.<sup>12</sup>

Взгляд Кр. Сеппяля нашёл подтверждение в арбитражной практике ИСС.<sup>13</sup>

### Последствия непрохождения доарбитражных этапов разрешения спора

Для того, чтобы ответить на вопрос о последствиях непрохождения доарбитражных этапов разрешения спора, необходимо вначале определить право, применимое к эскалационной оговорке, которая включает в себя как арбитражную, так и доарбитражную

<sup>8</sup> Judgment of the Federal Supreme Court of Switzerland dated 7 July 2014 in the case No. 4A\_124/2014 // <https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20juillet%202014%204A%20124%202014.pdf>.

<sup>9</sup> Там же, стр. 4-6.

<sup>10</sup> Там же, стр. 8, п. 3.1.1.

<sup>11</sup> Там же, стр. 10, п. 3.1.2.

<sup>12</sup> Цит по: Corbett, op. cit., p. 16.

<sup>13</sup> ICC Partial Award Case 15956 // ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 No. 1 at page 44. Цит. по: Corbett, op. cit., p. 16.

оговорку. В силу доктрины делимости арбитражной оговорки от договора материальное право, применимое к договору, и право, применимое к арбитражной оговорке, могут отличаться.<sup>14</sup> Представляется, что доарбитражная оговорка должна регулироваться правом, которому подчинена сама арбитражная оговорка в силу связи между различными этапами разрешения спора.<sup>15</sup>

Вместе с тем следует иметь в виду, что направление требования инженеру (по Красной и Жёлтой Книгам) либо другой стороне спора (по Серебряной Книге) в рамках первого этапа рассмотрения спора может считаться предварительным условием для возникновения материального права требования. И таким образом, соблюдение этого предварительного условия будет подчиняться материальному праву, применимому к договору подряда.

В частности, данный подход проявился в российской судебной практике. Так, Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд, рассматривая спор по иску подрядчика к заказчику о взыскании неустойки, отметил, что, исходя из условий договора, право требовать уплаты неустойки у подрядчика возникает только при наличии сложного юридического состава: (1) факта нарушения заказчиком срока выполнения работ, и (2) факта направления в адрес заказчика претензии. При этом суд особо подчеркнул:

Данное договорное условие не следует путать с досудебным порядком разрешения спора, так как применительно к рассматриваемому правоотношению пункт 7.3 договора содержит обязательные для сторон сделки требования не для реализации подрядчиком его права на обращение в суд, а требования, необходимые для возникновения у подрядчика права на начисление неустойки.<sup>16</sup>

Применительно к договорам по формам FIDIC положения подпунктов 2.5, 3.5. и 20.1 Книг FIDIC о предъявлении требований и проведении инженером или заказчиком консультаций могут рассматриваться как предварительные условия

для возникновения права. Такая трактовка может подтверждаться также тем, что Книги FIDIC не упоминают «спор» на первом этапе эскалационной оговорки, а говорят о наличии на этом этапе «требования»<sup>17</sup>, которое подлежит справедливому разрешению инженером или заказчиком. Таким образом, последствием непрохождения первого этапа эскалационной оговорки может быть отказ в иске в связи с отсутствием предварительного условия для возникновения материального права.

Последствия несоблюдения второго этапа эскалационной оговорки могут отличаться в различных правовых системах в зависимости от того, рассматривается ли вопрос о соблюдении доарбитражной оговорки как вопрос о юрисдикции (компетенции) арбитража или вопрос о приемлемости иска.

Оспаривание юрисдикции предполагает несогласие стороны арбитражного разбирательства с наличием у состава арбитража права рассматривать соответствующий спор, а оспаривание приемлемости иска (*admissibility*), с другой стороны, предполагает несогласие стороны с возможностью рассмотрения иска в данный момент составом арбитража. В то время как отсутствие юрисдикции означает, что иск не может быть рассмотрен соответствующим органом по разрешению споров, неприемлемость иска означает, что он не может быть рассмотрен по существу до удовлетворения определённых условий и может быть принят к рассмотрению после их удовлетворения.

То, является ли соответствующее возражение относящимся к юрисдикции или к приемлемости иска, влияет на следующие вопросы:

- (a) состав арбитража может по собственной инициативе рассматривать юрисдикционные вопросы, но не может по собственной инициативе поднимать вопросы о приемлемости иска;
- (b) в случае отсутствия юрисдикции состав арбитража должен прекратить

<sup>14</sup> Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Sixth Edition), 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015), pp. 158-165, ¶¶ 3.09-3.36. Одной из наиболее популярных коллизионных привязок, наряду с материальным правом, применимым к договору, является право места арбитража.

<sup>15</sup> Benoît Kohl and Alexandre Rigolet, 'Multi-tiered resolution clauses: use them all if you can't choose one', in Dirk De Meulemeester,

Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI* (1969-2019): 50 Years of Solutions, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019) 427 at 436, ¶ 19.

<sup>16</sup> Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.03.2016 № 15АП-1677/2016 по делу № А32-35033/2015.

<sup>17</sup> П. 20.1 Красной, Жёлтой и Серебряной Книг FIDIC.

арбитражное разбирательство; с другой стороны, в случае неприемлемости иска состав арбитража вправе приостановить его до устранения препятствий к рассмотрению иска по существу;

- (с) вопрос юрисдикции может быть разрешён судом в процессе об отмене арбитражного решения, в то время как неприемлемость заявления не может быть основанием для отмены соответствующего арбитражного решения.<sup>18</sup>

Во Франции и Германии, господствующей является позиция о том, что вопрос о соблюдении доарбитражной оговорки относится к приемлемости иска.

Парижский Апелляционный Суд в *Vijay Construction v Eastern European Engineering* отметил: «возражение о несоблюдении доарбитражной оговорки не представляет собой юрисдикционное возражение, а касается приемлемости иска, и таким образом, не относится к основаниям отмены [арбитражного решения] по ст. 1520 Гражданского процессуального кодекса [Франции]»<sup>19</sup>. Похожую позицию занял и Федеральный Верховный Суд Германии в решениях от 27 мая 2015 г. и от 14 января 2016 г., посчитав, что соблюдение процессуальных требований, предшествующих подаче иска, не представляет собой вопрос юрисдикции, а касается приемлемости иска.<sup>20</sup>

В российской арбитражной практике можно выделить, по крайней мере, одно дело, где суд посчитал вопрос соблюдения доарбитражной оговорки юрисдикционным. Определением от 11.06.2013 по третейскому делу № ТС-3-12/2013 состав арбитража постоянно действующего третейского суда «ЕВРАЗИЙСКИЙ АРБИТРАЖ» при коллегии адвокатов «КУТУЗОВСКАЯ» прекратил арбитражное разбирательство в связи с отсутствием у него компетенции на

рассмотрение спора.<sup>21</sup> Третейский суд посчитал, что у него отсутствует компетенция, поскольку перед обращением в арбитраж истец не инициировал предусмотренную доарбитражной оговоркой процедуру медиации в соответствии с Федеральным законом от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)».

В швейцарской судебной практике вопрос о соблюдении доарбитражной оговорки также воспринимается как вопрос о юрисдикции, подлежащий судебной проверке в рамках процесса об отмене арбитражного решения. Вместе с тем нарушение доарбитражной оговорки не влечёт автоматическое прекращение арбитражного разбирательства.

Последствия несоблюдения доарбитражной оговорки подверглись подробному анализу в решении Федерального Верховного Суда Швейцарии от 16 марта 2016 г. по делу № 4A\_628/2015.<sup>22</sup> В рамках данного дела, оспаривалось юрисдикционное арбитражное решение по спору из договора о геологоразведке и эксплуатации нефтяных месторождений.<sup>23</sup> Договор предполагал, что до обращения в арбитраж ИСС, стороны должны попытаться урегулировать свой спор по Регламенту дружественного разрешения споров ИСС. В связи с этим заказчик обратился с запросом об урегулировании спора в Центр дружественного разрешения споров ИСС. Центр назначил примирителя (*neutral*) для проведения процедуры дружественного разрешения спора. В соответствии с Регламентом дружественного разрешения споров ИСС, примиритель назначил проведение телефонной конференции с участием самого примирителя и юридических представителей сторон. Заказчик отказался от участия своих представителей в конференции и направил примирителю письмо, в котором отметил, что, по его мнению, процедура альтернативного разрешения споров не дала

<sup>18</sup> Tolu Obamuroh, 'Jurisdiction and admissibility: a case study', in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (Oxford University Press 2020, Volume 36 Issue 3) pp. 373, 385, 391-393; Michael Hwang and Si Cheng Lim, "Chapter 16: The Chimera of Admissibility in International Arbitration", in Neil Kaplan and Michael J. Moser (eds), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, (Kluwer Law International 2018) pp. 265, 266. См., например, ст. 190(1)(b) Швейцарского закона о международном частном праве: согласно данному положению, арбитражное решение может быть отменено, если оно было вынесено с нарушением юрисдикции состава арбитража. Однако не существует аналогичного положения о нарушении составом арбитража положений о приемлемости искового заявления. См. Federal Statute on Private

International Law, Chapter 12 // <http://www.arbiter.com.sg/pdf/laws/Swiss%20Federal%20Statute%200n%20Private%20International%20Law.pdf>

<sup>19</sup> Judgment of the Court of Appeal of Paris dated 28 June 2016 in the case No. 15/03504. Цит. по: Kohl and Rigolet, *op. cit.*, p. 440.

<sup>20</sup> Kohl and Rigolet, *op. cit.*, p. 441.

<sup>21</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 № Ф07-1516/2015 по делу № А56-56934/2014.

<sup>22</sup> Judgment of the Federal Supreme Court of Switzerland dated 16 March 2016 in the case No. 4A\_628/2015 // <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/Christian-Oetiker-DFSC-4A-628-2015-142-III-296.pdf>

<sup>23</sup> Там же, Раздел А, стр. 2.

результатов и он собирается обратиться в арбитраж. Примиритель посчитал, что заказчик таким образом самоустранился от участия в процедуре разрешения спора, о чём уведомил Центр дружественного разрешения споров ICC.<sup>24</sup>

Заказчик инициировал арбитраж по Регламенту UNCITRAL. В рамках арбитражного разбирательства исполнитель заявил аргумент об отсутствии у состава арбитража юрисдикции *ratione temporis* в связи с тем, что заказчиком была нарушена доарбитражная оговорка. Состав арбитража принял частичное арбитражное решение по вопросу о юрисдикции, придя к выводу о том, что у он компетентен рассматривать спор.<sup>25</sup>

Исполнитель подал заявление об отмене юрисдикционного арбитражного решения в Федеральный Верховный Суд Швейцарии, ссылаясь на отсутствие у арбитража юрисдикции *ratione temporis*. Суд пришёл к выводу, что заказчик нарушил доарбитражную оговорку, не сделав попытку урегулировать спор в соответствии с Регламентом дружественного разрешения споров ICC.<sup>26</sup> Федеральный Верховный Суд посчитал, что перед ним есть две альтернативы по наложению санкций за

нарушение оговорки на заказчика: отменить юрисдикционное решение с прекращением арбитражного разбирательства или отменить юрисдикционное решение с приостановлением арбитражного разбирательства для того, чтобы предоставить сторонам возможность пройти процедуру дружественного разрешения спора.<sup>27</sup> Суд посчитал, что вторая альтернатива является предпочтительной, потому что, во-первых, она позволяет сторонам сэкономить на арбитражных расходах, которые им пришлось бы понести при повторном инициировании арбитражного разбирательства, и, во-вторых, позволяет не допустить ущемления прав истца вследствие возможного пропуска срока исковой давности.<sup>28</sup>

Приведённый выше анализ последствий непрохождения доарбитражных этапов разрешения споров из договоров по форме FIDIC свидетельствует о том, что сторонам следует быть внимательными при выборе права, применимого к договору и к эскалационной оговорке, и оценивать возможные последствия непрохождения доарбитражных этапов разрешения споров, которые могут сильно различаться в различных правовых системах.

<sup>24</sup> Там же, Раздел А, стр. 3.

<sup>25</sup> Там же, Раздел В, стр. 4.

<sup>26</sup> Там же, стр. 14, п. 2.4.2.

<sup>27</sup> Там же, стр. 19, п. 2.4.4.1.

<sup>28</sup> Там же, стр. 19, п. 2.4.4.1.