



УДК 341.61  
ББК 67.938.3

## АРБИТРАЖНЫЕ ОГОВОРКИ НА СТРАЖЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ГИБКОГО РАЗРЕШЕНИЯ ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОГО СПОРА

С.Ю. Казаченок

Статья посвящена исследованию способов реализации принципа гибкого урегулирования международных коммерческих споров посредством правовых механизмов института международного коммерческого арбитража, в частности, наиболее подходящих достижению обозначенной цели видов арбитражной оговорки. Исследуются возможности комбинации арбитража с согласительными и/или экспертными процедурами, не требующими разрешения правовых вопросов, а направленными на выработку приемлемого для сторон пути разрешения возникшего конфликта, посредством использования гибкой конструкции многоуровневой арбитражной оговорки. В качестве гибкого компромиссного решения рассмотрены автором альтернативные арбитражные оговорки, применяемые в случае недостижения сторонами контракта договоренности о едином нейтральном арбитражном институте. Делается вывод о том, что гибридная форма арбитражного соглашения с использованием опционной оговорки в виде сочетания классической арбитражной оговорки с пророгационным соглашением представляется вполне приемлемой в контексте реализации принципа гибкости в случае, когда стороны контракта не могут предугадать сущность всех потенциальных конфликтов, связанных с исполнением договора.

***Ключевые слова:** международное частное право, принцип гибкости, международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение и арбитражная оговорка, преарбитражные стадии разрешения конфликта, мультимодальная арбитражная оговорка, альтернативная арбитражная оговорка, опционная оговорка.*

### **Многоуровневые (мультимодальные) арбитражные оговорки как средство реализации принципа гибкости**

Международной арбитражной практике давно известны многоуровневые (или мультимодальные) арбитражные оговорки, позволяющие сторонам наиболее гибко и всесторонне подойти к процедуре разрешения коммерческого спора. Речь идет о закреплении в арбитражной оговорке обязанности сторон пройти преарбитражные стадии разрешения конфликта (например, переговоры и/или медиация). Таким образом, право обратиться в ар-

битраж возникает у сторон как заключительный этап многоступенчатой процедуры урегулирования спора.

Мультимодальная оговорка как частный случай арбитражного соглашения дает сторонам контракта широкие возможности по конструированию преарбитражного этапа, позволяя максимально адаптировать процедуру к своим потребностям и особенностям бизнеса. Например, арбитражная оговорка может содержать простую отсылку к проведению переговоров (в том числе устных), а может предусматривать создание специальных компетентных органов для рассмотрения претензий или принятия экспертного решения по существу спора.

Смысл применения многоуровневой арбитражной оговорки заключается в том, что арбитраж намеренно комбинируется с согласительными и/или экспертными процедурами, которые не требуют разрешения правовых вопросов, а направлены на выработку прием-

лемого для сторон пути разрешения возникшего конфликта. Сам по себе арбитраж в этой ситуации становится не просто завершающей, но исключительной стадией процедуры: стороны не обязаны, но имеют право прибегнуть к нему в случае, если в ходе доарбитражных процедур согласованное решение ими так и не было достигнуто.

Кроме того, гибкость конструкции мультимодальной оговорки может предполагать также вариативность в отношении обязанности сторон прибегнуть к доарбитражным процедурам: они могут предусмотреть лишь возможность разрешения спора с помощью примирительных процедур, не придавая им обязательный характер [10]. На наш взгляд, именно такой подход в наибольшей степени оправдывает себя и соответствует принципу гибкости: нередки ситуации, когда для сторон контракта, которые в результате конфликта уже не просто перестали сотрудничать, но представляют собой два враждующих лагеря, прямое обращение в арбитраж более предпочтительно, чем переговоры и медиация, которые не принесут желаемого результата, а лишь затянут процесс разрешения спора. Жесткое же закрепление необходимости прибегнуть к процедуре доарбитражного разрешения спора создает потенциальные проблемы для стадии арбитража, в том числе из-за обязанности арбитра дать оценку соблюдения сторонами этого условия.

#### **Альтернативные и опционные оговорки как средство реализации принципа гибкости**

Рассматривая арбитражное соглашение как средство реализации принципа гибкости в МЧП, необходимо упомянуть и о таком явлении, как альтернативные арбитражные оговорки, применяемые, когда стороны контракта не смогли достичь договоренности о едином для них нейтральном арбитражном институте. В таком случае альтернативная арбитражная оговорка, сущность которой сводится к определению компетентного арбитражного суда, и служит компромиссным и наиболее гибким решением, либо местонахождением истца или ответчика, либо выбором истца. В результате применения такой арбитражной оговорки

сторона, инициирующая арбитраж, вправе обратиться в один из оговоренных арбитражных судов в соответствии с установленным критерием (местонахождение истца или ответчика) либо по своему усмотрению и с учетом особенностей спора.

В этой ситуации альтернативность распространяется, как правило, на три элемента арбитражного соглашения: 1) компетентный арбитражный институт; 2) порядок разрешения спора; 3) язык арбитражного производства. При этом вполне логично и естественно, что альтернативность не затрагивает вопроса о применимом праве, так как такой подход искажил бы суть договорных отношений сторон контракта и внес бы путаницу в понимание сторонами своих прав и обязанностей по контракту, а также последствий их нарушения [4, с. 22].

Однако при всей привлекательности и адаптивных возможностях данного варианта нельзя не обратить внимание на присущие ему недостатки. В литературе отмечается, что альтернативная оговорка предполагает арбитраж по принципу «first come – first served» [10], то есть в случае возникновения спора каждая сторона будет стремиться успеть первой обратиться в более предпочтительный для нее арбитражный орган, иначе она рискует оказаться ответчиком за то, что по каким-то причинам изначально было для нее нежелательным. Кроме того, существует риск одновременного обращения сторон в разные арбитражные органы, что неизбежно породит путаницу.

Необходимо также отметить и такой момент: иногда в литературе высказывается мнение (со ссылкой на Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 1996 г. № 5278/98), что если в арбитражном соглашении в качестве компетентных разрешать спор арбитражных судов альтернативно указано несколько судов, то такие соглашения должны рассматриваться как незаключенные, так как стороны не достигли определенности в предмете третейского соглашения [3]. Однако, на наш взгляд, данный подход искажает гибкую природу арбитражного соглашения и в целом идет вразрез не только с тенденциями развития международного частного права, но и с арбитражной практикой (см., например, решение МКАС при ТПП РФ от 29 октября 1996 г. по делу № 441/1996) [8].

Важно обратить внимание и на то, что в случае, если по соглашению одной из сторон предоставляется право по своему выбору обратиться в арбитражный орган или в государственный суд, то применяется тот же подход, что и в случае с предоставлением альтернативы в виде двух арбитражных судов. Это подтверждается и арбитражной практикой (см., например, решение МКАС при ТПП от 14 ноября 2001 г. по делу № 41/2001) [7].

Дело в том, что на практике бывают случаи, когда с учетом обстоятельств сторонам удобнее и выгоднее представить свой спор на рассмотрение суда, а не инициировать арбитраж. Гибкость и адаптивность арбитражного соглашения, а также его способность к интеграции других форм разрешения конфликтов позволяют предусмотреть возникновение такой ситуации и урегулировать действия сторон. Как справедливо отмечается в литературе, традиционные преимущества арбитража – компетентность, скорость, конфиденциальность – могут не проявить себя в ходе конкретного арбитражного разбирательства. Так же и разрешение спора в государственном суде в некоторых случаях может оказаться более быстрым, эффективным и экономически целесообразным.

#### **Опционная оговорка как компромиссное решение потенциальных конфликтов**

Играет свою роль и тот факт, что заранее практически невозможно предусмотреть все варианты поведения сторон договора и предугадать сущность всех потенциальных конфликтов, связанных с исполнением договора, поэтому стороны контракта вполне предсказуемо стремятся включить в положение договора о порядке разрешения споров «лучшее от двух миров», то есть арбитража и государственного суда. Такая гибридная форма арбитражного и пророгационного соглашений носит название опционной оговорки [9]. Опционная оговорка бывает односторонней (когда правом выбора между государственным судом и арбитражным органом владеет только одна сторона) и реже двусторонней.

По этому поводу в литературе встречается мнение о том, что при включении в соглашение такого условия (то есть формулирова-

ние опционной оговорки) оно перестает быть арбитражным, так как не содержит четкого волеизъявления сторон на рассмотрение споров в арбитражном (третейском) порядке и не исключает компетенцию государственного суда [5]. Более того, 1 сентября 2012 г. был опубликован полный текст Постановления Президиума ВАС РФ по делу № 1831/2012 по спору ЗАО «РТК» с ООО «Сони Эрикссон Мобайл Коммуникейшнз Рус», рассмотренному 19 июня 2012 г., в котором ВАС высказал свою позицию по вопросу действительной опционной оговорки, суть которой сводится к тому, что соглашение о разрешении споров не может наделять правом выбора между арбитражем и государственным судом только одну из сторон, так как нарушается баланс прав сторон.

На наш взгляд, такие выводы и такая позиция ВАС РФ отражают устаревшие взгляды на сущность арбитражного соглашения и не учитывают его гибкую, эволюционирующую природу. С учетом тенденций развития института международного коммерческого арбитража в последние годы, можно говорить о том, что подобная комбинация арбитражной оговорки и пророгационного соглашения становится все более распространенной, очевидно отражая потребность участников международного коммерческого оборота в использовании адаптивных возможностей арбитражного соглашения. Во многих случаях гибридная форма арбитражного соглашения в виде сочетания классической арбитражной оговорки с пророгационным соглашением представляется наиболее соответствующей существу конкретных экономических отношений (например, учитывая повышенные риски истца, являющегося кредитором) [2].

При этом, если российская судебная практика только начинает формировать свое отношение к опционной оговорке, то у западной практики уже есть некоторый опыт по разрешению подобных вопросов. В частности, Высший суд Англии в 2004 и 2005 гг. признал, что арбитражная оговорка такого характера не может быть признана недействительной, так как она не противоречит принципу «взаимности», поскольку стороны свободно и добровольно выразили свое согласие именно на такой порядок урегулирования конфликта [1, с. 116].

Помимо доктрины и зарубежной судебной практики, такой подход можно проследить

и в некоторых решениях российской судебной практики последних лет (см., например, Постановление ФАС Московского округа от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09 по делу № А40-59798/09-69-546) [6].

### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Барбе, Ж. Опционные оговорки о способах разрешения споров: анализ с точки зрения французского и английского права / Ж. Барбе, П. Рошер // Вестн. междунар. коммер. арбитража. – 2011. – № 1 (3).
2. Буркова, А. Ю. Некоторые аспекты действия арбитражной оговорки / А. Ю. Буркова // Вестн. арбитраж. практики. – 2012. – № 1. – С. 26–32.
3. Елисеев, Н. Г. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Н. Г. Елисеев, М. А. Рожкова, О. Ю. Скворцов ; под общ. ред. М. А. Рожковой. – М. : Статут, 2008. – 528 с.
4. Николокин, С. В. К вопросу о специфике альтернативных арбитражных соглашений / С. В. Николокин // Арбитраж. и граждан. процесс. – 2008. – № 2.
5. Николокин, С. В. Международный коммерческий арбитраж / С. В. Николокин. – М. : Юстицинформ, 2009. – 216 с.
6. Постановление ФАС Московского округа от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09 по делу № А40-59798/09-69-546 // Официальный сайт Высшего Арбитражного Суда РФ, раздел «Картотека арбитражных дел». – Электрон. текстовые дан. – Режим доступа: <http://kad.arbitr.ru/Card/ec4e13d9-db7b-4ecc-8c01-e538c56a32a8>. – Загл. с экрана.
7. Решение МКАС при ТПП от 14 ноября 2001 г. по делу № 41/2001 / Торгово-промышленная палата Российской Федерации, Международный коммерческий арбитражный суд ; сост. М. Г. Розенберг // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001–2002 гг. – М. : Статут, 2004. – С. 291–294.
8. Решение МКАС при ТПП РФ от 29 октября 1996 г. по делу № 441/1996 / сост. М. Г. Розенберг // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. – М. : Статут, 2008. – С. 105–108.
9. Самойлов, М. Опционная оговорка в практике ВАС РФ / И. Ищук, М. Самойлов // Legal insight. – 2012. – № 9. – С. 6–9.
10. Слипачук, Т. В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции / Т. В. Слипачук // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей. – М., 2007 ; Официальный сайт МКАС при ТПП РФ. – Электрон. текстовые дан. – Режим доступа: [http://www.tpprf-mkas.ru/en/component/docman/cat\\_view/77](http://www.tpprf-mkas.ru/en/component/docman/cat_view/77). – Загл. с экрана.

## ARBITRATION CLAUSES TO GUARD THE PRINCIPLE OF FLEXIBLE FOREIGN TRADE DISPUTE RESOLUTION

*S. Yu. Kazachenok*

The article deals with ways of implementing the principle of flexible resolution of international commercial disputes through legal mechanisms of the Institute of International Commercial Arbitration, in particular, the achievement of the most appropriate designated purpose of the arbitration clause. The possibilities of combinations of arbitration with conciliation and / or expert procedures not requiring permission from the legal issues, and to address in a way acceptable to the parties to resolve the conflict through the use of flexible design, multi-level arbitration clause. As a compromise, a flexible alternative is considered by the author arbitration clauses, applied in case the parties fail to reach a contract agreement on common neutral arbitration institutions. The conclusion is that the hybrid form of the arbitration agreement with option clause in a combination of classic arbitration clause with the prorogation agreement is quite acceptable in the context of the principle of flexibility in the case when the parties to a contract cannot predict the nature of any potential conflicts related to the execution of the contract.

**Key words:** *private international law, the principle of flexibility, international commercial arbitration, the arbitration agreement and the arbitration clause, pre-arbitration stage of conflict resolution, multi-modal arbitration clause, arbitration clause alternative, optional clause.*