

Опционные соглашения о разрешении споров часто используются в подчиняемых английскому праву договорах, заключенных между российскими и иностранными контрагентами. Недавно Постановление Президиума ВАС РФ признало диспаритетную опционную оговорку недействительной. Это поставило под вопрос возможность использования подобных оговорок при заключении будущих соглашений и создало риск для сторон, имеющих такие оговорки в уже заключенных договорах. Мы обратились к представителям стороны, выигравшей процесс в ВАС РФ, а также к ведущим международным экспертам с просьбой представить все возможные аргументы как за, так и против указанной позиции российской высшей судебной инстанции.

Опционная оговорка в практике ВАС РФ

«Итог дуэли, когда в руках одного дуэлянта заряженный пистолет, а в руках другого – сабля, очевидно, предreshен с самого начала»



Илья Ищук
адвокат, партнер
АБ «Корельский, Ищук,
Астафьев и партнеры»



Михаил Самойлов
старший юрист практики
разрешения споров
АБ «Корельский, Ищук,
Астафьев и партнеры»

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 Коммюникейшнз Рус», рассмотренному 19 июня 2012 г. (далее – Постановление Президиума ВАС РФ).

В связи с указанным делом Президиум ВАС РФ сформировал правовую позицию, в соответствии с которой «соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону контракта правом на обращение в

компетентный государственный суд и лишать вторую сторону подобного права. В случае заключения такого соглашения оно является недействительным как нарушающее баланс прав сторон».

Данный вывод был неоднозначно воспринят юридическим сообществом и вызвал определенную критику. По мнению критиков, ВАС РФ не должен был занимать такую позицию, ему следовало придерживаться принципа свободы договора (собственно, об этом и говорил представитель ООО «Сони

Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус») и отказать ЗАО «РТК» в пересмотре принятых по делу судебных актов в порядке надзора, указав на действительность соглашения о разрешении споров.

Представляется, что в данном деле нет оснований для заключения о нарушении принципа свободы договора, а для того чтобы понять, почему ВАС РФ пришел именно к такому выводу и каковы его последствия для гражданского оборота, следует прежде всего уяснить сущность тех правовых институтов, которые попали в «орбиту» рассмотренного дела.

Опционная оговорка. Основные понятия

В указанном деле соглашение о разрешении споров было сформулировано следующим образом (в сокращении): «Любой спор, возникший в связи с настоящим соглашением, который не может быть разрешен путем переговоров, будет окончательно разрешен в соответствии с Правилами примирения и арбитража Международной торговой палаты <...> Арбитражная оговорка также не ограничивает право «Сони Эрикссон» обратиться в суд компетентной юрисдикции с иском о взыскании сумм задолженности за поставленную продукцию».

В западной литературе подобная оговорка именуется опционной арбитражной (в отечественной терминологии – третейской) или арбитражной оговоркой с возможностью передачи спора на рассмотрение в государственный суд (Optional Arbitration Clause,

Arbitration Clause with Option to Litigate)¹. Уяснить суть этого понятия невозможно без понимания его составляющих – арбитражной и пророгационной оговорки. Кратко рассмотрим таковые.

Арбитражная оговорка (соглашение) – это определенный отказ сторон в сфере гражданских правоотношений от государственного суда в пользу избранного ими негосударственного суда (судей / арбитра(ов))² путем заключения соответствующего арбитражного соглашения или его включения в основной договор, т.е. изъятие гражданско-правового спора из юрисдикции государственного суда в пользу третейского. При этом такой отказ нельзя рассматривать как отказ лица от конституционного права на судебную защиту³. Европейский Суд по правам человека при применении соответствующих положений ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод также исходит из того, что стороны в гражданско-правовых отношениях могут, не прибегая к рассмотрению дела судом, заключить соответствующее соглашение, в том числе в виде арбитражной оговорки в договоре, и разрешить спор путем третейского разбирательства. Такой отказ от права на рассмотрение своего дела судом не нарушает Конвенцию при условии, что совершается без принуждения (Постановление от 27 февраля 1980 г. по делу «Девер (Deweer) против Бельгии»).

Пророгационная оговорка (соглашение) – это соглашение сторон о подсудности гражданско-правового спора конкретному суду, которому изначально рассмотрение данного дела не должно быть подсудно. Например, как часто бывает в отечественной практике, стороны договариваются о рассмотрении споров, которые могут возникнуть из договора, в Арбитражном суде г. Москвы, в то время как если бы такое соглашение не было заключено, спор рассматривался бы по местонахождению лица, нарушившего обязательство (т.е. ответчика).

¹ См., например: Nesbitt S., Quinlan H. The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses // 22 Arbitration International. 2006. Issue 1. P. 133–149; Graves J. Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule? Scholarly Works. 2012. P. 413 (<http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/413>); Барбе Ж., Рошер П. Опционные оговорки о способах разрешения споров: анализ с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1 (3). С. 110–126.

² См.: Алехина С. А., Блажев В. В. и др. Гражданское процессуальное право: Учеб. / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 556.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011. № 10-П.

Разрешение спора в государственном суде в одних случаях может быть более быстрым, эффективным и экономически целесообразным, чем в арбитраже, в других – оказаться неэффективным, не обеспечивать подлинной защиты нарушенного права и не отвечать критерию беспристрастности и справедливости. Естественно, в последнем случае стороны будут искать защиты в арбитраже.

При определении условий будущего договора и при наличии возможности выбора между арбитражем и государственным судом сторонам порой сложно сделать однозначный выбор. Как справедливо отмечается на практике и в литературе, традиционные преимущества арбитража – компетентность, скорость, конфиденциальность – могут не проявить себя в ходе конкретного арбитражного разбирательства либо обернуться полной своей противоположностью⁴.

Разрешение спора в государственном суде в одних случаях может быть более быстрым, эффективным и экономически целесообразным, чем в арбитраже, в других – оказаться неэффективным, не обеспечивать подлинной защиты нарушенного права и не отвечать критерию беспристрастности и справедливости. Естественно, в последнем случае стороны будут искать защиты в арбитраже. Также следует учитывать то обстоятельство, что в соглашении о разрешении споров невозможно предусмотреть все варианты поведения сторон договора и потенциальные конфликтные (спорные) ситуации, возникающие при его исполнении. В связи с этим стороны стремятся включить в соглашение о разрешении споров все лучшее от двух «миров»: арбитража и государственного суда, т.е. опционную оговорку.

На практике встречаются как минимум два вида опционных оговорок (по критерию объема прав сторон на выбор между арбитражем и государственным судом⁵). Первый вид оговорки встречается, когда право выбора между государственным судом и арбитражем есть у двух сторон договора (двусторонняя опционная оговорка), второй – когда право выбора есть только у

⁴ См.: Монастырский Ю. Э. Основные особенности пророгационных соглашений в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2002. № 2. С. 176.

⁵ Подробнее о видах опционных оговорок см.: Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 111–112.

одной стороны (односторонняя опционная оговорка).

Итак, опционное соглашение о разрешении споров состоит из двух частей: *арбитражного соглашения*, т.е. соглашения сторон по всем существенным условиям арбитража, и *пророгационного соглашения* сторон о передаче того или иного спора на рассмотрение в государственный суд. В зависимости от субъектного состава лиц, участвующих в договоре, и характера правоотношений можно выделить следующие опционные соглашения о разрешении споров:

- *внутренние* – спор с участием российских юридических лиц разрешается в конкретном российском третейском или государственном суде, например Арбитражном суде г. Москвы;
- *международные* – спор с участием российского юридического лица и иностранного юридического лица подлежит разрешению, например, в Арбитражном суде Международной торговой палаты или государственном суде какого-либо государства;
- *смешанные* – спор с участием российских юридических лиц подлежит разрешению, например, в Арбитражном суде Международной торговой палаты или в государственном суде, например Арбитражном суде г. Москвы.

Опционная оговорка в практике некоторых стран

Подход государственных судов к опционным соглашениям различен. Если российские суды только начинают формировать практику по данному роду соглашений, то зарубежные уже имеют в этом определенный опыт⁶.

⁶ См.: Clifford Ph., Browne O. Finance Agreements: A Practical Approach to Options to Arbitrate // Global Arbitration Review. 2007. Vol. 1. Issue 6. P. 39–41.

Так, Высокий суд Англии (High Court of England) в 2004 и 2005 гг. признал действительность односторонних оговорок в соответствии с английским правом. В делах *NB Three Shipping Ltd vs. Harebell Shipping Ltd (2004)* и *Law Debenture Trust Corp plc vs. Elektrim France BV and others (2005)* оговорка, позволяющая стороне отказаться от

вариантов выбора, принцип равенства не будет нарушен»¹¹, следовательно, опционная оговорка будет действительной. При этом как указанные авторы, так и Ф. Клиффорд и О. Браун¹² делают свой вывод о действительности односторонней опционной оговорки на основе кассационного решения по делу *Sicaly (1974)*.

Подход государственных судов к опционным соглашениям различен.

Если российские суды только начинают формировать практику по данному роду соглашений, то зарубежные уже имеют в этом определенный опыт.

арбитража и начать разбирательство в английском суде, была признана допустимой⁷. В соответствии с правом Англии арбитражная оговорка является действительной в том случае, если, в частности, не противоречит принципу «взаимности». Односторонняя оговорка не противоречит данному принципу, поскольку обе стороны выразили в отношении нее свое согласие⁸.

Кассационный суд Италии (Corte di Cassazione) также признал действительной одностороннюю оговорку, основываясь на принципе свободы договора: стороны должны самостоятельно определить, как и где будет урегулирован возникший между ними спор⁹.

Однако есть и другие подходы. Например, Верховный суд Германии (Bundesgerichtshof) признал оговорку в типовой форме соглашения несправедливой на основании того, что она предоставляет право выбора между арбитражем и государственным судом только одной стороне, независимо от того, является ли сторона истцом или ответчиком¹⁰.

По поводу французского подхода Ж. Барбе и П. Рошер отмечают, что «опционная оговорка противоречит принципу равенства, если она дает бенефициару право передать дело в любой арбитраж или государственный суд в любой части мира по его выбору или если она дает ему слишком много вариантов выбора. С другой стороны, если оговорка дает бенефициару лишь ограниченное число

Кассационный суд Франции (Cour de cassation) признал допустимой оговорку, в соответствии с которой одна сторона могла принять единоличное решение об обращении в государственный или арбитражный суд Нидерландов, указав, что «в любом случае французский суд не обладает юрисдикцией для рассмотрения спора»¹³. Однако в решении от 26 сентября 2012 г. Кассационный суд Франции признал недействительной оговорку, в соответствии с условиями которой только одна сторона договора могла выбирать место суда¹⁴.

Отношение ВАС РФ к опционной оговорке

Высший Арбитражный Суд РФ, основываясь на принципе процессуального равноправия (equality of arms), сформировал следующую позицию: двусторонняя опционная оговорка действительна; односторонняя – нет. Соглашения о разрешении споров, предусматривающие возможность каждой из сторон обратиться по своему выбору в конкретные государственные или третейские суды, не противоречат закону и должны считаться заключенными¹⁵, и напротив, такое соглашение не может наделять лишь одну сторону на обращение в компетентный государственный суд и лишать подобного права вторую сто-

рону. В случае заключения такое соглашение является недействительным (Постановление Президиума ВАС РФ).

Несмотря на всю критику последнего подхода (как ущемляющего свободу договора) и вмешательство в компетенцию арбитража (поскольку именно он, а не государственный суд должен был решить вопрос действительности соглашения о разрешении споров), его применение представляется оправданным и логичным с точки зрения отечественного правопорядка, хотя и требует уточнения некоторых формулировок. При этом противопоставление принципа свободы договора праву на судебную защиту является ошибочным.

Во-первых, свобода договора не абсолютна¹⁶, в противном случае она рискует превратиться в свою противоположность – господство одних над другими¹⁷, вседозволенность¹⁸, т.е. свобода договора имеет пределы и ограничения¹⁹. Свобода гражданско-правовых договоров в ее конституционно-правовом значении предполагает соблюдение принципов юридического равенства²⁰. Свобода договора подразумевает, что стороны действуют по отношению друг к другу на началах равенства, однако это не означает, что при заключении договора они могут действовать и осуществлять свои права по собственному усмотрению, без учета прав других лиц (своих контрагентов), а также без ограничений, установленных Кодексом и прочими законами²¹.

Во-вторых, Конституция РФ (ст. 46) гарантирует каждому – как физическому, так и юридическому лицу – судебную защиту нарушенного права. Государство, допуская возможность рассмотрения некоторых споров в частном порядке – путем обращения сторон в арбитраж (третейский суд), оставляет за собой право контролировать условия соглашения о разрешении спора с целью не допустить нарушения фундаментальных основ правосудия. Публичные интересы обеспечиваются законодательными пред-

¹⁶ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права. Т. 2. С. 79.

¹⁷ См.: Кратенко М. В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монография. М., 2010. 208 с.

¹⁸ См.: Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения // Журнал российского права. 2006. № 7, 8.

¹⁹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 157–159.

²⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.11.2008 № 11-П.

²¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 12.07.2011 по делу № 17389/10.

⁷ См.: Эндриус Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Под ред. Р. М. Ходыкина; Кембриджский ун-т. М., 2012. С. 433.

⁸ См.: Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 120.

⁹ См.: Nesbitt S., Quinlan N. Op. cit. P. 133.

¹⁰ Ibid. P. 146.

¹¹ Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 119.

¹² Supra 6.

¹³ Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 119.

¹⁴ См.: Панов А. Односторонние (опциональные) про- рогационные соглашения недействительны не только в России. Доступно по адресу: <http://goo.gl/YUBDS>

¹⁵ См.: Постановления Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 по делу № 11196/11.

писаниями, устанавливающими процедуры третейского разбирательства, что предполагает наличие гарантий справедливости и беспристрастности, присущих любому судебному разбирательству в силу требований ст. 46 Конституции РФ во взаимосвязи со ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод²².

Данное конституционно-правовое толкование в соответствии с нормативным регулированием позволяет ответить на вопрос о том, какой орган – арбитраж или государственный суд – должен проверить соблюдение опционным соглашением о разрешении споров публичного интереса (основ правосудия) и действительность оговорки. По нашему мнению, таким органом является государственный суд²³. В соответствии с п. 5 ст. 148 АПК РФ и толкованием ВАС РФ указанной нормы суд, оставляя исковое заявление без рассмотрения на основании наличия соглашения сторон о рассмотрении спора третейским судом и своевременного ходатайства лю-

условие, например, о том, что спор о праве на недвижимое имущество, по поводу которого заключается договор, предъявляется в арбитражный суд по местонахождению истца (при условии, что его местонахождение отличается от местонахождения недвижимого имущества) или что компания А вправе предъявить иск в конкретный государственный суд, в то время как компания Б полностью отказывается от такого права, является недействительной.


Пророгационная часть опционной оговорки о разрешении споров по рассматриваемому делу содержала подобное условие: одна компания для защиты своих прав была вправе обратиться в Арбитражный суд г. Москвы, в то время как вторая компания такого права не имела (т.е. вторая сторона, по сути, отказалась от права на обращение в суд), что недопустимо. То обстоятельство, что вторая компания вместо этого вправе обратиться в арбитраж, по нашему мнению, не имеет никакого правового значения. Пророгационное условие в части отказа лица на обращение в

Постановлении, могут быть пересмотрены, если для этого нет каких-либо других препятствий.

Это порождает как минимум два вопроса: будут ли арбитражные (государственные) суды повсеместно пересматривать схожие дела и будут ли они отказывать в приведении в исполнение на территории России решений, вынесенных арбитражными институтами, исключительно на основании наличия односторонней опционной оговорки? Представляется, что эти вопросы должны решаться в зависимости от поведения лица, чье право нарушено односторонней опционной оговоркой. Если такое лицо изначально оспаривало компетенцию арбитража и пыталось защитить свои права в государственном суде, но его исковое заявление было оставлено без рассмотрения со ссылкой на п. 5 ст. 148 АПК РФ, происходит следующее:

а) если вынесенное решение арбитражного института не приведено в исполнение, то в приведении его в исполнение на территории России должно быть отказано;

б) если решение арбитражного института не вынесено, то определение арбитражного суда об оставлении искового заявления без рассмотрения должно быть пересмотрено. Данная ситуация, бесспорно, порождает условие для ведения двух параллельных процессов: в арбитраже и государственном суде, что, очевидно, недопустимо.

И напротив, если лицо, чье право изначально нарушено, не оспаривало компетенцию арбитража, принимало активное участие в рассмотрении дела²⁵, не обращалось в государственный суд с иском о защите нарушенного права, то вынесенное арбитражное решение должно быть приведено в исполнение на территории России, несмотря на наличие в договоре одностороннего опционного соглашения. 

Высший Арбитражный Суд РФ, основываясь на принципе процессуального равноправия (equality of arms), сформировал следующую позицию: двусторонняя опционная оговорка действительна; односторонняя – нет.

бой из них о передаче дела в третейский суд, должен установить действительность такого соглашения²⁴. Иное толкование допускало бы возможность передавать на рассмотрение арбитража спор, который по российскому законодательству не может быть передан на рассмотрение арбитража (третейского) суда.

С учетом того, что опционная оговорка о разрешении споров состоит из двух частей, к ее пророгационной части применяются, в частности, правила о недопустимости изменения исключительной подсудности (ст. 37 АПК РФ) и условие о том, что отказ от права на обращение в суд недействителен (ст. 4 АПК РФ). Таким образом, пророгационная часть оговорки, которая содержит

суд недействительно; как следствие, правовое положение сторон восстанавливается получением права на обращение в суд. При этом арбитражная часть опционной оговорки действительна. Вывод о восстановлении права является ретроспективным. Таким образом, поскольку предполагается, что на момент возникновения спора лицо, чье право было нарушено, обладало правом выбора между арбитражем и государственным судом, возникший спор должен быть рассмотрен в государственном суде.

Последствия для практики применения Постановления Президиума ВАС РФ

Постановлением Президиума ВАС РФ предусмотрено, что вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с толкованием, содержащимся в настоящем

²² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П.

²³ Вопрос о действительности арбитражной оговорки является дискуссионным. См.: Ванев А. С., Дякин Д. Б. Действительность арбитражной оговорки в российской и зарубежной практике // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1.

²⁴ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25.07.2006 по делу № 2718/06.



²⁵ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 02.02.2010 по делу № 13211/09.