

Зенькович Д.И.

АСИММЕТРИЧНЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Аннотация. Статья посвящена зарубежному опыту применения асимметричных арбитражных оговорок, предоставляющих лишь одной из сторон арбитражного соглашения право выбора между арбитражем и государственным судом. Целью исследования является анализ современных тенденций в практике применения указанных оговорок. Тема статьи имеет особую актуальность в свете принятия в 2011 г. Президиумом ВАС РФ постановления по спору ЗАО «Русская Телефонная Компания» с ООО «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус», которым асимметричные арбитражные оговорки были поставлены под удар в России. Статья выполнена с привлечением широкого пласта иностранной судебной практики, а также актуальных иностранных доктринальных источников. Особый акцент делается на изучении законодательного регулирования и правоприменительной практике в странах, где при определенных обстоятельствах, либо в силу прямого указания в законе, асимметричные арбитражные оговорки могут быть признаны недействительными (США, Болгария, Польша и др.). В работе анализируются наиболее типичные основания по которым суды ряда стран могут признать асимметричную арбитражную оговорку недействительной. В результате проведенного исследования делается вывод о том, что в настоящее время не представляется возможным констатировать единообразный подход в различных юрисдикциях в отношении рассматриваемого вида арбитражных оговорок.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, асимметричная арбитражная оговорка, альтернативная арбитражная оговорка, опционная юрисдикционная оговорка, опционная арбитражная оговорка, принцип взаимности, доктрина недобросовестности, недействительность арбитражной оговорки, потестативная сделка, арбитражное соглашение

Abstract: The article is devoted to the foreign experience of using asymmetric arbitration clauses, providing only one of the parties to an arbitration agreement the right to choose between arbitration and the state court. The goal of the study is to analyze the modern tendencies in the practice of application of such clauses. This issue is topical due to the Decision of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of 2011 in the dispute between the ZAO "Russian Telephone Company" and the OOO "Sony-Ericsson Mobile Communications Rus", where asymmetric arbitration clauses were struck down in Russia. The article is based upon the wide range of foreign arbitration practice, as well as topical foreign doctrinal sources. Special attention is paid to the legislative regulation and legal practice in the states, such as the USA, Bulgaria, Poland, etc., where in some situations or by direct legislative provision asymmetrical arbitration clauses may be recognized as invalid clauses. The article includes analysis of the typical bases for the courts in a number of states to recognize asymmetric arbitration clauses invalid. Based upon the study the author makes a conclusion that currently there is no unified approach towards this type of arbitration clauses in various jurisdictions.

Keywords: international commercial arbitration, asymmetric arbitration clause, alternative arbitration clause, optional jurisdiction clause, optional arbitration clause, reciprocity principle, bad faith doctrine, invalidity of an arbitration clause, potestative deal, arbitration agreement.

В последние годы включение в контракты с участием российских контрагентов так называемых «асимметричных арбитражных оговорок»¹, предоставляющих лишь одной из

сторон арбитражного соглашения право выбора между различными форумами, в частности, госу-

равные возможности при выборе форума, являются разновидностью альтернативных соглашений о порядке разрешения споров. В литературе альтернативные арбитражные оговорки также именуется опционными, гибридными, комбинированными и т.д.

¹ Асимметричные арбитражные оговорки, как и симметричные арбитражные оговорки, предоставляющие обеим сторонам

дарственным судом и арбитражем, признавалось правомерным в российской судебной и арбитражной практике².

С принятием Президиумом Высшего арбитражного суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ) Постановления от 19 июня 2012 г. № 1831/2012 по спору ЗАО «Русская Телефонная Компания» с ООО «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус» (далее – Постановление Президиума ВАС РФ) был поставлен вопрос об изменении судебной и арбитражной практики, имевшей место до этого времени.

В названном постановлении Президиума ВАС РФ был сделан вывод о том, что исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав, соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону подобного права. Президиум ВАС РФ указал, что, в случае заключения такого соглашения, оно является недействительным как нарушающее баланс прав сторон. Следовательно, сторона, право которой нарушено таким соглашением о разрешении споров, также вправе обратиться в компетентный государственный суд, реализовав гарантированное право на судебную защиту на равных со своим контрагентом условиях³. В обоснование неправомочности включения в договоры асимметричных арбитражных оговорок Президиум ВАС РФ сослался на принцип равноправия участников гражданских отношений (материально-правовой принцип) и принципы равных процессуальных

возможностей и состязательности (процессуальные принципы)⁴.

Постановление Президиума ВАС РФ стало предметом широкой дискуссии отечественных ученых и практикующих юристов о том, насколько оно является обоснованным, правомерным и соответствующим международной практике.

Ряд авторитетных юридических фирм рекомендовал своим клиентам исключить из ранее заключенных и не включать во вновь заключаемые договоры (внешнеторговые контракты) альтернативные, в частности, асимметричные оговорки о разрешении споров в случаях, когда одной из сторон в таких договорах является российская сторона⁵.

Одни участники этой дискуссии подвергли критике ошибочное, по их мнению, Постановление Президиума ВАС РФ; другие обосновывали его правомерность.

Соглашаясь с тем, что мотивировочная часть Постановления Президиума ВАС РФ «не всегда является вполне ясной», А.В. Егоров обосновывает правомерность позиции Президиума ВАС. Этот автор полагает, что ее смысл заключается в том, что договоренность сторон о несимметричной альтернативе, т.е. о наделении правом выбора органа для разрешения спора только одной стороны, должна признаваться недействительной⁶. В

² См., например: Постановления ФАС Московского округа от 21 декабря 2009 г. N КГ-А40/11967-09, от 22 декабря 2009 г. № КГ-А40/11983-09, от 23 декабря 2009 г. N КГ-А40/13340-09, от 25 декабря 2009 г. N КГ-А40/13327-09, от 28 декабря 2009 г. № КГ-А40/13190-09, от 12 января 2010 г. N КГ-А40/14014-09; Решение МКАС от 14 ноября 2001 г. по делу N 41/2001 (См. подробнее: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 гг. / Сост. Розенберг М.Г. М.: Статут, 2004).

³ Подробный анализ Постановления Президиума ВАС РФ см.: Асосков А.В., Кучер А.Н., Ядыкин А.И. Действительны ли асимметричные соглашения о порядке разрешения споров по российскому праву согласно Постановлению Президиума ВАС РФ по делу Сони Эрикссон. Текст статьи доступен на сайте юридической фирмы «Debevoise & Plimpton LLP» в разделе «Наши рекомендации клиентам» по адресу: < <http://www.debevoise.com> > (последнее обращение 26 октября 2013 г.).

⁴ Егоров А.В. Асимметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 188.

⁵ См., например: Калинин М., Хвалец В. ВАС РФ признал недействительной диспаритетную арбитражную оговорку. Текст информационного письма юридической фирмы «Baker & McKenzie» за июнь 2013 г. доступен на сайте «Baker & McKenzie» по адресу: < <http://www.bakermckenzie.com/ru-RU/ALRussiaSupremeArbitrazhCourtRulesJun12/> > (последнее обращение 26 октября 2013 г.); Гусева В., Мошенников Я. ВАС РФ не поддержал альтернативные (асимметричные) арбитражные соглашения. Текст информационного бюллетеня юридической фирмы «DLA Piper» от 1 ноября 2012 г. доступен на сайте «DLA Piper» по адресу: < <http://www.dlapiper.com/ru/global/publications/detail.aspx?pub=7567> > (последнее обращение 26 октября 2013 г.); Беломестнова Н., Трусова Е. ВАС признал «асимметричные» альтернативные арбитражные оговорки недействительными. Текст информационного письма юридической фирмы «Goltsblat BLP» от 10 сентября 2012 г. № 385 доступен на сайте «Goltsblat BLP» по адресу: < <http://www.gbplaw.ru/news/legal/72563/> > (последнее обращение 26 октября 2013 г.).

⁶ А.В. Егоров. Указ. соч. С. 187.

обоснование своей позиции А.В. Егоров ссылается на то, что отсутствие надлежащего нормативного обоснования позиции Президиума ВАС РФ является «техническим недочетом формулировок судебного акта». Фактически же в основу этой правовой позиции были положены ст. 1 ГК РФ, закрепляющая принцип равенства, а также ст. 168 ГК РФ, согласно которой признается ничтожной сделка, не соответствующая требованиям закона⁷. При этом, по мнению А.В. Егорова, нарушение норм процессуального права (например, ст. 8, ч. 6 ст. 4, ст. 249 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) также могут являться основанием для применения ст. 168 ГК РФ, «если речь идет о такой разновидности условий гражданско-правовой сделки, как пророгационные соглашения»⁸.

Ссылаясь на то, что при вынесении Постановления Президиума ВАС РФ были допущены серьезные ошибки, Р.М. Ходыкин подверг критике нечеткость текста анализируемого Постановления, не позволяющего понять вывод Президиума ВАС РФ. В этой связи Р.М. Ходыкин отметил, что формулировка основного вывода ВАС РФ породила в юридической среде дискуссию о том, что же все-таки решил Президиум ВАС РФ: признал ли он недействительным все соглашение, включая арбитражное соглашение и оговорку, упрямочивающую «Сони Эрикссон» обратиться в государственный суд, или только вторую его часть?⁹

В защиту устоявшейся в России практики применения асимметричных арбитражных оговорок Р.М. Ходыкиным приводится, в числе прочего, следующая аргументация. Действительность арбитражных оговорок определяется по *lex arbitri* (закон места арбитража). В соответствии с теорией смешанной правовой природы арбитражных соглашений действительность таких сделок должна определяться с применением норм материального права, в частности, положений Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). При этом наиболее вероят-

ным основанием для признания таких сделок недействительными могло бы быть нарушение требований закона или иного правового акта с применением последствий, предусмотренных ст. 168 ГК РФ, что вряд ли имеет место в случае заключения сторонами асимметричного арбитражного соглашения¹⁰.

Важным уточнением, содержащемся в информации для клиентов международной юридической фирмы «Debevoise & Plimpton LLP», является указание на то, что Президиумом ВАС РФ не была приведена правовая аргументация, которая в некоторых зарубежных странах применялась для ограничения применения отдельных видов асимметричных оговорок о разрешении споров, а именно, возможность квалификации таких оговорок в качестве, так называемых, потестативных условных сделок, либо в качестве договоров присоединения, содержащих явно обременительные для присоединившейся стороны условия¹¹.

В своей публикации по данной тематике Р.М. Ходыкин констатирует, что «асимметричные арбитражные оговорки считаются действительными и в зарубежных правовых системах, например в Англии и Франции»¹². В свою очередь А.В. Асосков отмечает, что «...во многих странах мира асимметричные оговорки признаются действительными и исполнимыми»¹³. Примечательно, что оба автора при этом ссылаются на одни и те же решения английских судов: *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd. (2004)* и *Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others (2005)*.

В свете вышеизложенного следует констатировать, что ответ на вопрос о применении асимметричных арбитражных оговорок требует более основательного изучения зарубежного законодательства и правоприменительной практики, по-разному трактующих правомерность и допустимость заключения асимметричных арбитражных соглашений.

В феврале 2013 г. международная юридическая компания «Clifford Chance» выпустила в свет

⁷ Там же. С. 188.

⁸ Там же.

⁹ Ходыкин Р.М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 11. С. 64.

¹⁰ Ходыкин Р.М. Указ. соч. С. 68.

¹¹ Асосков А.В., Кучер А.Н., Ядыкин А.И. Указ. соч. С. 7.

¹² Ходыкин Р.М. Указ. соч. С. 64.

¹³ Асосков А.В., Кучер А.Н., Ядыкин А.И. Указ. соч. С. 12

обзор применения асимметричных арбитражных оговорок в более чем 40 юрисдикциях¹⁴.

Из содержания данного обзора можно сделать следующий вывод. В значительном числе юрисдикций государственными судами специально не изучался вопрос о действительности асимметричных арбитражных оговорок *per se*, однако, анализ опубликованной современной правоприменительной практики позволяет предположить, что, скорее всего, подобные арбитражные оговорки в этих странах будут признаны действительными и проблем с исполнением арбитражных решений, вынесенных на основании таких оговорок, не возникнет. Вместе с тем в отношении ряда стран указывается на возможные риски в случае применения асимметричных арбитражных соглашений.

Например, в ЮАР асимметричная оговорка может быть признана несправедливой при использовании в договорных отношениях с потребителями. В Швеции может быть подвергнута сомнению действительность асимметричной арбитражной оговорки, являющейся недобросовестной или несправедливой (опять же, преимущественно в отношениях с потребителями). В США действительность асимметричной арбитражной оговорки следует рассматривать в соответствии с законодательством каждого отдельного штата. В ряде штатов такая оговорка признается действительной, если только она не была заключена вследствие недобросовестного поведения одной из сторон. В некоторых штатах суды признавали асимметричные арбитражные оговорки недействительными по причине их противоречия принципу равенства сторон. В обзоре высказываются опасения относительно применения данного вида арбитражных оговорок в Бразилии, где ввиду необходимости достижения согласия сторон для передачи спора в арбитраж существует риск признания судами асимметричных арбитражных оговорок недействительными. Остается неясным, как

односторонняя опционная арбитражная оговорка будет исполняться в соответствии с китайским Арбитражным законом 1994 г., согласно которому в оговорке в обязательном порядке должно быть зафиксировано намерение сторон обращаться в арбитраж. Несмотря на крайне незначительную судебную практику по данному вопросу в этой стране, можно упомянуть решение Высшего народного суда Пекина, который в 1999 г. признал одностороннюю опционную оговорку недействительной исходя из того, что подобные оговорки являются «недобросовестными» или «несправедливыми»¹⁵.

Следует обратить также внимание на позицию Верховного суда Южной Кореи, который в решении от 11 ноября 2004 г. № 2004Da42166 постановил, что опционные арбитражные оговорки, часто используемые в различных строительных контрактах с участием корейского правительства, являются действительными лишь в случае, когда одна из сторон инициирует арбитражное разбирательство, а другая не возражает против этого¹⁶. В противном случае спор подлежит передаче на разрешение в суд.

К числу иных стран, в которых применение асимметричных арбитражных оговорок является рискованным, авторы обзора отнесли Венгрию, Индию, Индонезию, Казахстан, Словакию, Испанию, Турцию, Объединенные Арабские Эмираты и Украину. Наиболее вероятными основаниями для признания асимметричных арбитражных оговорок недействительными в этих странах предполагаются: отсутствие соглашения сторон, неравное положение при проведении переговоров, нарушение принципа равенства сторон, противоречие публичному порядку. Особенно рискованным представляется включение подобной арбитражной оговорки в потребительские договоры, в которых потребитель по умолчанию рассматривается как более

¹⁴ *Berard M., Dingley J.* Unilateral option clauses in arbitration: a survey as to their effectiveness. Сокращенная редакция обзора доступна на сайте юридической фирмы «Clifford Chance» по адресу: < http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2013/02/unilateral_optionclausesinarbitration.html > (последнее обращение 26 октября 2013 г.). При написании настоящей статьи использовалась полная редакция обзора, любезно предоставленная автору старшим юристом «Clifford Chance» г-ном Джеймсом Дингли.

¹⁵ См. об этом подробнее: *Browne O., Clifford P.* Avoiding pitfalls in drafting and using unilateral option clauses. P.3. Текст информационного письма юридической фирмы «Latham & Watkins LLP» за июль 2013 г. доступен на сайте «Latham & Watkins LLP» по адресу: < <http://www.lw.com/thoughtLeadership/IA-News-in-Brief-Unilateral-Option-Clauses> > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

¹⁶ *Pryles M.C.* Dispute Resolution in Asia. Kluwer Law International, 2006. P. 252.

слабая сторона, чьи интересы подлежат охране с применением более высокого стандарта защиты.

Особого внимания заслуживает анализ правоприменительной практики в отношении асимметричных арбитражных соглашений в Польше и Румынии, где запрет на использование подобных соглашений установлен на законодательном уровне.

Так, в соответствии с положениями Гражданского процессуального кодекса Румынии, арбитражная оговорка признается недействительной, если она предоставляет одной из сторон право выбора между арбитражем и судом в отношении спора, относящегося по умолчанию к подсудности государственного суда.

Польское процессуальное законодательство запрещает использование соглашений о разрешении споров, предоставляющее лишь одной из сторон право на обращение в арбитраж, ввиду того, что такое соглашение нарушает принцип равенства сторон. Вместе с тем двусторонняя опционная оговорка, согласно которой обеим сторонам предоставляется право выбора между арбитражем и судом, в соответствии с польским законодательством признается действительной, так как в этом случае отсутствует нарушение принципа равенства сторон.

Не всегда либеральный подход в отношении асимметричных арбитражных оговорок демонстрировали и германские суды, особенно, что касается «внутреннего» арбитража. 10 октября 1991 г. Верховный Суд Германии (*Bundesgerichtshof*), применив немецкое право, признал недействительной оговорку, предоставляющую лишь одной стороне выбор между судами и арбитражем¹⁷.

С учетом вышеизложенного можно констатировать, что в настоящее время в правоприменительной практике разных стран встречаются различные подходы относительно правомерности применения асимметричных арбитражных оговорок. Данный довод, на наш взгляд, не позволяет сделать однозначный вывод о безусловной действительности асимметричных арбитражных соглашений в зарубежных странах.

¹⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / Edited by Gaillard E. and Savage J.: The Hague: Kluwer Law International, 1999. P. 140. См. также: Ицук И., Самойлов М. Опционная оговорка в практике ВАС РФ // Legal Insight. 2012. № 9(15). С. 8

Франция:

признание судом асимметричной юрисдикционной оговорки недействительной может повлечь аналогичные последствия для асимметричных арбитражных оговорок.

Ж. Барбе и П. Рошер отмечают, что французские суды признали действительность двусторонних опционных судебных оговорок¹⁸ в случаях, когда не применяются Брюссельская конвенция от 27 сентября 1968 г. и Регламент № 44/2001 Совета ЕС о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам от 22 декабря 2000 г.¹⁹ (далее – Регламент), прямо позволяющий сторонам согласовывать опционные юрисдикционные оговорки²⁰. В то же время действительность односторонних опционных юрисдикционных оговорок, по мнению указанных авторов, представляется менее очевидной в этой стране, что нашло отражение в судебной практике французских судов²¹.

По мнению указанных французских авторов, односторонняя опционная арбитражная оговорка²² является действительной, так как она не противоречит принципу равенства сторон, который в европейском прецедентном праве определен не как обязательство предоставить каждой стороне абсолютно равные права, а как обязательство дать каждой стороне «разумную возможность представить свое дело так, чтобы не поставить себя в очевидно невыгодное положение по сравнению с противной стороной»²³. Из этого следует вывод о том, что опционная оговорка будет противоречить принципу равенства, если

¹⁸ Соглашения о разрешении споров, предоставляющие обеим сторонам право выбора между различными государственными судами.

¹⁹ Регламент N 44/2001 Совета Европейского Союза «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Барбе Ж., Рошер П. Опционные оговорки о способах разрешения споров: анализ с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 114-115.

²¹ См. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 11 October 1988, RG n°88-3806; Cass. com., 24 April 1990, appeal n°88-19.877. Цит. по: Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 115-116.

²² То есть, асимметричная арбитражная оговорка.

²³ См. об этом подробнее: Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 119.

она предоставляет 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 для выбора. Таким образом, если оговорка дает бенефициару лишь ограниченное число вариантов выбора, принцип равенства не будет нарушен, так как в таком случае предоставление бенефициару права выбора фактически не ставит противную сторону в «очевидно невыгодное положение»²⁴.

Так в 1972 г. Апелляционный Суд г. Анже отказался признать недействительной арбитражную оговорку в контракте между несколькими нидерландскими и французской компаниями, согласно которой нидерландским компаниям предоставлялось право выбора между арбитражем и судами (в обоих случаях в Нидерландах)²⁵. Впоследствии данное решение было поддержано и кассационной инстанцией.

Вместе с тем серьезные волнения в профессиональной и научной среде не только во Франции, но и во всем Европейском союзе, вызвало Решение французского Верховного суда по частным и уголовным делам (*Кассационный суд, Cour de cassation*) от 26 сентября 2012 г. № 983²⁶ по спору между люксембургским банком *Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe* и его вкладчицей, которая через французское отделение разместила в банке депозит. В договоре между названными сторонами содержалась договоренность об исключительной компетенции судов Люксембурга, при этом банку было предоставлено право инициировать судебный процесс по месту жительства вкладчицы (которая проживала в Испании) или перед любым другим судом, который имел бы компетенцию в отсутствие указанного выше пророгационного соглашения. В 2009 г. вкладчица заявила о существенных финансовых потерях, обвинила люксембургский банк в нарушении своих обязательств по предоставлению кон-

сультационных услуг и обратилась в парижский суд *Tribunal de grande instance* с иском против люксембургского банка и его французского отделения. Суды первой и апелляционной инстанции признали компетенцию французских судов рассматривать спор против люксембургского банка, тем самым отклонив возражения банка, основанные на пророгационном соглашении. В свою очередь Кассационный суд Франции указал, что «принимая во внимание, что оговорка, которой предоставляется право банку обращаться в суд по месту жительства клиента или в любой другой компетентный суд в реальности связывала только миссис Х..., которой было предоставлено лишь право обращаться в суды Люксембурга, суд апелляционной инстанции правильно решил, что такое соглашение является потестативным»²⁷. Суд апелляционной инстанции признал недействительной юрисдикционную оговорку на том основании, что она «противоречила цели и окончательности пророгационного соглашения, предусмотренного ст. 23 Регламента»²⁸, а Кассационный суд поддержал данное обоснование. Таким образом, обращение вкладчицы во французские суды было признано правомерным.

Примечательно, что акцент в решении Кассационного суда Франции сделан именно на природе самого соглашения, а не на том, что соглашение было заключено с потребителем, как более слабой стороной. Из этого можно сделать вывод о том, что аналогичное решение было бы

²⁴ Там же. С. 119.

²⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / Edited by Gaillard E. and Savage J. Op. cit. P. 140.

²⁶ Текст решения (на французском языке) доступен на официальном сайте французского Кассационного суда по адресу: < http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

²⁷ Ancel M.-E., Marion L., Wynaendts L. Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation (about *Rothschild* decision, French *Cour de cassation*, 26 September 2012). Текст статьи доступен по адресу: < <http://ssrn.com/abstract=2258419> > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

²⁸ Согласно распространенной точке зрения ст. 23 Регламента допускает заключение односторонних (опционных) пророгационных соглашений. При этом соглашение, по которому одной из сторон предоставляется при предъявлении иска право выбора между судом, указанным в соглашении, или иным судом, который обладал бы компетенцией в отсутствие соглашения, а другая сторона может предъявить иск только в обозначенный в соглашении суд, должно быть ясным и недвусмысленным.

См. об этом подробнее: Панов А. Односторонние (опциональные) пророгационные соглашения недействительны не только в России. Текст статьи доступен по адресу: < http://zakon.ru/blogs/odnostoronnie_opcionalnye_prorogacionnye_soglasheniya_nedejstvitelny_ne_tolko_v_rossii/4207 > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

принято и в случае рассмотрения спора между коммерческими организациями. Суд также не сослался на принцип состязательности и равенства сторон. Здесь важно еще раз подчеркнуть, что в соответствии с французским и люксембургским правом обязательства, заключенные под потестативным условием, являются недействительными (ст. 1174 французского Гражданского кодекса)²⁹.

По мнению представителя *BNP Paribas* Джорджа Аффакки, высказанному на ежегодной международной арбитражной конференции *ICC Russia*, решения Президиума ВАС РФ (Прим.: имеется в виду Постановление Президиума ВАС РФ) и французского суда «потрясли бизнес», внеся «серьезный элемент правовой неопределенности». По словам эксперта, французское решение повлияет на практику стран Европы³⁰.

Несмотря на то, что решение Кассационного суда подверглось серьезной критике³¹, оно является индикатором рисков, которые могут возникнуть в случае заключения односторонней оговорки с опцией рассмотрения спора в суде или арбитраже³². Таким образом, вполне можно допустить, что в перспективе французскими судами могут быть вынесены аналогичные решения и по спорам, связанным с асимметричными арбитражными оговорками.

²⁹ Панов А. Односторонние (опциональные) пророгационные соглашения недействительны не только в России. Указ. соч.

³⁰ Плешанова О. «Быстрее и за меньшие деньги»//Мог проиграть Березовский Абрамовичу в российском суде. Текст статьи доступен по адресу: < http://zakon.ru/blogs/bystree_i_za_menshie_dengi_mog_proigrat_berezovskij_abramovichu_v_rossijskom_sude/4975 > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

³¹ В частности, в недавнем деле *Mauritus Commercial Bank Ltd v. Hestia Holdings Ltd and another* [2013] EWHC 1328 (Comm) английский коммерческий суд отказал в признании аргументации, идентичной аргументации, положенной в основу решения *Cour de cassation*, и признал действительность односторонней юрисдикционной оговорки, наделяющей компетенцией английские суды. Такую же позицию занял Верховный суд Италии в решении от 11 апреля 2012 г. по делу № 5705 *Grinka in liquidazione v Intesa San Paolo. Simest, HSBC*. См. об этом подробнее: *Perrella C. Italy: Italian Supreme Court Considers Unilateral Jurisdiction Clauses*. Текст статьи доступен по адресу: < <http://www.mondaq.com/x/231358/arbitration+dispute+resolution/italian+supreme> > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

³² *Browne O., Clifford P. Op. cit.* P. 2.

**Болгария:
односторонняя арбитражная оговорка,
порождающая потестативное право
для одной из сторон, не имеет юридической
силы.**

В Болгарии Верховный Суд Кассации в решении от 2 сентября 2011 г. № 71 по делу № 1193/2010³³ признал недействительной асимметричную арбитражную оговорку в договоре займа, согласно которой лишь заимодавец получал право выбора между арбитражем и государственным судом.

В Болгарии, так же как и во Франции, Верховный Суд Кассации указал на то, что «подобные оговорки могут быть истолкованы как создающие посредством контрактных договоренностей «потестативное право» (право, посредством которого лицо может в одностороннем порядке оказывать влияние на юридические права другого лица/контрагента). Это не допускается правом Болгарии, где потестативные права могут быть установлены лишь в парламентском акте³⁴.

Рассматриваемое решение касалось договора займа, заключенного между физическими лицами, в котором содержалась арбитражная оговорка, предусматривающая право заимодавца инициировать производство против заемщиков в Арбитражном суде Болгарской Торгово-промышленной Палаты или в ином арбитражном институте, либо в Областном суде Софии. После возникновения спора заимодавец обратился в Арбитражный суд Болгарской Торгово-промышленной Палаты, который признал наличие компетенции на рассмотрение спора и решил, что заемщики несут солидарную ответственность перед заимодавцем и обязаны выплатить сумму долга и проценты. Заемщики обратились в Верховный Суд Кассации с заявлением об отмене архи-

³³ Текст решения (на болгарском языке) доступен по адресу: < <http://domino.vks.bg/bcap/scc/webdata.nsf/Keywords/C8F68993563DD5FFC22578FF00499C60> > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

³⁴ *Cuniberti G. Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause*. Текст статьи доступен на портале «Conflict of laws .net» по адресу: < <http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/> > (последнее обращение 27 октября 2013 г.).

тражного решения, ссылаясь на отсутствие у арбитражного института компетенции на рассмотрение спора. В обоснование своих требований они ссылались на то, что арбитражная оговорка противоречила «добрым нравам» (договор *contra bonos mores*³⁵) и поэтому являлась недействительной. Кроме того, заемщики утверждали, что арбитражная оговорка нарушала принцип процессуального равенства сторон – фундаментальный принцип болгарского гражданского процессуального права.

Верховный Суд Кассации Республики Болгария постановил, что право заимодавца выбирать по своему усмотрению орган для разрешения спора, в котором он сможет реализовать свое публичное право на предъявление иска, подпадает под категорию «потестативных» прав. Неотъемлемой характеристикой «потестативного» права является предоставление одному лицу (группе лиц) возможности влиять в одностороннем порядке на правовую позицию другого лица (группы лиц). Ввиду того, что потенциальным эффектом реализации «потестативных» прав может быть причинение вреда третьим лицам, их существование возможно исключительно на законных основаниях, но не вследствие договорных соглашений. Руководствуясь вышеизложенными аргументами, суд пришел к выводу о том, что оговорка, в нарушение закона наделяющая одну из сторон односторонним правом выбора органа для разрешения спора (арбитражного института или суда), является недействительной в соответствии с § 1 ст. 26 болгарского Закона о контрактах и обязательствах. Согласно данной норме все договоры, заключенные в нарушение или обход закона, а также противоречащие добрым нравам, признаются недействительными.

Оговорка о выборе арбитража или суда в данном деле содержалась в договоре без «иностранного элемента». Вместе с тем общий характер аргументов суда позволяет сделать вывод об их возможном применении и в отношении внешне-экономических контрактов.

Таким образом, можно констатировать, что мотивы, которыми руководствовался Верховный Суд Кассации Болгарии, весьма близки к мо-

тивам, изложенным в решении французского Кассационного суда по делу *Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe*.

Англия:

эволюция правоприменительной практики от отрицания асимметричных арбитражных оговорок до их признания.

Еще в 1960-х годах в Англии встречались судебные решения, признающие действительными лишь те арбитражные оговорки, которые обеим сторонам предоставляли равные права для передачи споров в арбитраж. Анализируя оговорку, в которой лишь одной стороне предоставлялось право обратиться в арбитраж, английский суд в 1966 г. так обосновывал свою позицию: «Необходимо, чтобы из арбитражной оговорки явствовало согласие каждой стороны на передачу споров в арбитраж; любая из сторон в случае возникновения спора должна иметь право обратиться в арбитраж. Иными словами, оговорка должна содержать взаимные права»³⁶. До 1986 г. в Англии арбитражное соглашение должно было быть «взаимным», то есть предоставлять обеим сторонам одинаковые права на передачу спора в арбитраж. Переломным в судебной практике английских судов стало дело *Pittalis v Sherefettin* (1986 г.)³⁷, в котором Апелляционный Суд, ссылаясь на наличие согласия сторон в отношении односторонней арбитражной оговорки, отказал в признании наличия дефекта взаимности в такой оговорке. После этого решения английские суды перестали акцентировать внимание на взаимности или симметричности арбитражных оговорок.

Хрестоматийными примерами, закрепившими практику признания английскими судами асимметричных арбитражных оговорок, считаются уже упоминавшиеся дела *NB Three Shipping*

³⁶ Дело *Baron v. Sunderland Corp. (1966)*. См. об этом подробнее: *Born G. B. International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. P. 733.

³⁷ *Bevan A. Optional arbitration agreements: the English position*. Текст статьи доступен на портале «Commercial Dispute Resolution» по адресу: < <http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/optional-arbitration-agreements-the-english-position> > (последнее обращение 28 октября 2013 г.).

³⁵ Лат. «против добрых обычаев и традиций».

*Ltd v Harebell Shipping Ltd (2004)*³⁸ и *Debenture Trust Corp plc v Elektrim Finance BV (2005)*³⁹. Действительность односторонних опционных арбитражных оговорок была подтверждена английскими судами в 2011 и 2013 гг. в решениях английских судов по делам *Deutsche Bank AG v Tongkah Harbour Public Company Limited and Deutsche Bank AG v Tungkum Limited (2011)*⁴⁰ и *Mauritius Commercial Bank Ltd v. Hestia Holdings Ltd and another (2013)*⁴¹.

США:

принцип взаимности и доктрина недобросовестности как основания для признания асимметричной арбитражной оговорки недействительной.

Если отношение английской судебной системы к асимметричным арбитражным оговоркам в настоящее время представляется вполне очевидным, то аналогичный вывод может быть сделан в отношении правоприменительной практики судов США с некоторыми оговорками⁴². Американские авторы отмечают, что в настоящее время суды в США «не пришли к единому мнению относительно исполнимости “односторонних опционных оговорок” в арбитражном

контексте»⁴³. В США одни суды, ссылаясь на несоблюдение принципа взаимности (*principle of mutuality*) либо нарушение доктрины недобросовестности (*unconscionability doctrine*), признают такие оговорки недействительными⁴⁴, другие суды приходят к противоположному выводу. Профессор Школы права Университета Канзаса К.Р. Драхозал пишет: «растущее число судов, хотя и не доминирующее, отказывает в исполнении арбитражных оговорок с асимметричными обязательствами относительно права на передачу спора в арбитраж, ссылаясь на то, что такие оговорки являются недобросовестными, либо в них отсутствует взаимность обязательств»⁴⁵. Суды в США, признавая асимметричные арбитражные оговорки недействительными, придерживаются подхода, согласно которому данные арбитражные оговорки являются несправедливыми в отношении «маленьких людей» («little guys»)⁴⁶.

В контексте настоящей статьи интерес, прежде всего, представляет обоснование позиции, которой придерживаются те суды в США, которые признают недействительными асимметричные арбитражные оговорки, в частности, в трудовых контрактах, в договорах между коммерческими организациями и потребителями.

В период до 1990 г. значительное число судов в США не признавало исполнимыми асимметричные арбитражные оговорки на основании доктрины взаимности обязательств, согласно которой если обе стороны не связаны обязательством, то ни одна из них не будет считаться связанной. Показательным примером применения

³⁸ Рассматривалась юрисдикционная оговорка, предоставляющая лишь одной стороне дополнительное право на обращение в арбитраж.

³⁹ В этом деле арбитражная оговорка предоставляла одной из сторон также право на обращение в суд.

⁴⁰ Подробный анализ данного дела см.: *Bevan A. Optional arbitration agreements: the English position. Op. cit.*

⁴¹ Подробный анализ данного дела см.: *Berard M., Dingley J. Unilateral option clauses in arbitration: an international overview. P. 5-9. Текст статьи доступен по адресу: <http://uk.practicallaw.com/7-535-3743 > (последнее обращение 28 октября 2013 г.).*

⁴² На общую исполнимость асимметричных арбитражных оговорок в соответствии с Федеральным Арбитражным Актом указывают В. Россмани и М. Москин, в подтверждение чего ссылаются на ряд судебных решений: *Oblis, Inc. V. Winiiecki (2004); Harris v. Green Tea Fin. Corp. (1999); Doctor's Associates, Inc. V. Distajo (1995); Wilson Electrical Contractors, Inc. v. Minotte Contracting Corp. (1989); Becker Autoradio U.S.A. v. Becker Autoradiowerk GmbH (1978) и др.* См. об этом подробнее: *Rossmann V.R., Moskin M. Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. P. 5-66; Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / Edited by Gaillard E. and Savage J. Op. cit. P. 312-313.*

⁴³ Цит. по: *Dewar J. International Project Finance: Law and Practice. New York: Oxford University Press, 2011. P. 448.*

⁴⁴ Дела «*Hull Dye & Print Works Inc. v. Riegel Textile Corp.*» (1971), «*Kaye Knitting Mills v. Prime Yarn Co., Inc. (1971)*». В первом случае суд пришел к выводу о неисполнимости оговорки, предоставлявшей право на обращение в арбитраж лишь одной стороне, ссылаясь на отсутствие взаимности. Во втором случае суд отменил арбитражное решение, указав, что ни соглашение, предоставляющее право на арбитраж лишь одной из сторон (и признанное судом по этой причине недействительным), ни решение, вынесенное на основании такого соглашения, не являются обязывающими для истца. См. об этом подробнее: *Enforceability – clause not mutually binding // Arbitration Journal. 1972. Vol. 27 Issue 1. P. 57.*

⁴⁵ *Drahozal C.R. Nonmutual Agreements to Arbitrate // Journal of Corporation Law. University of Iowa College of Law. 2002. P. 540.*

⁴⁶ *Ibid.*

данной доктрины является дело *Hull v. Norcom Inc.* (1985). В соглашении между работником и работодателем содержалась арбитражная оговорка, предоставляющая лишь работодателю альтернативное право на обращение в суд в случае нарушения работником условий трудового контракта. Применяв право Нью-Йорка, Суд Одиннадцатого Округа признал арбитражное соглашение односторонне обязывающим и, как следствие, неисполнимым⁴⁷.

Применение принципа взаимности обязательств как основания для признания арбитражных оговорок недействительными нашло также свое отражение в ряде недавних решений Верховного суда штата Арканзас. Эти решения были приняты по делам о выдаче физическим лицам займов под высокие проценты на основании соглашений, предусматривающих арбитражную оговорку с опционным правом заимодавца обращаться в суд с требованием о взыскании задолженности. В деле *Showmethemoney Check Cashers*, основываясь на мотивах решения по делу *Hull v. Norcom Inc.*, Верховный суд штата Арканзас решил, что в арбитражной оговорке отсутствовала взаимность обязательств, поскольку арбитражные соглашения «не могут использоваться как щит против судебной процедуры, инициированной другой стороной, приберегая при этом лишь для первой стороны меч судебного преследования»⁴⁸. Такой же подход Верховный суд штата Арканзас применил в деле *E-Z Cash Advance, Inc. v. Harris*, отметив, что «взаимность обязательств отсутствует, когда одна из сторон использует арбитражное соглашение с целью защитить себя от судебного процесса, оставляя при этом за собой право обращаться за защитой в судебную систему»⁴⁹.

⁴⁷ Справедливости ради следует отметить, что впоследствии Апелляционный Суд Нью-Йорка в деле *Sablosky v. Edward S. Gordon Co.* занял противоположную позицию и отверг судебный подход, примененный в деле *Hull v. Norcom Inc.*, тем самым отказав в применении любых требований взаимности относительно обязательства или способа правовой защиты в отношении арбитражных соглашений.

⁴⁸ *Drahozal C.R.* Op. cit. P. 546.

⁴⁹ Любопытно, что данное дело касалось симметричной арбитражной оговорки, которая не распространялась на споры, подпадающие под юрисдикцию судов мелких тяжб. Однако суд решил, что так как не представлялось возможным предположить, по каким иным основаниям заимодавцу пришлось бы обращаться в арбитраж с иском против заемщика, то в ар-

Авторитетный исследователь международного коммерческого арбитража Г. Борн отмечает, что, как и в Англии, в США также произошла эволюция в подходах судов к доктрине взаимности, на основании которой суды ранее отказывали в исполнении арбитражной оговорки, предоставляющей лишь одной стороне право обратиться в арбитраж. Г. Борн ссылается на то, что доктрина взаимности полностью утратила свое значение в доктрине контрактного права, вследствие чего ее применение в отношении положений контракта, регулирующих порядок разрешения споров, в обоснование необходимости наделения всех сторон одинаковыми правами более не представляется возможным⁵⁰. Ученый отмечает, что асимметричная арбитражная оговорка теперь, как правило, рассматривается как надлежащий способ реализации автономии воли сторон в отношении порядка разрешения споров, если только такой порядок не признается недобросовестным в соответствии с применимым правом⁵¹. Вместе с тем автор признает, что сделанный им вывод не является абсолютным, поскольку все еще появляются судебные решения, в которых асимметричные арбитражные оговорки признаются недействительными по причине нарушения требований взаимности⁵².

Во второй половине 90-х годов американские суды, признавая асимметричные арбитражные оговорки недействительными, в обоснование необходимости наличия в арбитражной оговорке элемента взаимности начали применять доктрину недобросовестности⁵³, предполагающую односторонность договорных условий⁵⁴.

битражной оговорке отсутствовала взаимность обязательств, и поэтому она была неисполнима.

⁵⁰ *Born G. B.* Op. cit. P. 733-734.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Например, дела *Gonzalez v. West Suburban Imp., Inc. (2006)*; *Wisconsin Auto Title Loans, Inc. v. Jones (2006)*; *Tyson Foods, Inc. v. Archer (2004)*.

⁵³ Эволюция и современное толкование «доктрины недобросовестности» (*unconscionability doctrine*) в практике американских судов и арбитражей подробно анализируются в следующей работе: *Horton D.* *Unconscionability wars* // *Northwestern University Law Review*. 2012. Vol. 106 Issue 1. P. 387-408.

⁵⁴ *Duranske B.T.* *Virtual law*. American Bar Association, 2008. P. 382.

Наибольшее количество судебных решений, в которых отражалась новая тенденция, было вынесено в штате Калифорния. В соответствии с правом этого штата наличие существенной недобросовестности признается в случаях, когда в силу арбитражного соглашения более слабой стороне предоставляется возможность обратиться в арбитраж для разрешения споров, в то время как сильная сторона имеет право выбирать между различными форумами. При этом в литературе отмечается, что асимметричные арбитражные оговорки прямо запрещены правом Калифорнии как недобросовестные, и одним из признаков недобросовестности является отсутствие взаимности в таком соглашении⁵⁵.

Предтечей судебных решений, отражающих переход к применению доктрины недобросовестности, явилось решение Верховного суда штата Калифорния по делу *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.* В этом деле работники оспаривали арбитражное соглашение, согласно которому в арбитраж подлежали передаче все споры, связанные с незаконным увольнением, при этом работодатель имел также возможность обратиться в суд, тем самым обладая более широкими по сравнению с работниками возможностями для защиты своих интересов. Суд, который рассматривал указанное дело, отметил, что арбитражная оговорка являлась частью трудового контракта, который фактически представлял собой договор присоединения, условия которого работники не могли обсуждать, и обратил внимание на необходимость наличия «определенного объема взаимности» (*modicum of mutuality*) с тем, чтобы арбитражная оговорка в договоре присоединения была исполнимой. Суд акцентировал внимание на том, что его решение основывалось на доктрине недобросовестности, а не принципе взаимности, пояснив при этом, что ограничение способов правовой защиты послужило причиной признания арбитражной оговорки «недобросовестной»⁵⁶.

Показательным также является дело *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, в рамках которого Верховный апелляционный суд штата Западная Вирджиния признал недобросовестной

и, как следствие, неисполнимой асимметричную арбитражную оговорку в контракте между заимодавцем и заемщиками-физическими лицами. Арбитражная оговорка предусматривала передачу в арбитраж всех споров, связанных с предоставлением займа. При этом заимодавцу предоставлялось право обращаться в суды общей юрисдикции по некоторым категориям споров, включая взыскание задолженности. Характеризуя арбитражную оговорку как «соглашение между кроликами и лисами», суд заключил, что «относительное положение сторон, национального коммерческого заимодавца с одной стороны, и пожилых неопытных потребителей с другой стороны» являлось «крайне неравным»; условия контракта были «неоправданно благоприятны в отношении заимодавца»⁵⁷. В отличие от аналогичных дел, решения по которым раньше основывались на доктрине взаимности обязательств, суд Западной Вирджинии достиг аналогичного результата, применив доктрину недобросовестности.

Спустя несколько месяцев после вынесения решения по делу *Arnold v. United Companies Lending Corp.* Верховный суд штата Монтана пришел к схожим выводам в деле *Iwen v. U.S. West Direct*. В этом деле адвокат предъявил иск к компании U.S. West Direct с требованием о возмещении убытков, возникших вследствие некорректного указания номера его телефона в размещенной в телефонном справочнике рекламе. Договор между сторонами содержал арбитражную оговорку о передаче всех споров в арбитраж за исключением требований U.S. West Direct о взыскании задолженностей по договору. Установив, что арбитражная оговорка содержалась в договоре присоединения, условия которого истец не мог обсуждать, суд признал оговорку недобросовестной. При этом позиция суда обосновывалась практически так же, как в деле *Arnold v. United Companies Lending Corp.* Суд констатировал, что ответчик целенаправленно защитил себя, сохраняя конституционное право на доступ к судебной системе, одновременно лишив такой возможности истца. Впоследствии решение по данному делу легло в основу решения Апелляционного суда Девятого Округа по

⁵⁵ *Duranske B.T.* Op. cit. P. 383.

⁵⁶ *Drahozal C.R.* Op. cit. P. 551.

⁵⁷ *Ibid.* P. 548.

делу *Ticknor v. Choice Hotels International, Inc.*, в котором недобросовестной была признана арбитражная оговорка в договоре франчайзинга.

Таким образом, можно утверждать, что в ряде штатов сохраняется отрицательное отношение государственных судов к применению асимметричных арбитражных оговорок, особенно в трудовых договорах⁵⁸ и в договорах, одной из сторон в которых является потребитель. Г. Борн отмечает, что подобный подход особенно свойственен для государственных судов с традициями «враждебного отношения к арбитражным соглашениям вообще» в спорах, затрагивающих «внутренние (domestic)» арбитражные соглашения⁵⁹. Данное утверждение подтверждается подготовленным для Федеральной торговой комиссии и Департамента торговли США Заключением судебных адвокатов относительно применения альтернативных способов разрешения споров в сделках с участием потребителей на онлайн-рынке⁶⁰. В документе, в частности, констатируется, что многие арбитражные оговорки, составляемые крупными компаниями и навязываемые физическим лицам, предусматривают обязанность физического лица обращаться в арбитраж для разрешения спора, в то время как у компании имеется право выбирать между арбитражем или судом. По мнению адвокатов, такие оговорки приравниваются к односторонним сделкам, в которых сторона с более сильной договорной позицией навязывает свою волю более слабой стороне.

⁵⁸ Например, Апелляционный суд Девятого округа отказался признать исполнимой арбитражную оговорку в трудовом договоре на том основании, что данное соглашение было недобросовестным, т.е. односторонним и несправедливым, вследствие чего не могло быть исполнено в соответствии с «обычными принципами государственного контрактного права». См. подробнее: *Jentz G.A., Miller R.L. Business Law Today: Comprehensive Edition*. P. 95.

⁵⁹ *Born G. B. Op. cit.* P. 735.

⁶⁰ Public comments of Trial Lawyers for Public Justice Re: Alternative Dispute Resolution for Consumer Transactions in the Borderless Online Marketplace in response to the Federal Trade Commission and the Department of Commerce's Initial Notice Requesting Public Comment and Announcing Public Workshop. Текст документа доступен по адресу: <<http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/comments/blandjr.pdf>> (последнее обращение 28 октября 2013 г.).

Польша:

асимметричные арбитражные оговорки не имеют силы как нарушающие принцип равенства сторон.

В 2005 г. в Польше был принят новый арбитражный закон – пятая часть Гражданского процессуального кодекса⁶¹ (далее – ГПК РП), имеющий в своей основе положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г.⁶² (далее также – Типовой закон ЮНСИТРАЛ). В соответствии с § 2 ст. 1161 ГПК РП не имеют силы положения арбитражного соглашения, нарушающие принцип равенства сторон, в особенности, предоставляющие только одной стороне право обратиться в арбитражный или в государственный суд⁶³. Данная норма основывается на п. 1 ст. 32 Конституции Польши, которым декларируется всеобщее равенство перед законом.

Во время подготовки пятой части ГПК РП § 2 ст. 1161 ГПК РП подвергался критике как несправедливо ограничивающий автономию сторон, а также не имеющий аналога в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Однако в итоге этот параграф был включен в ст. 1161 ГПК РП⁶⁴.

Критические мнения относительно данной нормы встречаются в польской литературе. М. Томашевски, оценивая позитивно закрепление в пятой части ГПК РП принципа равенства сторон как такового, считает дополнение данной нормы примером асимметричной арбитражной оговорки ненужным и неправильным⁶⁵.

⁶¹ Гражданский процессуальный кодекс Республики Польша от 17 ноября 1964 г. (в ред. от 20 января 2011 г.) // *Dziennik Ustaw*. 1964. Nr. 43. poz. 296; *Dziennik Ustaw*. 2011. Nr. 34. poz. 173.

⁶² Отличительной особенностью польского арбитражного закона является единое регулирование «внутреннего» и международного арбитража.

⁶³ См.: норму § 3 ст. 1105 ГПК РФ, в соответствии с которой юрисдикция польских судов не исключается соглашением, предусматривающей право лишь одной стороны инициировать производство в государственном суде.

⁶⁴ *Каколецкий А., Новачек П.* Новый польский Закон об арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж*. 2007. № 4. С. 50.

⁶⁵ *M. Tomaszewski.* Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie // *PS*. 2006, № 1. S. 38.

В. Юрцевич и А. Корженевски отмечают, что ситуация, в которой право выбора между судом и арбитражем предоставляется лишь одной из сторон, не является чем-то неизвестным польскому праву, ссылаясь в обоснование своего утверждения, в том числе, на двусторонние польские соглашения о взаимной защите инвестиций⁶⁶.

Р. Морэк считает, что в коммерческих отношениях применение принципа равенства сторон не должно нарушать принципы свободы договора и диспозитивности, а также противоречить принятой практике и торговым обычаям. В подтверждение своей позиции автор указывает на то, что в арбитражной практике является обычной ситуация, когда одна из сторон арбитражного разбирательства находится в более выгодном положении (например, в отношениях между польскими и английскими контрагентами преобладает английский язык; достаточно редко избирается нейтральная страна для рассмотрения спора)⁶⁷.

Первоначально, согласно замыслу кодификационной комиссии, планировалось признавать недействительным арбитражное соглашение, предоставляющее лишь одной стороне право выбора форума для разрешения спора. Однако в ходе дальнейших законопроектных работ был воспринят подход, согласно которому положения арбитражного соглашения, нарушающие принцип равенства сторон, должны признаваться не имеющими силы. Таким образом, в случае заключения арбитражного соглашения, содержащего положение о праве лишь одной из сторон выбирать между судом и арбитражем, такое соглашение не имеет силы в части предоставления такой стороне права на обращение в арбитраж⁶⁸.

Авторитетные польские исследователи арбитража К. Вейц и Т. Эрециньски обращают внимание на необходимость в каждом случае учитывать намерения сторон, так как может иметь место ситуация, когда без включения в арбитражное соглашение положения, нарушающего § 2 ст.

1161 ГПК РП, стороны вообще отказались бы от заключения арбитражного соглашения. В таком случае, по мнению польских ученых, по аналогии можно было бы применить § 3 ст. 58 ГПК РП⁶⁹, предусматривающий недействительность части материально-правовой сделки⁷⁰.

Нарушение при заключении асимметричной арбитражной оговорки принципа равенства сторон, предусмотренного § 2 ст. 1161 ГПК РП, влечет за собой отмену арбитражного решения, а также отказ в признании и подтверждении исполнимости арбитражного решения по причине нарушения основных принципов правового порядка⁷¹.

Заключение.

Представленный в настоящей статье анализ зарубежного законодательства и правоприменительной практики по вопросу действительности и исполнимости асимметричных арбитражных оговорок не является исчерпывающим, однако, позволяет сделать определенные выводы.

Во-первых, подходы к решению вопроса о правомерности применения асимметричных арбитражных оговорок различаются в разных странах. В одних государствах подобные оговорки признаются действительными. В других – заключение асимметричных арбитражных оговорок допускается с определенными ограничениями, особенно когда речь идет о договорах неравноправных по своему договорному статусу контрагентов. В третьей группе стран асимметричные арбитражные оговорки признаются недействительными в силу прямого законодательного запрета или сформированной судебной практики. Следует также упомянуть достаточно большую – четвертую группу стран, в которых вопрос о действительности асимметричных арбитражных оговорок не был предметом судебного рассмотрения.

⁶⁶ *Morek R.* Mediacja i arbitraż. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2006. S. 137-138.

⁶⁷ *Ibid.* S. 138.

⁶⁸ *Ereciński T., Ciszewski J., Weitz K.* Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta – Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta – Sąd polubowny (arbitrażowy). Warszawa: LexisNexis, 2009.

⁶⁹ § 3 ст. 58 ГПК РП: если недействительной является часть сделки, сделка продолжает действовать в остальной части, если только из обстоятельств не следует, что без включения недействительной части сделка не была бы совершена.

⁷⁰ *Ereciński T., Weitz K.* Sąd arbitrażowy. Warszawa: LexisNexis, 2008. S. 108-109.

⁷¹ *Błaszczak L., Ludwik M.* Sądownictwo polubowne (Arbitraż). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2007. S. 140.

Во-вторых, можно выделить наиболее типичные основания, по которым суды в странах второй и третьей групп признают асимметричную арбитражную оговорку недействительной: признание арбитражного соглашения потестативной сделкой, включение такой арбитражной оговорки в договор присоединения, недобросовестное поведение стороны, нарушение принципов равенства сторон, взаимности или односторонность договорных условий.

В-третьих, подходы судов в различных странах относительно недействительности

асимметричных арбитражных оговорок также не одинаковы. Такие арбитражные оговорки либо признаются недействительными в полном объеме (США, Болгария, Румыния), либо в их «асимметричных» частях (Польша).

Автор выражает надежду, что приведенная в настоящей статье информация может послужить импульсом для дальнейших научных исследований, обобщения судебной практики и изучения зарубежного законодательства по вопросу применения асимметричных арбитражных оговорок.

Библиография:

1. Асосков А.В., Кучер А.Н., Ядыкин А.И. Действительны ли асимметричные соглашения о порядке разрешения споров по российскому праву согласно Постановлению Президиума ВАС РФ по делу Сони Эрикссон (<http://www.debevoise.com>).
2. 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. Беломестнова Н., Трусова Е. ВАС признал «асимметричные» альтернативные арбитражные оговорки недействительными (<http://www.gblplaw.ru/news/legal/72563/>).
4. Гусева В., Мошенников Я. ВАС РФ не поддержал альтернативные (асимметричные) арбитражные соглашения (<http://www.dlapiper.com/ru/global/publications/detail.aspx?pub=7567>).
5. Егоров А.В. Асимметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2.
6. Ищук И., Самойлов М. Опционная оговорка в практике ВАС РФ // Legal Insight. 2012. № 9(15).
7. Каколецкий А., Новачек П. Новый польский Закон об арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4.
8. Калинин М., Хвалей В. ВАС РФ признал недействительной диспаритетную арбитражную оговорку (<http://www.bakermckenzie.com/ru-RU/ALRussiaSupremeArbitrazhCourtRulesJun12>).
9. Панов А. Односторонние (опциональные) пророгационные соглашения недействительны не только в России (http://zakon.ru/blogs/odnostoronnie_opcionalnye_prorogacionnye_soglasheniya_nedejstvitelny_ne_tolko_v_rossii/4207).
10. Плешанова О. «Быстрее и за меньшие деньги»//Мог проиграть Березовский Абрамовичу в российском суде (http://zakon.ru/blogs/bystree_i_za_menshie_dengi__mog_proigrat_berezovskij_abramovichu_v_rossijskom_sude/4975).
11. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 гг. / Сост. Розенберг М.Г. М.: Статут, 2004.
12. Ходыкин Р.М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 11.
13. Ancel M.-E., Marion L., Wynaendts L. Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation (about Rothschild decision, French Cour de cassation, 26 September 2012) (<http://ssrn.com/abstract=2258419>).
14. Berard M., Dingley J. Unilateral option clauses in arbitration: a survey as to their effectiveness (http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2013/02/unilateral_optionclausesinarbitration.html).
15. Berard M., Dingley J. Unilateral option clauses in arbitration: an international overview (<http://uk.practicallaw.com/7-535-3743>).

16. Bevan A. Optional arbitration agreements: the English position (<http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/optional-arbitration-agreements-the-english-position>).
17. Błaszczak Ł., Ludwik M. Sądownictwo polubowne (Arbitraż). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2007.a
18. Born G. B. International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
19. Browne O., Clifford P. Avoiding pitfalls in drafting and using unilateral option clauses (<http://www.lw.com/thoughtLeadership/IA-News-in-Brief-Unilateral-Option-Clauses>).
20. Cuniberti G. Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause (<http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/>).
21. Dewar J. International Project Finance: Law and Practice. New York: Oxford University Press, 2011.
22. Drahozal C.R. Nonmutual Agreements to Arbitrate // Journal of Corporation Law. University of Iowa College of Law. 2002.
23. Duranske B.T. Virtual law. American Bar Association, 2008.
24. Ereciński T., Ciszewski J., Weitz K. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta – Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta-Sąd polubowny (arbitrażowy). Warszawa: LexisNexis, 2009.
25. Ereciński T., Weitz K. Sąd arbitrażowy. Warszawa: LexisNexis, 2008.
26. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / Edited by Gaillard E. and Savage J.: The Hague: Kluwer Law International, 1999.
27. Horton D. Unconscionability wars // Northwestern University Law Review. 2012. Vol. 106 Issue 1.
28. Jentz G.A., Miller R.L. Business Law Today: Comprehensive Edition.
29. Morek R. Mediacja i arbitraż. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2006.
30. Perrella C. Italy: Italian Supreme Court Considers Unilateral Jurisdiction Clauses (<http://www.mondaq.com/x/231358/arbitration+dispute+resolution/italian+supreme>).
31. Pryles M.C. Dispute Resolution in Asia. Kluwer Law International, 2006.
32. Rossman V.R., Moskin M. Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
33. M. Tomaszewski. Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie // PS. 2006, № 1.

References (transliteration):

1. Asoskov A.V., Kucher A.N., Yadykin A.I. Deistvitel'ny li asimmetrichnye soglasheniya o poryadke razresheniya sporov po rossiiskomu pravu soglasno Postanovleniyu Prezidiuma VAS RF po delu Soni Eriksson (<http://www.debevoise.com>).
2. Barbe Zh., Rosher P. Optsionnye ogovorki o sposobakh razresheniya sporov: analiz s tochki zreniya frantsuzskogo i angliiskogo prava // Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. 2011. № 1.
3. Belomestnova N., Trusova E. VAS priznal «assimmetrichnye» al'ternativnye arbitrazhnye ogovorki nedeistvitel'nymi (<http://www.gblplaw.ru/news/legal/72563/>).
4. Guseva V., Moshennikov Ya. VAS RF ne podderzhal al'ternativnye (assimmetrichnye) arbitrazhnye soglasheniya (<http://www.dlapiper.com/ru/global/publications/detail.aspx?pub=7567>).
5. Egorov A.V. Assimmetrichnye ogovorki o razreshenii sporov sudebnaya praktika zamenyaet na simmetrichnye // Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. 2012. № 2.
6. Ishchuk I., Samoilov M. Optsionnaya ogovorka v praktike VAS RF // Legal Insight. 2012. № 9(15).
7. Kakoletskii A., Novachek P. Novyi pol'skii Zakon ob arbitrazhe // Mezhdunarodnyi kommercheskii arbitrazh. 2007. № 4.
8. Kalinin M., Khvalei V. VAS RF priznal nedeistvitel'noi disparitetnuyu arbitrazhnuyu ogovorku (<http://www.bakermckenzie.com/ru-RU/ALRussiaSupremeArbitrazhCourtRulesJun12>).

9. Panov A. Odnostoronnie (optsional'nye) prorogatsionnye soglasheniya nedeistvitel'ny ne tol'ko v Rossii (http://zakon.ru/blogs/odnostoronnie_opcionalnye_prorogacionnye_soglasheniya_nedejstvitelny_ne_tolko_v_rossii/4207).
10. Pleshanova O. «Bystree i za men'shie den'gi»//Mog proigrat' Berezovskii Abramovichu v rossiiskom sude (http://zakon.ru/blogs/bystree_i_za_menshie_dengi__mog_proigrat_berezovskij_abramovichu_v_rossijskom_sude/4975).
11. Praktika Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri TPP RF za 2001-2002 gg. / Sost. Rozenberg M.G. M.: Statut, 2004.
12. Khodykin R.M. Gibridnye ogovorki o rassmotrenii spora // Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiiskoi Federatsii. 2012. № 11.
13. Ancel M.-E., Marion L., Wynaendts L. Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation (about Rothschild decision, French Cour de cassation, 26 September 2012) (<http://ssrn.com/abstract=2258419>).
14. Berard M., Dingley J. Unilateral option clauses in arbitration: a survey as to their effectiveness (http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2013/02/unilateral_optionclausesinarbitration.html).
15. Berard M., Dingley J. Unilateral option clauses in arbitration: an international overview (<http://uk.practicallaw.com/7-535-3743>).
16. Bevan A. Optional arbitration agreements: the English position (<http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/optional-arbitration-agreements-the-english-position>).
17. Błaszczak Ł., Ludwik M. Sądownictwo polubowne (Arbitraż). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2007.
18. Born G. B. International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
19. Browne O., Clifford P. Avoiding pitfalls in drafting and using unilateral option clauses (<http://www.lw.com/thoughtLeadership/IA-News-in-Brief-Unilateral-Option-Clauses>).
20. Cuniberti G. Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause (<http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/>).
21. Dewar J. International Project Finance: Law and Practice. New York: Oxford University Press, 2011.
22. Drahozal C.R. Nonmutual Agreements to Arbitrate // Journal of Corporation Law. University of Iowa College of Law. 2002.
23. Duranske B.T. Virtual law. American Bar Association, 2008.
24. Ereciński T., Ciszewski J., Weitz K. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta – Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta–Sąd polubowny (arbitrażowy). Warszawa: LexisNexis, 2009.
25. Ereciński T., Weitz K. Sąd arbitrażowy. Warszawa: LexisNexis, 2008.
26. Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration / Edited by Gaillard E. and Savage J.: The Hague: Kluwer Law International, 1999.
27. Horton D. Unconscionability wars // Northwestern University Law Review. 2012. Vol. 106 Issue 1.
28. Jentz G.A., Miller R.L. Business Law Today: Comprehensive Edition.
29. Morek R. Mediacja i arbitraż. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2006.
30. Perrella C. Italy: Italian Supreme Court Considers Unilateral Jurisdiction Clauses (<http://www.mondaq.com/x/231358/arbitration+dispute+resolution/italian+supreme>).
31. Pryles M.C. Dispute Resolution in Asia. Kluwer Law International, 2006.
32. Rossman V.R., Moskin M. Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
33. M. Tomaszewski. Skuteczność ochrony prawnej przed sądami polubownymi. Doświadczenia polskie // PS. 2006, № 1.