



Роман Ходкин,
партнер лондонского офиса
Berwin Leighton Paisner,
канд. юрид. наук

Многоуровневые арбитражные оговорки: новый виток?

В практике часто приходится сталкиваться с так называемыми многоуровневыми арбитражными оговорками (multi-tiered clauses), которые в качестве первого шага предусматривают обязанность сторон по проведению переговоров и лишь потом по передаче спора на рассмотрение в арбитраж.

Согласно некоторым оговоркам встречаться должны не представители сторон, а их высшие руководители. Такая форма оговорки даже получила шуточное название «оговорка джин-тоник» (gin-tonic clause), хотя применительно к отдельным руководителям уместнее упоминать виски со льдом... Также одна из разновидностей оговорок в качестве первого уровня предусматривает формальную медиацию с участием профессионального посредника.

Новую жизнь в дискуссию вдохнуло недавнее решение английского суда по делу *Emirates v Prime Mineral Exports*¹, где судья признал, что обязательство по проведению переговоров до начала арбитражного разбирательства, по сути, представляет собой отлагательное условие арбитражного соглашения, без соблюдения которого нельзя начать рассмотрение дела в арбитраже.

Насколько правильным является такой подход? Относительно многоуровневых оговорок можно найти аргументы и за и против. В частности, можно задаться вопросом: а что, собственно, нового привносит введение обязанности договориться миром? Если в контракте содержится обычная арбитражная оговорка, то препятствует ли это мировым переговорам сторон? Преимущества оговорки о доарбитражном урегулировании неоднозначны, зато легко просматривается возможность затягивания разбирательства (и потенциально — вывод активов из компании за время переговоров). Кроме того, даже при добросовестном поведении сторон нельзя исключить возможность того, что они не достигнут соглашения и в результате понесут дополнительные денежные и временные расходы на переговоры / медиацию.

Наконец, до вынесения решения по делу *Emirates v Prime Mineral Exports* существовали определенные сомнения по поводу исполнимости подобных соглашений по английскому праву, ибо здесь по общему правилу не исполняются договоры, которые предусматривают обязанность согласовать что-то в будущем (так называемый agreement to agree). К такому выводу, например, пришли английские суды в делах *Walford v Miles*² и *Sulamerica v Enesa Engenharia*³, хотя детальное описание процедуры альтернативного урегулирования спора иногда признавалось в Англии исполнимым⁴. Также подобные оговорки считались исполнимыми в Австралии⁵ и Сингапуре⁶.

Несмотря на то, что юридические аргументы в пользу многоуровневых оговорок не столь сильны, в определенных жизненных ситуациях с помощью таких оговорок удается урегулировать разногласия. Так, иногда алчные юристы (увы, порой таковые встречаются) убеждают своих клиентов в том, что обращение к другой стороне с предложением о мировых переговорах есть признак слабости и уговаривают их начать разбирательство, вследствие чего стороны несут расходы, которых можно было бы избежать. А потом стороны, встретившись, с удивлением обнаруживают, что их позиции не настолько сильно отличались, чтобы, как говорят боксеры, «идти в размен» (начинать отчаянно наносить сокрушительные удары). Более того, такие оговорки позволяют обратиться к другой стороне с предложением о встрече без опасения по поводу того, что это будет расценено как признак слабости.

«Оговорка джин-тоник» дает еще одно серьезное преимущество. Многие конфликты разрешаются быстрее на уровне руководителей. Во-первых, руководители, как правило, более широко видят картину бизнеса и быстрее понимают, стоит ли игра свеч. Во-вторых, работники, отвечающие за спорный проект, часто опасаются, что их признают виновными в случившемся, в то время как положительное решение арбитража может обелить их запятнанную репутацию. В-третьих, с использованием аргумента *a contrario* любые мировые договоренности часто не исполняются в отсутствие топ-менеджмента, а иногда и бенефициаров, поскольку они не знают, каких усилий стоило склонить другую сторону к компромиссу.

Включать или не включать многоуровневую оговорку — вопрос личных предпочтений, но если вы полагаете, что вашему менеджеру надо бы выпить джин-тоника с контрагентом, то вспомните уроки дела *Emirates v Prime Mineral Exports*.

Прежде всего толкование оговорки об обязательных мирных переговорах должно быть сформулировано как обязательство. В частности, в данном деле говорилось, что в случае возникновения спора или требования, стороны *должны* попытаться урегулировать спор посредством дружеских переговоров.

Также оговорка должна быть четкой и определенной. Рекомендуются указывать срок, в течение которого должна произойти встреча сторон. Кроме того, нужно указать период, по истечении которого стороны смогут обратиться в арбитраж.

Часто одна из них просто не является на переговоры или делает неприемлемые предложения, при этом отсутствие указания такого срока позволяет ей заявлять о невыполнении условия. А вот выбор напитков для встречи руководителей прописывать в рамках оговорки не рекомендуется, ибо несовпадение вкусов может обречь переговоры на провал... ■

¹ [2014] EWHC 2104 (Comm).

² [1992] 1 All ER 453.

³ [2012] EWCA Civ 638.

⁴ *Cable & Wireless v IBM* [2002] EWHC 2059 (Comm).

⁵ *United Group Rail Services v Rail Corporation New South Wales* [2009] NSWCA 177.

⁶ *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd v Toshin Development Singapore Pte Ltd* [2012] SGCA 48.