



Роман Михайлович Ходькин

партнер Лондонской международной арбитражной группы фирмы *Berwin Leighton Paisner*, кандидат юридических наук

В комментируемом постановлении Президиум ВАС РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой недействительна оговорка, предусматривающая возможность одной из сторон обратиться не только в третейский, но и в государственный суд. По мнению автора, такой подход не имеет ни доктринальных, ни политико-правовых оснований.

Ключевые слова: опционная оговорка, арбитражная оговорка, третейский суд

Гибридные оговорки о рассмотрении спора

Комментарий к постановлению Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12

В опубликованном недавно постановлении Президиума ВАС РФ от 19.06.2012 № 1831/12¹ (далее — комментируемое постановление, постановление) рассматривался вопрос о действительности арбитражной оговорки. Как следует из обстоятельств дела, стороны договорились о том, что споры должны были рассматриваться в арбитраже в Лондоне, но при этом одна сторона имела право,

¹ См.: *Вестник ВАС РФ*. 2012. № 10. С. 336–340.

несмотря на оговорку, обратиться в государственный суд «компетентной юрисдикции».

Такие оговорки по-разному именуются в литературе: опционные, асимметричные, гибридные, односторонние. Суть их заключается в том, что стороны предусматривают определенную процедуру рассмотрения спора (например, арбитраж или судебное разбирательство), при этом одна сторона имеет возможность подать требование в другой юрисдикционный орган.

Комментируемое постановление немедленно получило широкую огласку и подверглось критике как в зарубежной, так и в российской литературе по международному арбитражу². Оно критиковалось как за антиарбитражный подход, так и за ошибки, допущенные при рассмотрении спора Президиумом ВАС РФ.

Обстоятельства дела. Как усматривается из текста постановления, обстоятельства дела были следующими.

Закрытое акционерное общество «Русская Телефонная Компания» (далее — РТК) заключило с обществом с ограниченной ответственностью «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус» (далее — «Сони Эрикссон») генеральное соглашение от 15.05.2009 (далее — контракт) на поставку мобильных телефонов и аксессуаров.

Статья 12.2 контракта предусматривала: *«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 (Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce) тремя (3) арбитрами, назначенными в соответствии с этими правилами. Местом арбитражного разбирательства будет Лондон, разбирательство будет происходить на английском языке. Настоящая арбитражная оговорка продолжает действовать в том числе после расторжения настоящего Соглашения и не ограничивает прав Сторон обращаться в суды компетентной юрисдикции для принятия обеспечительных мер или вынесения судебного запрета в случае нарушения или угрозы нарушения положений разделов «Торговые марки Sony Ericsson», «Лицензии на программное обеспечение», «Экспортный контроль», «Противодействие обращению контрафактной продукции» или «Конфиденциальность». Арбитражная оговорка также не ограничивает право Сони Эрикссон обратиться в суд компетентной юрисдикции с иском о взыскании сумм задолженности за поставленную Продукцию (здесь и далее в цитатах выделено нами. — Р.Х.)».*

Как видно из текста нормы, РТК все свои споры должна была передавать в международный арбитраж. Несмотря на это положение, РТК обратилась в Арбитражный суд города Москвы с иском к «Сони Эрикссон» об обязанности исполнить обязательство — заменить мобильные телефоны на аналогичные мобильные телефоны надлежащего качества.

² См.: Moscow: *Optional Arbitration Clause Declared Invalid* // www.globalarbitrationreview.com (публикация от 06.09.2012); Aitkulov T. *The RF Supreme Arbitrazh Court rules on the validity of dispute resolution clauses with a unilateral option* // www.cliffordchance.com (опубликовано 06.09.2012).

Статья II Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее — Нью-Йоркская конвенция) и п. 5 ч. 1 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) содержат похожие, хотя и неидентичные положения, предусматривающие обязанность арбитражного суда оставить иск без рассмотрения, если после его принятия к производству судом установлено, что имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом, если любая из сторон заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, если арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

«Сони Эрикссон» было сделано возражение о рассмотрении дела Арбитражным судом города Москвы, поскольку имеется соглашение сторон о рассмотрении этого спора третейским судом.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 08.07.2011 иск оставлен без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.09.2011 определение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Федеральный арбитражный суд (далее — ФАС) Московского округа постановлением от 05.12.2011 оставил решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции без изменения, а кассационную жалобу без удовлетворения.

РТК обратилась в ВАС РФ с заявлением о пересмотре названных судебных актов.

Комментируемым постановлением указанные судебные акты были отменены, а дело направлено в Арбитражный суд города Москвы для рассмотрения по существу.

Доктрина и судебная практика. Отдельные ученые еще до вынесения постановления высказывали мнение, что опционные арбитражные оговорки являются недействительными³, неисполнимыми⁴ или незаключенными⁵, в том числе ссылаясь на то, что подобное арбитражное соглашение не обладает свойством исключительности.

Подобные мнения в большинстве своем не были подкреплены ссылками на нормы права или судебную практику, поэтому было невозможно установить обоснованность этих утверждений.

³ См.: Карабельников Б.Р. *Исполнение решений международных коммерческих арбитражей: Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г.* 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 138. Заметим, что в своих более поздних работах автор уже не делает категорических выводов о недействительности подобных соглашений (см.: Карабельников Б.Р. *Международный коммерческий арбитраж: учеб.* М., 2012. С. 147–149).

⁴ См.: Брунцева Е.А. *Международный коммерческий арбитраж: учеб. пособие для вузов.* СПб., 2001. С. 141–142.

⁵ См.: *Арбитражный процесс: учеб. для студентов юрид. вузов и факультетов.* 2-е изд., перераб. и доп. М., 2005 (автор раздела — Е.А. Виноградова).

Другая группа ученых обоснованно считала, что законодательством такие оговорки не запрещены, следовательно, являются действительными. Так, М.Г. Розенберг пишет, что в случае, когда стороне предоставлен выбор из двух арбитражей, она может обратиться в любой из них по своему усмотрению⁶.

По пути признания опционных оговорок действительными шла и практика.

Прежде всего, опционные соглашения последовательно признавались действительными в практике Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ⁷ (далее — МКАС). При этом МКАС исходил из того, что такие соглашения не противоречат Закону РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о международном коммерческом арбитраже). К примеру, в решении МКАС № 41/2001 указывается: «МКАС рассмотрел вопрос о том, может ли арбитражное соглашение считаться действительным и могущим быть исполненным в условиях, когда оно не обладает абсолютным дерогационным эффектом⁸, т. е. когда согласно его условиям за истцом сохраняется право обращения в государственный суд... МКАС отмечает, что арбитражное соглашение не обязательно должно обладать абсолютным дерогационным эффектом: в силу принципа автономии воли стороны вправе договориться о любом приемлемом для них способе разрешения их споров, в том числе об альтернативных методах...»⁹

Кроме того, федеральные арбитражные суды так же последовательно признавали действительными асимметричные арбитражные оговорки, такие как рассмотренная Президиумом ВАС РФ в комментируемом постановлении¹⁰. При этом суды исходили из того, что действительность арбитражного соглашения должна определяться по праву страны места арбитража, если стороны не договорились об ином, что следует, помимо прочего, из подп. «а» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции и п. 1 ст. 36 Закона о международном коммерческом арбитраже.

Опционные оговорки были предметом рассмотрения также в ВАС РФ. В частности, в определении ВАС РФ от 08.06.2007 № 6920/07 подтверждена действительность опционного арбитражного соглашения, правда, речь шла о «симметричном» арбитражном соглашении, которое давало обеим сторонам право подать иск либо в суд, либо в третейский суд.

⁶ См.: Розенберг М.Г. Действительность альтернативной арбитражной оговорки // ЭЖ-Юрист. 2002. № 24.

⁷ См., напр., решения МКАС № 41/2001, 138/2002, 17/2003 и 112/2007.

⁸ Под дерогационным, или негативным, эффектом понимается изъятие конкретного спора из подсудности государственного суда, определенного в соответствии с общими правилами подсудности. Подробнее об этом см.: Лебедев С.Н. Признание пророгационных условий сделок в международной торговле // Советский ежегодник международного права. 1963. М., 1965. С. 423; Ходыкин Р.М. Пророгационные условия внешне-экономических сделок // Вестник ВАС РФ. 2002. № 6. С. 133.

⁹ Цит. по: Розенберг М.Г. Указ. соч.

¹⁰ См., напр., постановления ФАС Московского округа от 23.12.2009 № КГ-А40/13340-09, от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09 и от 18.01.2010 № КГ-А40/14211-09; ФАС Северо-Западного округа от 23.09.2004 по делу № А21-2499/03-С1.

Асимметричные арбитражные оговорки считаются действительными и в зарубежных правовых системах, например в Англии¹¹ и Франции¹².

Комментарий к постановлению. Обвинения ВАС РФ в антиарбитражном подходе стали уже заурадным явлением. Наверное, такая критика должна учитывать и тот факт, что за последние годы Президиумом ВАС РФ был вынесен ряд эпохальных судебных актов, напротив, поддерживающих международный арбитраж¹³. Эти положительные примеры давали надежду на светлое будущее международного арбитража в России, пока не появилось комментируемое постановление. И дело даже не в том, что оно опять встало на путь недоверия арбитражу, а в том, что оно вызывает много вопросов и в нем легко найти изъяны.

Прежде всего, в постановлении устанавливается правовая позиция (иначе говоря, прецедент). Так, в нем прямо указано, что вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в настоящем постановлении толкованием, могут быть пересмотрены на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ.

При этом текст постановления сформулирован нечетко и не дает возможность однозначно определить вывод Президиума ВАС РФ, что неприемлемо для судебного акта, устанавливающего правовую позицию, ибо его основная задача — восполнять пробелы и неясности в законодательстве, но никак не порождать их.

Основной вывод ВАС РФ заключается в следующей фразе: «...исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав, соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) такого права. **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 условиях».

Эта формулировка уже 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, uprawомочивающую «Сони Эрикссон» обратиться в государственный суд, или только вторую его часть?¹⁴

¹¹ В частности, действительность подобных оговорок подтверждена в следующих прецедентах: *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* [2004] ALL ER (D) 152; *Law Debenture Trust Corp plc v. Electrim Finance BV and others* [2005] 2 ALL ER (Comm).

¹² См.: 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. 114–126.

¹³ См., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 14.06.2011 № 1787/11, от 13.09.2011 № 9899/09, от 18.10.2011 № 6478/11.

¹⁴ См., напр.: *Moscow: Optional Arbitration Clause Declared Invalid*; Aitkulov T. *Op. cit.*

Первый вариант прочтения постановления: арбитражная оговорка является действительной, а недействительной признана лишь та часть соглашения, которая наделяла «Сони Эрикссон» правом на обращение в компетентный государственный суд; теперь обе стороны имеют право на обращение в компетентный государственный суд или международный арбитраж.

В пользу этого варианта толкования говорит то, что в той части постановления, в которой речь идет о недействительности, написано, что *«соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) такого права»*, что неприменимо к арбитражной оговорке, поскольку она была «симметричной» и давала сторонам равные права на обращение в арбитраж. Кроме того, по тексту постановления не упоминаются обстоятельства, свидетельствующие о том, что арбитражное соглашение как таковое ставит стороны в неравное положение.

Между тем данный вариант толкования приводит к неприемлемым результатам. Например, непонятно, каким образом стороны должны реализовывать свое право на рассмотрение спора. Конечно, можно предположить, что теперь у стороны есть право обратиться или в арбитраж, или в компетентный суд. Такой подход, безусловно, можно обосновать с теоретической точки зрения. В частности, можно допустить, что подобное соглашение представляет собой оферту, которая дает сторонам право выбора между двумя механизмами рассмотрения их спора, соответственно, когда продавец подает иск в арбитраж, это должно рассматриваться как акцепт оферты, при котором вторая ее часть утрачивает силу. Но при подобном подходе постановление порождает больше проблем, чем разрешает. Так, если сторона обратилась в международный арбитраж, значит ли это, что другая сторона теперь связана ее выбором и все свои разногласия может передавать только в арбитраж? Этот вывод выглядит единственно логичным, иначе возникнет большое количество параллельных разбирательств — ситуация, которую вряд ли какой-либо суд (тем более высшая судебная инстанция) хочет создать. Далее, распространяется ли этот выбор на последующие разбирательства, например если первый спор о взыскании задолженности за поставленные товары был передан в Арбитражный суд города Москвы, то должны ли стороны все свои последующие споры также передавать в этот суд, в том числе споры о качестве товаров? Такой вариант толкования, на наш взгляд, вряд ли можно признать приемлемым, он спровоцирует «марафон в суд», поскольку каждая сторона будет стремиться побыстрее застолбить свою юрисдикцию, что приведет к увеличению нагрузки на суды (ранее стороны еще подумали бы, предъявлять иск или нет, теперь же любая задержка может привести к потере удобного для стороны форума). Кроме того, с большой степенью вероятности можно утверждать, что этот подход все равно вызовет параллельные процессы и споры о том, кто первым акцептовал оферту. При этом постановление не дает никакой подсказки нижестоящим судам, как быть в такой ситуации. Что считается акцептом подобной оферты: физическая подача ее в суд (направление по факсу, электронной почте или иначе) или дата определения суда о принятии искового заявления к производству? Считать ли оферту акцептованной, если исковое заявление было принято к производству, но суд впоследствии прекратил производство по делу или арбитраж признал отсутствие у него компетенции?

Вопросы можно продолжать, но уже сейчас видно, что их гораздо больше, чем ответов. Они возникают, поскольку обычно стороны, включая в контракт «симметричную» оговорку, закрепляют в договоре также все вышеуказанные процедурные моменты, чтобы исключить возможные проблемы в будущем, а в ситуации, когда оговорку паритетной сделал суд, пробелы в договоре никто не восполняет и, таким образом, вторжение суда в договорные отношения сторон приносит больше вреда, чем пользы.

Второй вариант толкования: Президиум ВАС РФ признал недействительным все соглашение, в том числе и арбитражную оговорку, поэтому сторона вправе обратиться в арбитражный суд по общим правилам подведомственности и подсудности.

Аргументы в пользу этого толкования могут быть найдены как непосредственно в тексте соответствующей части судебного акта, так и в его систематическом истолковании. В частности, вышеприведенная часть постановления говорит о недействительности «соглашения о разрешении споров», а не договорного положения о праве обратиться в компетентный суд. При этом в другой части постановления Президиум ВАС РФ цитирует то, что он называет «соглашением (оговоркой) о разрешении споров», включая в цитату как непосредственно арбитражное соглашение, так и положение о праве «Сони Эрикссон» обратиться в компетентный государственный суд. Иными словами, несмотря на всю привлекательность идеи о сохранении Президиумом ВАС РФ действительности арбитражного соглашения, систематическое толкование двух частей рассматриваемого постановления приводит к выводу, что недействительным было все-таки признано соглашение о разрешении споров целиком, а не только его часть.

Этот же вывод подтверждает и решение Президиума ВАС РФ отменить акты нижестоящих судов. Как уже говорилось, нижестоящие суды оставили иск без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ (имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом). АПК РФ не позволяет, с одной стороны, признать арбитражное соглашение действительным, а с другой — отказаться оставить иск без рассмотрения.

Даже если допустить, что право на обращение одной стороны в государственный суд нарушало процессуальное равноправие, суд не мог исправить эту ситуацию путем предоставления такого же права другой стороне. У Президиума ВАС РФ, равно как и у других судов, нет полномочий по внесению в договор каких-либо положений, за исключением случаев, когда сторона обращается с иском об изменении договора в порядке, предусмотренном ст. 450–452 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ). Получается, что суд не мог в рамках иска о взыскании задолженности внести изменения в договор между сторонами, но мог признать какое-то положение договора ничтожным в рамках полномочий, предоставленных ст. 166 ГК РФ. Сказанное опять же является косвенным подтверждением того, что недействительным было признано соглашение целиком.

Таким образом, учитывая неясность формулировок судебного акта, можно лишь использовать вероятностный подход и утверждать, что наиболее вероятным решением Президиума ВАС РФ является то, при котором он признал недействительным все соглашение целиком: и арбитражную оговорку, и право одной из сторон на обращение в компетентный суд.

Из сказанного следует неутешительный вывод, что комментируемое постановление не разрешило, а создало правовую неопределенность, поскольку нижестоящие суды сейчас вместо четких критериев п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ получили судебный акт вышестоящего суда, который страдает высокой степенью неточности, не позволяющей с уверенностью выявить его смысл.

Однако это еще не все изъяны постановления.

Для того чтобы признать соглашение о разрешении споров недействительным, Президиум ВАС РФ должен был сначала разрешить вопрос, правом какой страны регулируется действительность такого соглашения. В постановлении этот вопрос не ставится совсем — выводы суда сделаны со ссылкой на прецеденты Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), при этом суд не ссылается на нормы права какой-либо страны, которые бы свидетельствовали о недействительности подобных соглашений.

Как указано в факте дела, соглашение предусматривало арбитраж в Лондоне по регламенту Арбитражного суда Международной торговой палаты, при этом одна из сторон имела право обратиться в суд «компетентной юрисдикции».

Общепризнано, что в отсутствие соглашения об ином действительность арбитражного соглашения определяется по закону места проведения арбитража, что следует, помимо прочего, из ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ст. 34, 36 Закона о международном коммерческом арбитраже. Применимость законодательства места арбитража, выбранного сторонами, находит подтверждение в практике арбитражных судов¹⁵, судов общей юрисдикции¹⁶ и доктрине¹⁷.

Иными словами, в рассматриваемом случае с учетом выбора сторонами договора Лондона в качестве места арбитража действительность арбитражного соглашения должна была определяться по праву Англии и Уэльса. Очевидно, что Президиум ВАС РФ не применил английское право, и остается неясным, по каким основаниям судьи проигнорировали этот коллизионный критерий.

Возможно, Президиум ВАС РФ посчитал, что, поскольку гибридная оговорка состоит не только из арбитражного соглашения, но также из элементов пророгационного соглашения, вопрос действительности «пророгационной части» такого соглашения должен определяться по российскому праву. Но и такой подход не выдерживает критики. Считается, что материально-правовые вопросы пророгационных соглашений (такие, как заключение соглашения) регулируются правом,

¹⁵ См., напр., постановления ФАС Московского округа от 23.12.2009 № КГ-А40/13340-09, от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09, от 18.01.2010 № КГ-А40/14211-09; Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.06.2005 по делу № А21-2499/2003.

¹⁶ См. определение Верховного Суда РФ от 13.04.2001 по делу № 5-Г01-35.

¹⁷ См., напр.: Лебедев С. Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; сост. А. И. Муранов. М., 2009. С. 222–223; Карабельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж. С. 100–103.

которому подчинен сам договор, а допустимость и действие пророгационного соглашения регулируются процессуальным правом страны суда, в который может быть предъявлен иск, подпадающий под действие данного соглашения¹⁸. Рассматриваемое соглашение давало «Сони Эрикссон» право обратиться в суд «компетентной юрисдикции», при этом ни конкретный суд, ни даже страна, в которой такой суд находился, не указаны. Означает ли это, что действительность данной части соглашения должна регулироваться российским правом только в силу того, что одна из сторон в нарушение процедуры, предусмотренной договором, обратилась в Арбитражный суд города Москвы? Такой вывод представляется по меньшей мере спорным.

Из сказанного следует, что пока не придумано лучшего решения, чем определять действительность подобных соглашений по *lex arbitri* (закон места арбитража), поскольку все сводится к тому, могут ли стороны отступать от арбитражного соглашения и в каком объеме. В отечественной судебной практике также к подобным соглашениям применялось законодательство места арбитража¹⁹.

Все вышеизложенное подтверждает, что действительность соглашения о разрешении спора должна была определяться по праву Англии и Уэльса, которое признает такие оговорки действительными²⁰.

В принципе, исходя только из этого можно было бы объявить комментируемую правовую позицию Президиума ВАС РФ неверной и поставить точку, но и по российскому праву также отсутствовали основания для признания соглашения недействительным.

Несмотря на различные точки зрения, которые были высказаны о природе пророгационных и арбитражных соглашений, превалирующий подход заключается в том, что и арбитражная оговорка, и пророгационное соглашение (равно как и их гибрид) имеют в своей основе гражданско-правовую сделку, которая при этом создает определенные процессуальные последствия. Соответственно, к недействительности таких сделок должны применяться нормы материального права. Применительно к российскому праву основания недействительности сделок перечислены в ГК РФ.

Поскольку из текста постановления не следует, что РТК ссылалась на введение в заблуждение, угрозы или иные основания признания опционной оговорки недействительной, скорее всего, ВАС РФ мог применить только ст. 168 ГК РФ, предусматривающую, что **«сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспариваема, или не предусматривает иных последствий нарушения»**.

¹⁸ См.: Хейфец Б.С. Подсудность споров, связанных с морской перевозкой грузов. М., 1976. С. 35; Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: учеб. / пер. с нем. М., 2001. С. 208; Ходыкин Р.М. Указ. соч. С. 139.

¹⁹ См. постановления ФАС Московского округа от 23.12.2009 № КГ-А40/13340-09, от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09, от 18.01.2010 № КГ-А40/14211-09.

²⁰ См., напр., следующие прецеденты по этому вопросу: *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* [2004] *ALL ER (D) 152*; *Law Debenture Trust Corp plc v. Electrim Finance BV and others* [2005] *2 ALL ER (Comm)*.

В этом случае для того, чтобы признать сделку недействительной, нужно установить наличие закона или нормативного акта, несоответствие сделки ему, после чего можно сделать вывод о ее недействительности (если законом не предусмотрены иные последствия). Но в России отсутствует закон или нормативный акт, который признает гибридные оговорки недействительными.

Если исходить из того, что действительность подобных соглашений должна определяться нормами процессуального закона²¹ (несмотря на то, что он не регулирует действительность арбитражных соглашений), АПК РФ также не содержит никаких норм о недействительности подобных соглашений. В постановлении сделан вывод, что гибридное соглашение противоречит «*общим принципам осуществления защиты гражданских прав*». Между тем в ситуации противоречия соглашения даже не нормам, а общим принципам процессуального закона такое соглашение не может быть признано недействительным по ст. 168 ГК РФ. В конце концов, Россия не является страной общего права и принимать решения по праву справедливости, хорошо это или плохо, суды пока не вправе.

Перейдем непосредственно к основаниям признания опционного соглашения недействительным. В обоснование своей позиции о недопустимости гибридных оговорок ВАС РФ сослался на прецеденты ЕСПЧ. Удивительно, что ни один из названных прецедентов не имеет никакого отношения к гибридным оговоркам, а ссылки на них представляют собой вырванные из контекста цитаты.

Так, в деле *Steel and Morris v. The UK (68416/01)* рассматривался вопрос о праве на бесплатную юридическую помощь, в деле *Batsanina v. Russia (3932/02)* ЕСПЧ высказывал мнение о нарушении процессуального равноправия в случае привлечения в гражданский процесс прокурора, в деле *Sokur v. Russia (23243/03)* предметом рассмотрения являлось право стороны присутствовать на слушании. При этом процессуальное равноправие сторон в процессе гибридной оговоркой никоим образом затронуто не было, поскольку и в арбитраже, и в компетентном суде стороны все равно имели бы равные процессуальные права по представлению своих интересов, могли бы присутствовать на слушании.

Из процитированных Президиумом ВАС РФ прецедентов ЕСПЧ единственным, который имел хоть какое-то отношение к международному арбитражу, было дело *Suda v. the Czech Republic (1643/06)*, в котором рассматривался вопрос об обязательном арбитраже, т. е. таком, где сторона связана арбитражной оговоркой вопреки собственной воле. Очевидно, что это дело также не могло быть положено в основу постановления, поскольку «Сони Эрикссон» и РТК заключили гибридное соглашение, действуя по собственной воле и без какого-либо принуждения (по крайней мере ни о каком принуждении, введении в заблуждение или похожих основаниях в постановлении не указывается).

Сама мысль о том, что опционные оговорки нарушают права одной из сторон, сильно преувеличена. По сути, перед Президиумом ВАС РФ стоял вопрос: где заканчивается свобода договора и начинается злоупотребление правами?

²¹

В частности, М.М. Zubovич пишет, что в случае с процессуальными соглашениями свобода договора ограничена рамками процессуального закона (см.: Zubovич М.М. Арбитражное процессуальное взаимодействие: монография. Иркутск, 2011. С. 94).

Обычно ограничения опционных оговорок прямо прописаны в законе и направлены на защиту слабой стороны в обязательстве, например потребителя²², которому эти условия навязаны в договоре присоединения. Представляется, что в ситуации с двумя коммерсантами вряд ли есть основания для вторжения в соглашение сторон, которое было заключено между ними без какого-либо принуждения.

Применительно к опционным оговоркам «обиженный» должник часто утверждает, что его права нарушены, поскольку он является слабой стороной в обязательстве. Однако это не совсем так. Обычно такие соглашения используются в договорах кредита и дают право выбора банку, при этом заемщик утверждает, что он поставлен в неравное положение. Между тем в защите нуждается именно банк: он отдал свои деньги и должен будет обращаться в суд, если их не вернут. Зачем обращаться в суд или арбитраж заемщику? Он уже получил деньги, какое требование он может предъявить (кроме различных злоупотреблений, например требований о признании договора кредита или залога недействительным)? При нормальном развитии событий банк должен иметь возможность выбирать, в какой суд идти, чтобы получить обратно заем. В таком случае у заемщика и не возникает нарушение его прав, поскольку он не будет обращаться за разрешением спора.

Хотя это и не совсем ясно из текста постановления, представляется, что в ситуации с делом РТК против «Сони Эрикссон» стороны руководствовались той же логикой: наиболее вероятно, что за взысканием неоплаченных платежей будет обращаться именно продавец («Сони Эрикссон»). Однако в данном конкретном случае спор о качестве поставленных товаров инициировала РТК. Нарушены ли ее права опционным соглашением? Подобное соглашение дает РТК достаточно возможностей для защиты своих прав: компания может обратиться в арбитраж и взыскать причитающиеся ей суммы, равно как и расходы на участие в арбитражном разбирательстве.

Все сказанное приводит нас к выводу о том, что при вынесении постановления были допущены серьезные ошибки.

²² См., напр.: Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 119.