

Елена Перепелинская, Татьяна Слипачук
Юридическая практика, №26 (496) от 26/06/07

Реализация арбитражной «альтернативы». Альтернативные арбитражные оговорки: «за» и «против»

Тот факт, что при определении способа разрешения споров во внешнеэкономических контрактах выбор сторонами альтернативного рассмотрения споров и, прежде всего, международного арбитража является преобладающим, сегодня бесспорен. Объяснений этому множество, но решающим, по-видимому, все же является то, что международный арбитраж, в отличие от государственного суда любой юрисдикции, не столь связан строгими соображениями публичного характера. Не умаляя иных достоинств международного арбитража (конфиденциальность рассмотрения, снижение затрат на рассмотрение спора и времени самого разбирательства, окончательность решения, наличие действенного международного инструмента для приведения решения в исполнение и ряда других), представляется, что именно большая независимость арбитража по отношению к сторонам и вопросам публичного порядка обеспечивает стабильное преимущество данного вида разрешения споров, возникающих в сфере международного коммерческого оборота.

Между тем осведомленность участников коммерческого оборота о достоинствах арбитража нередко оборачивается излишней сложностью в согласовании ими конкретного арбитражного форума, компетентного рассматривать споры по контракту. Нередкой является ситуация, при которой каждая из сторон настаивает на указании в арбитражной оговорке определенного арбитражного форума, который, естественно, является наиболее удобным для этой стороны и, как правило, находится в одной с ней юрисдикции.

Нежелание сторон идти на взаимные уступки, равно как и неспособность согласовать «нейтральный» арбитраж, заставляет участников коммерческой сделки искать компромиссный выход из сложившейся ситуации. Такой «компромисс» зачастую обретает форму альтернативной арбитражной оговорки, в которой на выбор указаны оба из арбитражных форумов, предложенных каждой из сторон. Как правило, при этом обе стороны считают, что в случае возникновения спора, их интересы будут максимально защищены.

По сути, альтернативная арбитражная оговорка представляет собой арбитражное соглашение, по которому выбор конкретного арбитражного института может быть привязан либо к безусловному выбору истца, либо к местонахождению одной из сторон.

Формулировка альтернативного арбитражного соглашения достаточно часто звучит следующим образом:

«Для разрешения возникающих по контракту или в связи с ним споров стороны соглашаются на альтернативную подсудность, которая заключается в том, что сторона, инициирующая арбитражное разбирательство, имеет возможность обратиться за разрешением спора в один из нижеследующих арбитражных органов (Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Украины или Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты).

Спор будет рассматриваться согласно Регламенту избранного истцом арбитражного органа».

Как видно из вышеприведенного текста арбитражного соглашения, выбор истца в нем не подчинен никаким дополнительным критериям, в силу чего потенциальный истец вправе обратиться в любой из названных арбитражных институтов по своему усмотрению и, исходя, возможно, из особенностей предмета спора.

Однако когда дело доходит до реализации подобной альтернативной арбитражной оговорки, может появиться ряд юридических проблем, о которых далее и пойдет речь. С учетом формата данной статьи и сложности вопроса, не представляется возможным рассмотреть все проблемы, связанные с реализацией возможных видов альтернативных арбитражных оговорок, в частности содержащихся в

инвестиционных соглашениях и так называемых диагональных контрактах, оговорок, в которых выбор может осуществляться между государственным судом и арбитражем, институционным и разовым (процедурой *ad hoc*) арбитражем.

Альтернативность затрагивает, как правило, ряд взаимосвязанных элементов арбитражного соглашения: 1) компетентный арбитражный форум, 2) соответственно применимый порядок разрешения спора (например, Регламент арбитражного института) или национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже, 3) язык арбитражного разбирательства.

Параллельные арбитражные разбирательства — наиболее часто встречающаяся проблема при наличии в договоре альтернативной арбитражной оговорки. Она возникает, когда при возникновении спора и наличии требований сторон друг к другу каждая сторона обращается в тот арбитраж, на выборе которого она настаивала при заключении договора, игнорируя при этом арбитражное разбирательство, инициированное противоположной стороной.

Если при этом требования каждой из сторон не взаимосвязаны и могут быть разрешены отдельно друг от друга, то стороны просто несут дополнительные расходы на арбитражные разбирательства и получают два арбитражных решения, которые, как правило, нужно приводить в исполнение в другой юрисдикции. В том случае, если каждой из сторон присуждены денежные суммы, то дополнительным «минусом» будет являться и невозможность провести зачет однородных встречных требований.

Ситуация еще более усложняется, если требования сторон взаимосвязаны и иск каждой из них, по сути, является контраргументом или встречным иском, по отношению к позиции другой стороны. В этом случае рассмотрение однородного спора одновременно двумя арбитражными форумами, находящимися в разных юрисдикциях, может, помимо уже упомянутых расходов, привести к вынесению двух взаимоисключающих решений, ни одно из которых не сможет быть исполнено в принудительном порядке. То есть, может иметь место патовая ситуация, в которой ни одна из сторон не сможет защитить свои нарушенные права, а вынесенное в ее пользу решение будет заведомо неисполнимым.

Классическим примером такой ситуации являются противоположные по сути решения по тождественным делам (между теми же сторонами, по тому же предмету и по тем же основаниям). При попытке исполнить одной из сторон решение, вынесенное в ее пользу, вторая сторона может использовать второе решение для блокирования приведения в исполнения первого и наоборот.

В силу изложенного, параллельные процессы по тождественным делам, как и вынесенные по таким делам конфликтующие решения, рассматриваются как негативное и недопустимое явление. С целью предотвращения его появления в законодательстве многих стран закреплен принцип *lis alibi pendens*. Согласно указанному принципу, компетентным рассматривать спор является тот форум, в котором, в соответствии с нормами применимого процессуального права (в том числе, законодательства о международном арбитраже или Регламента арбитражного института), производство по делу началось раньше. Любой другой форум, в который обращается одна из сторон в отношении разрешения того же спора, должен отказать в принятии дела к производству, а если он узнал о параллельном разбирательстве не сразу, — то прекратить или приостановить производство по такому делу.

К сожалению, положения национального процессуального законодательства по этому вопросу в большинстве случаев являются «нормами внутреннего применения» и не рассчитаны на параллельные разбирательства в разных юрисдикциях, особенно в рамках международного арбитража. В национальных законодательствах существуют серьезные отличия в определении многих процессуальных понятий. Так, началом арбитражного разбирательства может быть дата официального письменного подтверждения принятия арбитражным институтом надлежаще оформленных и оплаченных регистрационным сбором исковых материалов. В качестве привязки в определении такой даты могут быть как документы самого суда, так и факт получения ответчиком уведомления истца о передачи спора в арбитраж или предложения назначить арбитра, оплата истцом арбитражного/регистрационного сбора или другое процессуально значимое и установленное соответствующим применимым процессуальным законом действие какой-либо из сторон. Помимо очевидного несовпадения всех этих действий во времени, содержание указанных терминов может также существенно отличаться в зависимости от положений выбранного сторонами регламента и/или норм процессуального законодательства в месте арбитража. А это, в свою очередь, приводит к тому, что порой определить какой же все-таки арбитражный форум является «первичным», а потому и компетентным рассматривать спор, достаточно сложно, особенно, когда мнения сторон по этому вопросу расходятся. Ситуация усложняется тем, что каждый из арбитражных форумов может в силу принципа *competenz kompetenz* решать вопрос о собственной компетенции, но он не полномочен оценивать компетенцию другого арбитражного форума, будь-то институциональный арбитраж или арбитраж *ad hoc*. А вышестоящих инстанций с контрольными полномочиями попросту не существует.

При наличии взаимных претензий сторон альтернативные арбитражные оговорки, по сути, предполагают арбитраж по принципу «first come, first serve basis», то есть при возникновении спора сторона, предусмотревшая в альтернативной арбитражной оговорке возможность обратиться в более предпочтительный для нее арбитраж, должна успеть сделать это первой, поскольку иначе она может и, скорее всего, так и окажется уже не истцом, а ответчиком в том арбитражном институте, стороной в котором она по каким-то принципиальным причинам не хотела быть изначально.

Худшим вариантом развития событий является вариант, при котором каждый арбитражный форум, зная о параллельном производстве, сочтет именно себя «первичным» и, следовательно, единственно компетентным для рассмотрения спора. Результатом может стать вынесение конфликтующих решений, о чем уже шла речь выше. Вопрос о том, может ли арбитраж, который выносит решение вторым, учесть арбитражное решение, вынесенное первым, остается открытым.

Если же в такой ситуации один из арбитражных форумов приходит к выводу, что в другом арбитраже производство по тождественному делу началось раньше (например, если последний уже вынес предварительное решение о своей компетенции или если арбитражные производства в нем было начато существенно раньше, или до подачи иска сторона предъявила в другом суде встречный иск, составляющий предмет и ее искового заявления), то он может принять одно из следующих решений: 1) приостановить производство до вынесения решения по параллельному разбирательству; 2) закрыть производство по делу и направить стороны в «первичный» арбитраж для разрешения всех возникших между ними споров.

Приостановление производства по делу имеет значение, если есть вероятность того, что «первичный» арбитраж может по каким-либо причинам так и не вынести решение по сути спора (например, если он придет к выводу об отсутствии у себя компетенции либо неарбитрабельности предмета спора в месте проведения «первичного» арбитража и т.д.). В этом случае «второй» арбитраж сможет возобновить производство по делу и разрешить спор по существу. Если же он закроет производство по делу, стороны могут оказаться в ситуации, когда оба арбитражных форума, названных в арбитражной оговорке, откажутся рассматривать возникший между сторонами спор, что приведет к недействительности их соглашения об арбитраже как такого.

Еще более сложной ситуация становится, когда предметы обоих арбитражных разбирательств частично не совпадают или в одном из них не консолидированы контракты с участием третьих лиц. Однозначного ответа, как могут быть оценены такие параллельные арбитражные разбирательства, практика не дает. Многое зависит от формулировки конкретной арбитражной оговорки и от последующего поведения каждой из сторон в арбитражном разбирательстве в каждом из форумов.

К сожалению, при наличии альтернативности выбора стороны зачастую не отдадут себе отчет, что такая альтернативность предусматривает выбор для стороны, инициирующей арбитражное разбирательство для разрешения возникшего между ней и другой стороной договора спора. Иными словами, именно первично инициирующая разбирательство сторона имеет право выбора арбитражного форума, причем реализация права выбора при альтернативной арбитражной оговорке имеет разовый характер. После того, как выбор сделан, он перестает быть выбором, так как «кристаллизуется» в определенной опции, и в дальнейшем арбитражная оговорка должна читаться как предусматривающая лишь один арбитражный форум — тот, который был первоначально избран инициирующей разбирательство стороной. Таким образом, инициирование любой из сторон производства по спору в одном из арбитражей, по нашему мнению, исключает возможность повторной реализации права выбора по тождественному или связанному спору другой стороной. Любые встречные претензии становятся предметом встречного искового требования.

Суммируя вышесказанное, хотелось бы отметить, что, конечно, не всегда альтернативная арбитражная оговорка приводит к описанным выше проблемам, однако риск их возникновения всегда выше, чем при арбитражной оговорке, указывающей на выбор определенного форума. Часть проблем можно избежать, грамотно структурировав арбитражную оговорку и условие альтернативности.

Однако такая арбитражная оговорка все равно останется сложной и потенциально проблемной в силу изложенного выше. Не призывая полностью отказаться от альтернативных арбитражных оговорок, мы все-таки считаем, что их согласование должно быть умеренной и исключительной практикой, основанной на определенных особенностях коммерческих и личных отношений сторон и требующей аккуратных и продуманных формулировок как в отношении критериев альтернативности, так и порядка и последствий ее реализации.