

В России и за рубежом

Зденек Новы

доцент юридического факультета Университета им. Масарика
(Брно, Чехия), Ph.D., LL.M.

Арбитражная оговорка как несправедливое условие договора: некоторые наблюдения по делу Кларо Европейского суда*

Настоящая работа посвящена вопросам аннулирования решения арбитража национальными судами на том основании, что арбитражный процесс был построен на арбитражной оговорке как несправедливом условии договора в соответствии с Директивой Совета ЕС от 05.04.1993 № 93/13/ЕЕС о несправедливых условиях в договорах с потребителями.

Европейский суд пришел к выводу, что в деле «Кларо против Мовил» решение арбитража может быть аннулировано национальным судом, если оно основано на арбитражной оговорке, являющейся несправедливым условием договора, и указал, что на потребителе не лежит обязанность по доказыванию несправедливости арбитражной оговорки в ходе арбитражного процесса, поэтому национальный суд может самостоятельно установить, что условие несправедливо, и аннулировать его по своей инициативе. Этот подход основывался на том, что арбитражная оговорка не согласовывалась с обязательными положениями Директивы о несправедливых условиях в потребительских договорах, которые являются, по мнению Европейского суда, частью европейского публичного порядка.

Несмотря на различные мнения по этому делу, идея Европейского суда понятна. Арбитраж — это средство решения *B2B*-споров¹, а *B2C*-споры² должны разрешаться альтернативными способами или национальными судами общей юрисдикции.

Автор излагает некоторые мысли о потенциальном влиянии решения по делу Кларо на чешский правопорядок, частично анализирует чешские Закон об арбитраже и Гражданский кодекс в области споров с участием потребителей.

Ключевые слова: потребитель, арбитраж, арбитражное решение, несправедливое условие договора, арбитражная оговорка, дело Кларо, Директива о несправедливых условиях договора, защита потребителей, европейская государственная политика, признание и исполнение, незаявление о несправедливости условия в ходе арбитражного разбирательства

* Электронная версия статьи доступна на английском языке по адресу: <http://ssrn.com/abstract=1685266> (дата обращения: 02.09.2014). Перевод Е.М. Халатовой и С.А. Халатова, кандидата юридических наук, доцента кафедры гражданского процесса УрГЮУ.

¹ Здесь и далее под *B2B*-спорами понимаются споры между предпринимателями. — Прим. пер.

² Здесь и далее под *B2C*-спорами понимаются споры между предпринимателями и потребителями. — Прим. пер.

Предпосылки

В решении Европейского суда по делу «Кларо против Мовил»³ (далее — дело Кларо) возник серьезный конфликт между арбитражным правом и законодательством о потребительских договорах. Это решение можно назвать знаковым, поскольку оно позволяет национальным судам аннулировать решение арбитража, если арбитражный процесс основывался на арбитражной оговорке, оказавшейся несправедливым условием договора в соответствии с Директивой Совета ЕС от 05.04.1993 № 93/13/ЕЕС (далее — Директива)⁴ о несправедливых условиях в потребительских договорах, даже если ее несправедливость, а следовательно, и недействительность не были опротестованы в ходе арбитражного процесса.

В настоящей работе мы проанализируем дело Кларо с двух точек зрения. Во-первых, мы рассмотрим возможное влияние этого решения как на национальное, так и на международное арбитражное разбирательство. Во-вторых, изложим свои мысли о последствиях дела Кларо для чешского законодательства.

Мы уверены, что решение по этому делу позволит защитить потребителей от повседневной практики тех представителей бизнеса, которые злоупотребляют арбитражными оговорками, включенными в их стандартные бизнес-условия, чтобы отодвинуть потребителей от их «законного судьи»⁵. Эта возможность особенно важна для Чешской Республики, чье законодательство, регулирующее решения споров с участием потребителей, не столь исчерпывающе, как законодательство других стран — членов Евросоюза.

Законодательная база для несправедливых условий договора

Законодательная база для определения несправедливых условий договора представлена вышеупомянутой Директивой, направленной среди прочего на то, чтобы приобретение товаров и услуг было «защищено от злоупотребления их продавцом или исполнителем своими полномочиями, в частности от односторонних типовых договоров и несправедливого исключения неотъемлемых прав по договорам» (преамбула к Директиве).

Ключевыми для нас положениями Директивы являются ее ст. 3 (1), 6 (1) и 7 (1). В ст. 3 (1) содержится основная оговорка, характеризующая несправедливость условий договора: «Договорное условие, которое не является согласованным в индивидуальном порядке, признается несправедливым, если вопреки требованиям доброй совести оно приводит к значительному дисбалансу в вытекающих из до-

³ *Решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05. Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL // Reports of Cases. [2006] ECR I-10421 (далее — решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05).*

⁴ *Директива Совета ЕС от 05.04.1993 № EC 93/13/ЕЕС о несправедливых условиях в договорах с потребителями // Official Journal of the European Union. L 095. P. 0029–0034.*

⁵ *Под «законным судьей» понимается судья, который предусмотрен законом для разрешения конкретного спора. — Прим. пер.*

говора правах и обязанностях в ущерб потребителю». Статья 6 (1) устанавливает, что «государства-члены должны предусмотреть, чтобы использованные продавцом или исполнителем в заключенном с потребителем договоре несправедливые условия в соответствии с их национальным правом не являлись обязательными для потребителя и чтобы договор продолжал связывать стороны в отношении подобных условий в том случае, если он может сохранять свое действие без них». Это императивное правило подразумевает обязанность государств-членов обеспечить то, чтобы потребители не были связаны несправедливыми условиями договора с представителями бизнеса. Способ исполнения этой обязанности оставлен на усмотрение самих государств-членов. Наконец, последняя по порядку, но не по значимости ст. 7 (1) Директивы гласит: «Государства-члены должны обеспечить, чтобы в интересах потребителей и участников рынка существовали адекватные и действенные средства для воспрепятствования использованию несправедливых условий в договорах, заключенных продавцами или исполнителями с потребителями». Здесь идет речь о защите потребителей посредством как публичного, так и частного права. В сфере последнего государства-члены должны принимать эффективные законодательные меры в целях предотвращения продолжения использования представителями бизнеса несправедливых условий договора (см. преамбулу к Директиве).

В приложении к Директиве содержится ориентировочный, открытый перечень несправедливых условий договора. Иными словами, государства-члены могут сами выбирать, какие из этих условий будут введены в их национальные правовые режимы (и будут ли введены вообще). Следует отметить, что несправедливым условием договора *inter alia* может считаться «исключение или воспрепятствование праву потребителя на подачу иска или использование любого другого средства правовой защиты, в том числе посредством требования от потребителя рассматривать споры **исключительно в арбитраже**, не урегулированном правовыми предписаниями; чрезмерного ограничения использования свидетельских показаний, которые он может получить; возложения на него бремени доказывания, которое, в соответствии с применимым правом, должно возлагаться на другую сторону договора». Поэтому европейский законодатель прекрасно осведомлен, что арбитражная оговорка может расцениваться как несправедливое условие *par excellence*⁶. Именно такая арбитражная оговорка — как несправедливое условие договора — явилась сутью спора в деле Кларо.

Дело Кларо

Дело касается договора о мобильной связи, заключенном между компанией «Мовил» и Э.М.М. Кларо. В договоре содержалась арбитражная оговорка, в соответствии с которой любые споры, возникающие из договора, подлежали направлению в арбитраж, точнее, в Европейскую ассоциацию права и справедливости (*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad*; далее — *AEADE*).

⁶ В данном случае нужно сказать, что чешский законодатель не включил арбитражную оговорку из приложений к Директиве в перечень несправедливых условий, который содержится в ст. 56 (3) Гражданского кодекса Чехии. С другой стороны, этот перечень оставлен открытым, т.е. позволяет судам признавать договорное условие несправедливым, даже если оно не упомянуто в ст. 56 (3) Кодекса.

Э.М.М. Кларо нарушила требование о минимальном сроке абонентского обслуживания, поэтому «Мовил» инициировала арбитражное разбирательство в *AEADE*, предоставив ответчице (Э.М.М. Кларо) десятидневный срок для отказа от арбитражного разбирательства и заявив, что в случае отказа она сможет обратиться в суд. Ответчица представила доказательства по существу спора, однако от арбитражного разбирательства не отказалась и не потребовала, чтобы соглашение об арбитраже было аннулировано. В итоге судья арбитража вынес решение не в ее пользу.

Впоследствии Э.М.М. Кларо оспорила решение, вынесенное *AEADE*, в суд провинции Мадрид (*Audiencia Provincial de Madrid*), утверждая, что в силу несправедливого характера арбитражной оговорки соглашение об арбитраже было ничтожным и не имело юридической силы. Суд с этими доводами согласился.

Однако с учетом того, что Э.М.М. Кларо не ходатайствовала о признании соглашения об арбитраже ничтожным во время арбитражного разбирательства, и желая интерпретировать национальный закон в соответствии с Директивой, суд провинции Мадрид приостановил производство по делу и для получения предварительного постановления направил в Европейский суд запрос следующего содержания:

«Подразумевается ли под защитой потребителей в соответствии с Директивой... что суд, рассматривающий иск об аннулировании решения арбитража, должен установить, является ли соглашение об арбитраже ничтожным, и аннулировать решение, если выяснится, что соглашение содержит несправедливое условие, наносящее ущерб потребителю, даже если вопрос возник во время рассмотрения иска об аннулировании, а не был поднят потребителем во время арбитражного разбирательства?»⁷

Европейский суд ответил: *«Директиву следует толковать таким образом, что национальный суд, рассматривающий иск об аннулировании решения арбитража, должен установить, является ли соглашение об арбитраже ничтожным, и аннулировать такое решение, если соглашение содержит несправедливое условие, даже если потребитель не ходатайствовал о его недействительности в ходе арбитражного разбирательства, а сделал это только во время рассмотрения иска об аннулировании»⁸.*

Основания для решения Европейского суда

Решение по делу Кларо следует курсу Европейского суда, установленному им в решениях по делам *Océano*, *Freiburger Kommunalbauten* и *Cofidis*⁹, в которых Суд в целом утвердительно ответил на вопрос, может ли национальный суд самостоятельно-

⁷ См.: решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 20.

⁸ См. там же. § 40.

⁹ См.: объединенные решения ЕС по делам № C-240/98 — C-244/98. *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*. [2000] ECR I-4941; решения ЕС по делу № C-473/00. *Cofidis v. Jean-Louis Fredout*. [2002] ECR I-10875; по делу № C-237/02. *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger and Ulrike Hofstetter*. [2004] ECR I-3403. См. также: *Liebscher, Ch. Case C-168/05, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 26 October 2006. ECR I-10421 // CMLR. 2008. № 45. P. 549.*

но признать договорное условие несправедливым. Впрочем, следует помнить, что Европейский суд, как правило, не может оценить несправедливость конкретного договорного условия. Это задача национального суда¹⁰.

Аргументация Европейского суда в деле Кларо базировалась на системе защиты потребителя, предусмотренной Директивой. Суд подчеркнул, что *потребитель занимает слабую позицию vis-à-vis продавца товара или исполнителя услуг как в отношении переговорной силы, так и в отношении уровня знаний и что такой дисбаланс можно исправить лишь при помощи позитивных действий, не связанных с фактическими сторонами договора*¹¹.

Более того, Европейский суд отметил, что *наличие у национального суда полномочия самостоятельно устанавливать, является ли условие несправедливым, — это способ достичь целей одновременно ст. 6 (предотвратить связывание конкретного потребителя несправедливым условием) и ст. 7 Директивы, поскольку проведение судом соответствующего исследования может послужить сдерживающим средством и содействовать предотвращению появления несправедливых условий в договорах, заключенных между потребителями и продавцами товаров или исполнителями услуг*¹². Подобное полномочие национального суда необходимо, чтобы обеспечить действительную и эффективную защиту потребителей, которые не в состоянии предвидеть все возможные правовые последствия арбитражной оговорки как несправедливого условия договора. Цель Директивы не будет достигнута, если суд, рассматривающий иск об аннулировании решения арбитража, не сможет признать решение ничтожным лишь из-за того, что потребитель не ходатайствовал о недействительности арбитражной оговорки в ходе арбитражного разбирательства¹³.

Наконец, Суд указал, что *Директива направлена на усиление защиты потребителей и представляет собой, в соответствии с ее ст. 3 (1), неотъемлемое средство выполнения задач, возложенных на Евросоюз, в том числе в части повышения стандарта и качества жизни на его территории*¹⁴. Соответственно, Европейский суд отнес защиту, предоставляемую потребителям Директивой, к вопросам европейского публичного порядка, потому что защита потребителей крайне важна для функционирования внутреннего рынка. Эта аргументация аналогична той, что была приведена Судом в его решении по делу *Eco Swiss*, в котором ст. 81 Договора об учреждении Европейского сообщества 1957 г. была признана частью европейского публичного порядка¹⁵. Впрочем, несмотря на то что эти доводы кажутся вполне

¹⁰ См.: *Research Group on the Existing EC Contract Law (Acquis Group). Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. München, 2007. P. 244; Nebbia P. Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law. Oxford, 2007. P. 169. Обе эти книги ссылаются на упомянутое решение Freiburger Kommunalbauten.*

¹¹ См.: решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 25.

¹² См. там же. § 25.

¹³ См.: решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 30.

¹⁴ См. там же. § 37.

¹⁵ См.: решение ЕС по делу № C-126/97. *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV. [1999] ECR I-3055.*

разумными, некоторые сомнения остаются. Разве возможно характеризовать подобным образом императивные нормы европейского права? Думается, ответ на вопрос, станет ли какая-нибудь норма европейского права частью публичного порядка Евросоюза, довольно непредсказуем.

Стоит отметить, что мнение генерального адвоката А. Тизано по этому делу несколько отличалось от мнения Европейского суда¹⁶. Позиции А. Тизано и Европейского суда совпали в том, что дело Кларо затронуло вопросы публичного порядка. Но, в отличие от Суда, генеральный адвокат считал, что в данном случае было нарушено право на справедливое разбирательство как одно из фундаментальных прав, вытекающих из конституционных традиций, общих для государств — членов Евросоюза¹⁷. И если Европейский суд основывал свое решение на широком понимании публичного порядка (как включающей политику экономическую), то А. Тизано предложил более узкое применение данного понятия, отнеся к нему *только нормы, которые рассматриваются в качестве первостепенных и абсолютно важных для правового режима*¹⁸. Таким образом, он обозначил фундаментальные человеческие права и свободы как метаэкономический публичный порядок¹⁹. Соответственно, нарушение этих фундаментальных прав — достаточная причина для аннулирования решения арбитража.

Решение по делу Кларо и арбитражное законодательство

Одно из главных преимуществ арбитража как альтернативного способа решения споров лежит в ограниченном перечне оснований для пересмотра таких решений национальными судами²⁰. Решение арбитража должно быть безотказно признано и исполнено. Но как в международном, так и в национальном арбитраже против него могут быть заявлены в том числе следующие возражения: отсутствие имеющего силу соглашения об арбитраже и нарушение общественных интересов страны, в которой осуществляется исполнение²¹. Эти два возражения были заявлены и в деле Кларо, которое носило исключительно внутригосударственный

¹⁶ Мнение генерального адвоката А. Тизано см.: решение EC от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 57–61.

¹⁷ См. там же. § 59; также см.: решение EC по делу № C-7/98. *Krombach v. Bamberški*. [2000] ECR I-1935, § 38; решение Конституционного суда Чешской Республики от 25.04.2006 № I ÚS 709/05.

¹⁸ См.: решение EC от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 56; *Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha, 2008. P. 163.*

¹⁹ Более глубокий анализ фундаментальных прав как части государственной политики см.: *Hamtje, P. Droits fondamentaux et ordre public // Revue Critique de droit international privé. 1997. № 1. P. 2 и след. Для понимания государственной политики как следствия конституционных ценностей см.: Novelli G. Compendio di Diritto Internazionale privato e processuale. Napoli, 2007. P. 59.*

²⁰ См.: *Landlot P. Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements // Arbitration International. 2007. Vol. 23. № 1. P. 65–66.*

²¹ См.: *Graf B.U., Appelton A.E. Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium: EU Consumer Law as a Defence against Arbitral Awards, ECJ Case C-168/05 // ASA Bulletin. 2007. № 1. P. 48; см. также: Rozehnalová N. Rozhodčí řízení v. mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání. Praha, 2008. P. 333.*

характер²². Отсюда возникает вопрос, может ли аргументация Европейского суда также применяться в международном арбитраже. В свете рассматриваемого дела на него следует ответить утвердительно, так как императивная сущность Директивы как части европейского публичного порядка будет иметь приоритет над иностранным арбитражным решением. Само собой, должна существовать устойчивая связь с территорией Евросоюза для применения норм Евросоюза о защите потребителей в качестве исключения из национального публичного порядка²³.

Тем не менее решение по делу Кларо вызвало обеспокоенность лиц, вовлеченных в международный арбитраж, из-за более широких и гибких (в сравнении с предыдущим решением по *Eco Swiss*²⁴) границ европейского публичного порядка, очерченных Европейским судом и породивших неопределенность в отношении норм Европейского права как части этого порядка. Более того, это решение вновь затронуло так и не решенный до конца вопрос довольно сложных взаимоотношений между арбитражным законодательством и европейским правом — сложный *inter alia* потому, что, с одной стороны, судьи арбитража вроде бы должны применять к существу спора европейское право²⁵, но, с другой — им не разрешается просить Европейский суд толковать законодательство Евросоюза в предварительном решении²⁶.

Влияние решения по делу Кларо на чешский правовой режим

В этой части статьи мы изложим некоторые мысли о сопоставимости решения по делу Кларо и отдельных норм чешского законодательства. В частности, мы покажем, что ни Закон об арбитраже²⁷, ни Гражданский кодекс²⁸ Чехии не согласуются ни с Директивой, ни с рядом решений Европейского суда (от *Océano* до Кларо). На наш взгляд, ст. 33 Закона об арбитраже Чехии и ст. 55 (2) Гражданского кодекса Чехии противоречат принципу защиты потребителей, предусмотренному Директивой.

²² Это было дело Испании.

²³ См.: Graf B. U., Appelton A.E. *Op. cit.* Sub 22. P. 60; Landlot P. *Op. cit.* Sub 21. P. 82; мы видим такую устойчивую связь, в частности, в случае, когда арбитражное решение было вынесено арбитром одного государства-члена против потребителя, проживающего в другом государстве-члене. Тем не менее, по нашему мнению, исключение из государственной политики, исходящей из принципа защиты потребителя, должно было быть сделано, даже если бы решение арбитража было вынесено не в государстве — члене против потребителя, проживающего в государстве-члене.

²⁴ См.: решение EC по делу № C-126/97. *Eco Swiss*. [1999] ECR I-3055. § 35.

²⁵ Конечно, могут быть некоторые исключения, например когда судьи арбитража уполномочиваются сторонами для решения дела *ex aequo et bono*. См.: Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, 2003. P. 476.

²⁶ См.: решение EC по делу № 102/81. *Nordsee Deutsche Hochseefischerei v. Reederei Mond Hochseefischerei und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern*. [1982] ECR 1095.

²⁷ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

²⁸ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Во-первых, в ст. 31 чешского Закона об арбитраже установлен исчерпывающий перечень оснований, по которым решение арбитража может быть аннулировано. В ст. 31 (b) закреплено, что суд по заявлению стороны в арбитражном разбирательстве аннулирует решение, если арбитражная оговорка является недействительной. Кажется, пока нет никаких противоречий. Однако эту статью следует читать вместе со ст. 33 того же Закона, в которой уже установлено, что суд откажет в требовании об аннулировании решения арбитража, основанном на ничтожности арбитражной оговорки, если сторона, требующая аннулирования, не возразила по поводу недействительности арбитражной оговорки в ходе арбитражного разбирательства, хотя была в состоянии сделать это. В свете решения Европейского суда по делу Кларо мы выяснили, что национальному суду нужно оценить несправедливость арбитражной оговорки самостоятельно. Поэтому ст. 33 Закона об арбитраже, указывающая, что стороне следует возражать по поводу несправедливости, а следовательно, недействительности арбитражной оговорки только в ходе арбитражного разбирательства и никогда более, противоречит этому решению. Создается впечатление, что эта статья контрастирует и со ст. 6 (1) Директивы, согласно которой несправедливые условия, содержащиеся в договоре, заключенном с потребителем продавцом товара или исполнителем услуги, не являются обязательными для потребителя. Так что, на наш взгляд, Директива не имплементирована в чешское законодательство надлежащим образом²⁹.

К сожалению, *per se* это не означает, что чешские суды обязаны аннулировать решение арбитража, если потребитель не возразил по поводу недействительности арбитражной оговорки в ходе арбитражного разбирательства. Тем не менее чешский потребитель, против которого было вынесено решение, может его оспорить в суде на том основании, что арбитражная оговорка была несправедливой, а потому ничтожной. Соответственно, если исполнитель услуги или продавец товара укажет на то, что потребитель не ходатайствовал о ее недействительности в ходе арбитражного разбирательства (на основании ст. 33 Закона об арбитраже), последний может потребовать, чтобы суд, рассматривающий иск об аннулировании, в соответствии с решением Европейского суда по делу Кларо установил, является ли арбитражная оговорка ничтожной, и аннулировал решение, если оно основано на несправедливом условии, даже если ходатайство о его недействительности было заявлено не в ходе арбитражного разбирательства, а только во время рассмотрения иска об аннулировании.

Хотя суд Чехии не обязан ориентироваться на решение Европейского суда по делу Кларо, он должен, по крайней мере, толковать чешское законодательство, в частности ст. 33 Закона об арбитраже, максимально близко к европейскому праву³⁰, включая и ст. 6 (1) Директивы, и решение по делу Кларо, т.е. толковать и саму Директиву. Потребитель может попросить у суда направить предварительный запрос в Европейский суд, как это было сделано в деле Кларо. Вероятно, что Европейский суд ответит на запрос аналогичным образом и, следовательно, национальный суд будет связан его ответом. Впрочем, остается совсем неясным, как суд может давать

²⁹ Это не только общее впечатление. См.: Švestka J., Spáčil J., Škárková, M. *Občanský zákoník. Komentář. Praha, 2008. § 55. Примечание 10.*

³⁰ См.: Craig P., De Búrca G. *European Law. Texts, Cases and Materials. Oxford, 2008. P. 295.*

толкование, не противоречащее законодательству Евросоюза, если ст. 33 Закона об арбитраже как раз абсолютно ему противоречит.

Если потребитель проиграет спор, он может требовать возмещения убытков, причиненных ненадлежащей имплементацией Директивы, у Чешской Республики³¹. Ведь в конечном счете обеспечение согласованности Закона об арбитраже и Директивы — это дело именно чешских законодателей. Но, как уже упоминалось, представляется, что ст. 33 Закона об арбитраже пока противоречит целям Директивы.

По нашему мнению, у чешских потребителей есть и другой вариант борьбы с использованием представителями бизнеса несправедливых арбитражных оговорок. Мы полагаем (и это же высказано генеральным адвокатом в его Мнении по делу Кларо), что участие потребителя в арбитражном процессе в результате наличия недействительной, а потому незаконной арбитражной оговорки равнозначно нарушению его права на справедливое судебное разбирательство³², гарантированного в Чешской Республике ст. 36 Билля о фундаментальных правах и свободах (далее — Билль о правах), гласящей, что *любой может требовать защиты прав в независимом и беспристрастном суде, а в определенных ситуациях в иных институтах*³³. Эту статью следует читать совместно со ст. 38 Билля о правах, согласно которой *никого нельзя лишить его законного судьи. Компетенция суда и судьи предусматривается законом*. Поэтому мы склонны утверждать, что появление потребителя перед судьей арбитража из-за арбитражной оговорки, являющейся недействительной, означает, что дело могло быть рассмотрено в ином компетентном суде первой инстанции и что потребитель был лишен своих прав на справедливое разбирательство и на законного судью. Это особенно относится к случаям с так называемыми арбитражными центрами или судьями *ad hoc*. С другой стороны, нам сложно согласиться с заключением *Арбитражного суда при Экономической и Сельскохозяйственной палатах Чешской Республики*³⁴. Мы понимаем, что открыли ящик Пандоры, приводя такие доводы, однако надеемся, что они найдут свое подтверждение в (возможно близком) будущем.

Содержание Директивы было включено в Гражданский кодекс Чехии, в котором нормы о несправедливых договорных условиях находятся в ст. 55 и 56. Напомним: в ст. 56 (1) Директивы содержится общая оговорка для оценки несправедливости договорного условия³⁵, а также открытый перечень условий, которые могут быть

³¹ См.: решение ЕС по объединенным делам № C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-190/94. *Erich Dillenkofer and others v. Bundesrepublik Deutschland*. [1996] ECR I-04845. В этих делах речь идет о ненадлежащем транспонировании Директивы ЕС от 13.06.1990 № 90/314/ЕЕС о туристических путевках, поездках и пакетах. Признаться, мы не уверены, что требования о привлечении государства к ответственности сработали на практике в Чешской Республике. Но это один из способов решить вопрос о ненадлежаще имплементированной Директиве.

³² См.: решение ЕС от 26.10.2006 по делу № C-168/05. § 57.

³³ *Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. ze dne 16. prosince 1992 o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky*.

³⁴ Подробнее см. URL: http://soud.cz/en_index.php?url=en_obsah.htm (дата обращения: 18.05.2008).

³⁵ Ее формулировка практически идентична формулировке ст. 3 (1) Директивы. См. раздел 2 настоящей статьи.

признаны несправедливыми. В дополнение скажем, что упомянутый перечень не включает арбитражную оговорку.

На наш взгляд, наиболее проблематичным положением чешского Гражданского кодекса, касающемся несправедливых договорных условий, является его ст. 55 (2), предусматривающая, что условие договора с участием потребителя является обязательным до тех пор, пока потребитель не возразил по поводу его действительности. Эта концепция так называемой относительной недействительности несправедливого договорного условия строится на неверном предположении, что потребители в состоянии проанализировать, является ли условие договора выгодным для них или нет³⁶. То есть если условие для потребителя выгодно, он не станет заявлять о его недействительности³⁷. Хорошим примером ошибочности этой концепции может быть арбитражная оговорка, содержащаяся в стандартных условиях деловой деятельности, далеко идущие последствия которой практически не могут быть спрогнозированы потребителем. Таким образом, поскольку потребители зачастую обладают ограниченными знаниями о своих правах и последствиях договорных условий, то ст. 55 (2) Гражданского кодекса Чехии не может исполнить требование ст. 6 (1) Директивы о том, что государства-члены обязаны установить, что несправедливые условия, используемые в договорах, заключенных с потребителем продавцом товаров или исполнителем услуг, не являются обязательными для потребителя. В то же время эта статья противоречит ряду дел Европейского суда (в том числе *Océano*, *Cofidis* и *Кларо*), в которых Суд решил, что национальному суду следует оценивать несправедливость, а следовательно, и недействительность арбитражной оговорки самостоятельно³⁸.

Наконец, немаловажно то, что практически все государства-члены упомянули в своем законодательстве соглашение об арбитраже между представителями бизнеса и потребителями³⁹. Например, Гражданский кодекс Франции запрещает включать условие об арбитражной оговорке в договоры между потребителями и представителями бизнеса⁴⁰. Особое регулирование содержит законодательство Германии, которое устанавливает строгие формальные требования к соглашению об арбитраже. В соответствии с § 1031 (5) Гражданского процессуального кодекса Германии такое соглашение *должно содержаться в документе, подписанном сторонами лично*⁴¹. В некоторых странах, например Дании, выбран иной способ работы с потребительским арбитражем: путем создания государственных управлений по разбору жалоб потребителей, в которых участвуют бизнес- и потребительские ассоциации⁴². По датским законам потребитель может в любой

³⁶ См.: Švestka J., Spáčil J., Škárková M. et al. *Občanský zákoník. Komentář. Praha, 2008. § 55. Bod 11.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Обширный обзор см.: Reich N. More clarity after 'Claro'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as 'deni de justice'? // ERCL. 2007. № 1. P. 44.*

⁴⁰ *Ibid. Sub 40. P. 47 (со ссылкой на ст. 2061 Гражданского кодекса).*

⁴¹ *Ibid. Sub 40. P. 45.*

⁴² *Ibid. Sub 40. P. 48.*

момент представить жалобу в соответствующее управление⁴³ и арбитражное разбирательство будет приостановлено до тех пор, пока управление не примет решение по делу. Представляется, что это один из возможных путей, ведущих к адекватному урегулированию споров с участием потребителей в Чешской Республике.

Заключение

Лишь недавно Четвертый суд первой инстанции в Бильбао (*Juzgado de Primera Instancia № 4, Bilbao*) направил в Европейский суд такой предварительный вопрос: «*Требуют ли цели защиты потребителей, определенные Директивой... чтобы суд, рассматривающий иск об исполнении окончательного решения арбитража, вынесенного в отсутствие потребителя, установил самостоятельно, что соглашение об арбитраже является ничтожным, и, следовательно, аннулировал решение в случае обнаружения, что соглашение об арбитраже содержит несправедливое условие, наносящее ущерб потребителю?*»⁴⁴

Можно предположить: Европейский суд ответит, что суд государства-члена может самостоятельно аннулировать арбитражное решение, установив, что арбитражная оговорка — это несправедливое, а следовательно, ничтожное условие договора, даже если потребитель отсутствовал при арбитражном разбирательстве. Это предположение основано на заявлении, сделанном Судом в решении по делу Кларо: арбитраж — это территория ведения споров между представителями бизнеса. Следовательно, в В2С-спорах предпочтение должно быть отдано альтернативным методам урегулирования.

Дело Кларо затрагивает еще один важный вопрос. Оно показало, что процессуальные последствия арбитражных оговорок имеют далекую перспективу. Поэтому можно сказать, что такие «процессуальные» несправедливые условия даже более опасны для потребителей, чем чрезмерные штрафные оговорки. Чешские законодатели должны исключить дальнейшее использование арбитражных оговорок в потребительских договорах. Следовательно, необходим иной эффективный механизм решения споров с участием потребителей. Несмотря на недавние попытки чешского Министерства промышленности и торговли использовать добровольный механизм решения таких споров, нет уверенности в том, что он приведет к желаемым результатам⁴⁵. Значит, нужен механизм урегулирования споров между потребителями и представителями бизнеса, являющийся обязательным для обеих сторон и лишаящий представителей бизнеса возможности злоупотребить арбитражной оговоркой в своих стандартных бизнес-условиях.

⁴³ *Статья 8 (3) датского Lov om Forbrugerklagenoevnet (цит. по: Reich N. Op. cit. Sub 40).*

⁴⁴ *См.: предварительное решение суда Juzgado de Primera Instancia № 4, Bilbao (стороны начального процесса Asturcom Telecomunicaciones S.L. u Cristina Rodríguez Nogueira) // OJ C 92. 2008. P. 17.*

⁴⁵ *Подробнее см. URL: <http://mpo.cz/zprava42563.html> (дата обращения: 18.05.2008).*

Примечание переводчиков

С момента написания настоящей статьи прошло несколько лет, в течение которых чешское законодательство о правах потребителей претерпело существенные изменения. Примечательно, что их основной вектор был направлен в сторону гармонизации с европейскими правовыми практиками, как и указал З. Новы.

Так, с 1 января 2014 г. в Чешской Республике действует новый Гражданский кодекс (Закон № 89/2012 СЗ), в § 1810–1819 которого установлены нормы, защищающие права потребителя. В частности, п. «j» § 1814 запрещает такие положения потребительских договоров, которые лишают потребителя права обратиться с иском в суд или обязывают его обратиться в коммерческий арбитраж, наделенный правом не соблюдать нормы о защите потребителя.

Закон № 216/1994 СЗ о коммерческом арбитраже и исполнении арбитражных решений, на который сделана ссылка в статье, был существенно изменен с 1 апреля 2012 г. Теперь арбитражная оговорка должна быть заключена отдельно, а не как часть общих условий договора, в противном случае она ничтожна. Потребитель должен быть надлежащим образом информирован о последствиях включения в договор арбитражной оговорки. Параграфы 31 и 33 этого Закона также были изменены: государственный суд может отменить решение коммерческого арбитража, если не были исполнены условия его § 3, причем в потребительских спорах не имеет значения, был ли аргумент о недействительности арбитражной оговорки использован при арбитражном разбирательстве.

Концепция относительной недействительности (оспоримости) несправедливых договорных условий, при которой соответствующее условие уничтожалось исключительно по требованию потребителя, действовала до 21 февраля 2011 г. Норма абз. 2 § 55 ранее действовавшего Гражданского кодекса (Закон № 40/1964 СЗ) предполагала абсолютную ничтожность тех положений договора с потребителем, которые противоречат императивным нормам закона о защите потребителя.

Новый Гражданский кодекс Чешской Республики указывает, что такие положения не принимаются во внимание, а его § 1815 гласит, что несправедливые положения потребительских договоров не имеют обязательной силы.

Переводчики выражают сердечную благодарность чешскому адвокату магистру Аркадию Александрову за предоставленные комментарии относительно содержания современного чешского законодательства.