



Ассоциация участников по содействию в
развитии третейского разбирательства
Россия, 127083, Москва
ул. 8 Марта, д.1, строен.12, пом.ХХV, ком.3
тел. +7 495 787 2700
факс +7 495 787 2701
ОГРН 1137799009996
ИНН 7714402220/КПП 771401001

КОММЕНТАРИИ

АССОЦИАЦИИ УЧАСТНИКОВ ПО СОДЕЙСТВИЮ В РАЗВИТИИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА ("РАА")

ПО ПРОЕКТАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ, НАПРАВЛЕННЫХ НА УЛУЧШЕНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

19 июня 2015 г.

Оглавление

1. ВВЕДЕНИЕ	4
2. НЕОБХОДИМОСТЬ СУЩЕСТВОВАНИЯ ДВУХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ, НАПРАВЛЕННЫХ НА РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	4
3. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ	5
3.1. Общие замечания	5
3.2. Корпоративные споры и споры относительно прав на недвижимое имущество	5
3.3. Арбитрабельность споров по государственным закупкам	7
4. ВОПРОСЫ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ И ФОРМЫ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ	7
4.1. Вопрос действительности арбитражного соглашения	7
4.2. Форма арбитражного соглашения	8
5. ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОКУМЕНТООБОРОТ	9
6. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ГОСУДАРСТВЕННЫМИ СУДАМИ	12
6.1. Компетентный суд	12
6.2. Вовлечение юридической общественности при рассмотрении дел, связанных с третейским разбирательством, на уровне высшей судебной инстанции	12
6.3. Истребование материалов из третейского суда	12
6.4. Повторное обращение в третейский суд	13
6.5. Отмена предварительного решения третейского суда о наличии компетенции	14
6.6. Осуществление государственным судом функций содействия в отношении формирования состава третейского суда	15
6.7. Содействие государственного суда в получении доказательств третейским судом	16
6.8. Запрос разъяснений иностранного суда при исполнении решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения	17
6.9. Признание решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений	18
6.10. Обращение в суд по месту нахождения имущества должника	19

6.11. Косвенные иски	19
7. ПОРЯДОК СОЗДАНИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ И АРБИТРОВ 20	
7.1. Регистрация постоянно действующих арбитражных учреждений.....	20
7.2. Требования к арбитрам	23
7.3. Списки арбитров	24
7.4. Комитет по назначениям	25
7.5. Хранение материалов дела	27
7.6. Ответственность постоянно действующих арбитражных учреждений и арбитров 27	
7.7. Страхование	28
7.8. Сфера применения Закона о МКА	29
7.9. Регулирование деятельности иностранных арбитражных учреждений..	30
7.10. Правопреемство постоянно действующих арбитражных учреждений..	32
8. ВОПРОСЫ ПРОЦЕДУРЫ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА	33
8.1. Назначение арбитра в случае прекращения его полномочий.....	33
8.2. Вопросы уведомления стороны третейского разбирательства	33
8.3. Многосторонний арбитраж	34
9. ВОПРОСЫ ТЕРМИНОЛОГИИ	34

1. ВВЕДЕНИЕ

Несмотря на достаточно либеральное законодательство РФ о третейских судах, принятое в 90-х годах прошлого века, данная форма разрешения споров пока не приобрела всеобщую популярность в России.

Это объясняется целым рядом причин, начиная с недостатков законодательного регулирования некоторых вопросов третейского разбирательства и заканчивая многочисленными злоупотреблениями в данной сфере.

В результате этого у делового сообщества в России не возникло достаточного доверия к данной форме разрешения споров.

Исследования в данной области выявили такие проблемы третейского разбирательства, как зависимость третейских судов от организаций, при которых они созданы, в вопросах, связанных с арбитражными разбирательствами, формированием состава арбитража, вынесением решений и т.д.; непрозрачность процедуры назначения арбитров; подверженность коррупции; использование третейского разбирательства для легализации незаконных операций и прочее.

В этой связи законопроекты о реформе института третейского разбирательства¹ безусловно будут способствовать формированию здоровой среды третейского разбирательства, что неизбежно приведет к более широкому использованию данной формы альтернативного разрешения споров.

Вместе с тем, некоторые предложения требуют дальнейшего уточнения и осмысления, как будет показано ниже.

2. НЕОБХОДИМОСТЬ СУЩЕСТВОВАНИЯ ДВУХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ АКТОВ, НАПРАВЛЕННЫХ НА РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Следует заметить, что нет никаких принципиальных причин для наличия одновременно двух законов об арбитраже: "О международном коммерческом арбитраже" и "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" , поскольку предмет регулирования данных двух законов часто совпадает или вообще идентичен.

Более того, наличие двух законодательных актов, регулирующих те же отношения, может создать сложности при применении на практике.

Многие постоянно действующие арбитражные институты не делают различий между рассмотрением внутренних и международных споров. Более того, в случае перемены стороны по оспариваемому требованию внутренний спор может превратиться в международный, и наоборот.

В силу этого представляется целесообразным принятие единого законодательного акта, регулирующего третейское разбирательство в России, в котором отдельной главой могут быть урегулированы особенности международного арбитража.

¹ Далее - "Проект", либо "Проекты" применительно к каждому конкретному законопроекту.

3. ОПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ

3.1. Общие замечания

В настоящее время законодательство РФ четко не определяет, какие виды споров являются арбитрабельными, а какие нет. Отсутствие прямого регулирования приводило к тому, что по данным вопросам сформировалась достаточно противоречивая судебная практика (в частности, относительно корпоративных споров, споров о правах на недвижимое имущество).

В связи с этим предложение об отнесении к арбитрабельным гражданско-правовых споров,² устраняет неопределенность в данной области. Тем не менее, данное положение сужает сферу применения арбитража по сравнению с практикой стран с устоявшимися традициями третейского разбирательства.

Так, практика многих стран допускает передачу на разрешение третейского суда не только гражданско-правового спора, но и любого иного спора, по которому допускается заключение мирового соглашения. В частности, это касается трудовых споров, налоговых и споров антимонопольного характера.

В связи с этим предлагается из Проекта исключить ссылку на гражданско-правовые отношения.

3.2. Корпоративные споры и споры относительно прав на недвижимое имущество

Положительной стороной законопроекта является также четкое определение того, что корпоративные споры и споры по недвижимому имуществу являются арбитрабельными.

В частности, проект предусматривает возможность передачи на рассмотрение третейского суда следующих категорий споров:³

² См. ст. 1 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "3. В арбитраж (третейское разбирательство) могут по соглашению сторон передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом."; п. 3 ст. 1 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»: 3. "В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры сторон гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей Российской Федерации, либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находятся за границей Российской Федерации, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации."; ст. 33 АПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»: "Споры из гражданско-правовых отношений, подведомственные арбитражным судам в соответствии с настоящим Кодексом, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда при наличии между сторонами спора действующего арбитражного соглашения".

³ См. ст. 225¹ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ"; с учетом ограничений, установленных ч.2 ст. 225¹ в редакции проекта.

"... связанным с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом (далее - корпоративные споры), в том числе по следующим корпоративным спорам:

- 1) споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридического лица;*
- 2) споры, связанные с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паев членов кооперативов, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав (кроме случаев, указанных в иных пунктах части I настоящей статьи), в частности, споры, вытекающие из договоров купли-продажи акций, долей в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ (партнерств, товариществ), споры, связанные с обращением взыскания на акции и доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ (партнерств, товариществ), за исключением споров, вытекающих из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, споров, возникающих в связи с разделом наследственного имущества или разделом общего имущества супругов, включающего в себя акции, доли в уставном (складочном) капитале хозяйственных обществ и товариществ, паи членов кооперативов;*
- 3) споры по искам учредителей, участников, членов юридического лица (далее - участники юридического лица) о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок;*
- 4) споры, связанные с назначением или избранием, прекращением, приостановлением полномочий и ответственностью лиц, входящих или входивших в состав органов управления и органов контроля юридического лица, споры, возникающие из гражданских правоотношений между указанными лицами и юридическим лицом в связи с осуществлением, прекращением, приостановлением полномочий указанных лиц; а также споры, вытекающие из соглашений участников юридического лица по поводу управления этим юридическим лицом, включая споры, вытекающие из корпоративных договоров;*
- 5) споры, связанные с эмиссией ценных бумаг, в том числе с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, решений органов управления эмитента, с оспариванием сделок, совершенных в процессе размещения эмиссионных*

ценных бумаг, отчетов (уведомлений) об итогах выпуска (дополнительного выпуска) эмиссионных ценных бумаг;

б) споры, вытекающие из деятельности держателей реестра владельцев ценных бумаг, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги, с осуществлением держателем реестра владельцев ценных бумаг иных прав и обязанностей, предусмотренных федеральным законом в связи с размещением и (или) обращением ценных бумаг;

...

8) споры об обжаловании решений органов управления юридического лица;

Также хотелось бы обратить внимание на то, что в предлагаемой редакции положений, выводящих некоторые категории корпоративных споров из-под действия норм о разрешении таких споров по правилам корпоративных споров, сделана ссылка на действующую редакцию ст.225¹ АПК РФ.⁴ С учетом того, что в предлагаемой проектом редакции ст.225¹ перечисление категорий корпоративных споров содержится в части 1, следует внести в проект в соответствующих случаях указание на пункты 2 и 6 части 1 статьи 225¹ АПК РФ.

3.3. Арбитрабельность споров по государственным закупкам

Положения законопроекта, согласно которым не подлежат передаче на рассмотрение третейского суда споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд,⁵ утрачивают силу с момента принятия федерального закона, устанавливающего порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать подобные споры.⁶

Представляется совершенно необоснованным принятие специального закона, устанавливающего требования к третейскому суду, который вправе рассматривать подобного рода споры. Данный вопрос вполне может быть разрешен на уровне подзаконных актов.

4. ВОПРОСЫ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ И ФОРМЫ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ

4.1. Вопрос действительности арбитражного соглашения

В Российской Федерации в настоящее время отсутствуют специальные нормы, определяющие правила по толкованию арбитражных соглашений, что нередко

⁴ См. абз.14 ст.2, п.8 ст.45 ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ"; ст.

⁵См. п.6 ст.33 АПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ"; п.6 ст. 22¹ ГПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

⁶ См. п.8 ст. 13 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

приводит к излишне формалистичному толкованию его условий. В частности, существует судебная практика, согласно которой полномочия на заключение арбитражного соглашения должны быть специально оговорены в доверенности представителя.

В связи с этим предлагается внести в Проект положение о том, что полномочия представителя на совершение сделки включают в том числе и полномочия на заключение арбитражного соглашения по такой сделке.

Кроме того в Проекте не нашла отражения проблема так называемых односторонних альтернативных соглашений, когда право выбора между судом и арбитражем предоставляется только одной из сторон спора.

Подобные соглашения являются традиционными для ведущих финансовых институтов, в том числе и международных при заключении договоров с заемщиками. Специфика данных односторонних соглашений заключается в том, что после того, как банк предоставил заемщику кредит, очень маловероятно возникновение добросовестных требований у заемщика к банку. Как правило, только у банка возникают требования к заемщику в связи с осуществлением платежей по кредиту, и следовательно банк заинтересован в том, чтобы данный спор мог рассматриваться в любой юрисдикции (по выбору банка), где заемщик может иметь имущество. В силу этого судебная практика, например, Англии, последовательно признает подобные соглашения действительными.

Однако российские суды трактуют подобные соглашения противоположным образом, и это может ограничить доступ российских субъектов к получению иностранных кредитных ресурсов.

Поэтому предлагается в законе прямо определить возможность заключения подобных соглашений.

4.2. Форма арбитражного соглашения

Российское законодательство, говоря о письменной форме сделки, требует, чтобы оно было подписано сторонами.⁷ Кроме того, российское законодательство не допускает наличия устной формы арбитражного соглашения.

Страны с устоявшимися традициями арбитражного разбирательства (например, Франция) применительно к международному арбитражу вообще отказались от каких-либо формальных требований к арбитражному соглашению.⁸

⁷ Статья 160 ГК РФ. Письменная форма сделки. 1. Сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами.

⁸ Статья 1507 Гражданского процессуального кодекса Франции (с изменениями 2011 г.); неофициальный перевод на английский язык по ссылке ниже:

http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf

Закон Швеции об арбитраже 1999 года также не устанавливает каких либо требований к форме арбитражного соглашения,⁹ в результате чего арбитражное соглашение может быть заключено и в устной форме.

Сделано это с целью сделать страну более привлекательной для арбитража, поскольку отсутствие требований к письменной форме арбитражного соглашения делает невозможным его оспаривание в связи с дефектом формы, то есть его можно оспорить только по содержанию. Кроме того, в некоторых видах арбитража, например в инвестиционном арбитраже на основании двустороннего или многостороннего соглашения о защите инвестиций, либо на основании национального закона арбитражное соглашение никогда не подписывается.

Практика данных стран показывает, что отсутствие требований к обязательной письменной форме арбитражного соглашения не привело к каким-либо злоупотреблениям в данной области, поскольку сторона, ссылающаяся на наличие арбитражного соглашения, заключенного в устной форме, должна доказать его содержание, в случае, если вторая сторона его оспаривает. При отсутствии таких доказательств арбитры и суды приходят к выводу об отсутствии и самого арбитражного соглашения.

В связи с этим предлагается включить в проект формулировку Типового закона ЮНСИТРАЛ 2006:¹⁰

"Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если его содержание зафиксировано в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств."

5. ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОКУМЕНТООБОРОТ

Реалиями современного бизнеса является тот факт, что документы, передаваемые с помощью электронных средств связи, практически полностью вытеснили бумажный документооборот.

В связи с этим заслуживает всяческого поощрения включение в проекты норм, касающихся электронного документооборота.¹¹

Вместе с тем, предложенная формулировка несколько отличается от формулировки, предложенной Типовым законом ЮНСИТРАЛ 2006 года. В частности, в рассматриваемом Проекте содержится закрытый перечень видов информации, которая рассматривается в качестве электронного документа, в то время как в Типовом законе ЮНСИТРАЛ данный перечень является открытым.¹²

⁹ Статья 1 Закона Швеции об арбитраже 1999 года.

¹⁰ Вариант I, статья 7, пункт 3 Типового Закона ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г.

¹¹ В частности, в проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ предлагается добавить термин "электронный документ, передаваемый по каналам связи, - информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными и электронную почту";

¹³ Статья 7 Часть 3 проекта ФЗ об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ: "Положение, предусмотренное частью 2 настоящей статьи, считается соблюденным, если арбитражное

Также требует уточнения формулировка нормы, гласящей о том, что арбитражное соглашение может быть заключено путем обмена электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.¹³

Наличие требования о "достоверности" отправителя может привести к толкованию, при котором только лишь документы, подписанные электронной подписью, могут рассматриваться в качестве "электронных документов", поскольку лишь они позволяют "достоверно" установить отправителя,¹⁴ и, таким образом, электронная переписка не будет рассматриваться в качестве электронных документов.

В связи с этим предлагается исключить требование о "достоверности" из Проекта, поскольку такое требование не содержится ни в законодательстве стран с развитыми традициями третейского разбирательства, ни в рекомендации Комиссии ЮНСИТРАЛ применительно к толкованию положений Нью-Йоркской Конвенции.¹⁵

Следует отметить, что требование о "достоверности" отправителя было исключено из проекта изменений в Закон о МКА.¹⁶ Различное регулирование данного вопроса в рамках международного арбитража и арбитража внутренних споров не имеет достаточного обоснования и на практике создаст препятствия для развития арбитража онлайн в отношении внутренних споров.

Одновременно с этим, в предлагаемой редакции Закона о МКА введена особая норма о заключении арбитражного соглашения в форме электронного сообщения, в которой наряду с условием доступности информации для последующего использования содержится требование о том, чтобы при заключении арбитражного соглашения были соблюдены нормы закона о договорах, заключаемых путем обмена документами

соглашение заключено в том числе путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, включая электронные документы, передаваемые по каналам связи, позволяющим достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

¹³ Статья 7 Часть 3 проекта ФЗ об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ: *"Положение, предусмотренное частью 2 настоящей статьи, считается соблюденным, если арбитражное соглашение заключено в том числе путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, включая электронные документы, передаваемые по каналам связи, позволяющим достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.*

¹⁴ Такое толкование, например, преобладает в судебной практике Республики Беларусь.

¹⁵ Рекомендации ЮНСИТРАЛ, принятые на тридцать девятой сессии, состоявшейся 7 июля 2006 года, относительно толкования пункта 2 Статьи II, и пункта 1 Статьи VII Нью-Йоркской Конвенции: (см. Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать девятой сессии, Нью-Йорк, 19 июня – 7 июля 2006 года, <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/sessions/39th.html>: *"Требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования"*.

¹⁶ См. п.3 ст. 7 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"Положение, предусмотренное пунктом 2 настоящей статьи, считается соблюденным, если арбитражное соглашение заключено в форме, позволяющей обеспечить фиксацию содержащейся в нем информации или доступность такой информации для последующего использования."*

посредством электронной связи.¹⁷ Данная ссылка может быть истолкована как отсылающая к гражданскому законодательству РФ, которое в ч.2 ст. 434 ГК РФ содержит требование о том, что при использовании электронных средств связи также необходима возможность достоверного установления отправителя, что, в свою очередь, может толковаться как необходимость использования электронной подписью.

Кроме того, ряд статей Проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" устанавливают требование к письменной форме документов.¹⁸ При этом в Проекте отсутствует понятие, что можно понимать под письменной формой документа, а эквивалентность электронного и собственно письменного документа установлена только в отношении требования к форме арбитражного соглашения. В силу этого возникает неопределенность относительно того, можно ли использовать электронный документооборот в ходе арбитражного разбирательства.

Требование письменной формы может ограничить сферу применения современных информационных технологий в сфере арбитража, в том числе онлайн арбитраж.

Устранить это ограничение и правовую неопределенность можно путем внесения в закон положения о том, что для целей закона электронные документы эквивалентны письменным при наличии соглашения сторон об этом, которое может содержаться как в арбитражном соглашении, так и в регламенте, о применении которого стороны договорились.

Принимая во внимание современные тенденции развития электронного документооборота, при разрешении споров возможно вынесение арбитражных решений в электронной форме. Несмотря на то, что арбитражное решение, вынесенное в электронной форме, может подпадать под понятие " арбитражное решение, подписанное арбитрами,"¹⁹ в сочетании с требованиями "письменной формы" арбитражного решения²⁰ и отсутствия прямо предусмотренной эквивалентности понятий "письменной" и "электронной" формы это создает правовую неопределенность и потенциальные осложнения при приведении в исполнение арбитражного решения.

Устранить сомнения в допустимости вынесения арбитражных решений в электронной форме можно, предусмотрев положение о том, что решение может быть представлено

¹⁷ См. п.4 ст. 7 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме в виде электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для последующего использования и если арбитражное соглашение заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренными для договора, заключаемого путем обмена документами посредством электронной связи."*

¹⁸ В частности, в проекте ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": ст. 34 (письменная форма арбитражного решения), ст. 12 (письменная форма заявления арбитра об обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости), ст. 13 (письменная форма заявления об отводе арбитра); ст. 25 (письменная форма искового заявления).

¹⁹ См. ст. 35.2 Закона о МКА, ч. 4 ст. 237 АПК РФ, ч.4 ст.231 АПК РФ, ч.4 ст.419 ГПК РФ, ч.4 ст. 424 ГПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ";

²⁰ Ст. 31 Закона о МКА, ст. 34 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ.

в электронной форме, если оно позволяет достоверно установить его аутентичность, в том числе посредством заверения электронной подписью.

6. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ГОСУДАРСТВЕННЫМИ СУДАМИ

6.1. Компетентный суд

Поскольку основания для отмены решения третейского суда, либо отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда узко ограничены и не подлежат расширительному толкованию, целесообразно изъять производство по данным вопросам из ведения судов первой инстанции.

Наиболее обоснованным представляется передача подобных дел на уровень судов апелляционной инстанции и рассмотрение их по правилам суда первой инстанции, либо создать специализированные составы судей для рассмотрения таких дел.

6.2. Вовлечение юридической общественности при рассмотрении дел, связанных с третейским разбирательством, на уровне высшей судебной инстанции

Для формирования взвешенной политики по вопросам третейского разбирательства, в том числе в русле сложившегося передового опыта стран с развитыми традициями третейского разбирательства, было бы целесообразно при рассмотрении Верховным Судом РФ дел, связанных с отменой решений третейских судов, признанием недействительными арбитражных соглашений, либо с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений, предоставить возможность представить экспертное мнение российским и международным организациям. Следует также предоставить Верховному Суду РФ возможность при необходимости запрашивать мнение российских и международных организаций, специализирующихся в вопросах арбитража.

6.3. Истребование материалов из третейского суда

В связи с необходимостью обеспечения возможности сокращения сроков разрешения споров, важным является положение о том, что дела об отмене решения третейского суда должны рассматриваться в срок, не превышающий один месяц.

Вместе с тем, представляется излишней включенная в Проект изменений в АПК РФ²¹ норма о том, что арбитражный суд может истребовать материалы третейского дела.²²

²¹ См. ст. 1 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

²² См. ч. 2 ст. 232 АПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ":

"При подготовке дела об отмене решения третейского суда к судебному разбирательству по ходатайству лиц, участвующих в деле, арбитражный суд может истребовать материалы дела, решение по которому оспаривается в арбитражном суде, из постоянно действующего арбитражного учреждения, в котором находятся на хранении материалы третейского дела или из органа, уполномоченного на хранение материалов третейского дела в соответствии с законодательством"

Во-первых, такое право в любом случае есть у суда в силу статьи 66 АПК РФ.

Во-вторых, включение данной нормы в АПК РФ будет стимулировать судей истребовать материалы дела, как это делается при рассмотрении обычных дел в кассационной инстанции, даже когда это не требуется по обстоятельствам. Принимая во внимание, что перечень оснований для отмены арбитражного решения или отказа в выдаче исполнительного листа ограничен, истребование материалов из третейского суда должно являться скорее исключением из общего правила. Истребование материалов из постоянно действующего арбитражного учреждения фактически приведет к затягиванию разбирательства и, соответственно, выдачи исполнительного листа.

В-третьих, как показывает мировой опыт, подавляющее большинство ведущих постоянно действующих арбитражных институтов мира, хранят достаточно ограниченное количество материалов по делу. Как правило, это заявление об арбитраже, отзыв на заявление об арбитраже, документы о назначении состава арбитража, оплате арбитражного сбора, а также частичные и окончательные арбитражные решения. Материалы дела находятся у арбитров и не передаются на хранение в постоянно действующий арбитражный институт.

В силу этого, истребование материалов дела из постоянно действующего арбитражного учреждения имеет ограниченную ценность для разрешения дела и, как указывалось выше, должно являться исключением из правила (допускаемого в силу общих положений АПК РФ).

В связи с этим предлагается данную норму исключить из Проекта изменений в АПК РФ.

6.4. Повторное обращение в третейский суд

Важной новеллой также является норма, которая восполнила пробел в существующем законодательстве, о том, что в случае отмены решения третейского суда сторона вправе повторно обратиться в третейский суд, если такая возможность не утрачена.²³

Вместе с тем, ч. 4 ст. 234 АПК РФ²⁴ ограничивает право стороны на повторное обращение в третейский суд в том числе в случае, когда решение третейского суда

Российской Федерации, по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом для истребования доказательств".

Аналогичная норма содержится в ч. 2 ст. 238 АПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

²³ См. ч. 3 ст. 234 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "Отмена решения третейского суда не препятствует сторонам третейского разбирательства повторно обратиться в третейский суд, если возможность обращения в третейский суд не утрачена, или в арбитражный суд по общим правилам, предусмотренным настоящим Кодексом.". Аналогичная норма содержится в ч. 3 ст. 240 АПК РФ редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

было отменено по причине нарушения публичного порядка. Поскольку по данному основанию решения третейского суда могут быть отменены в том числе по причинам процессуального характера,²⁵ это не должно являться препятствием для повторного обращения в третейский суд. В связи с этим рекомендуется исключить отмену решения третейского суда ввиду нарушения публичного порядка из перечня ограничений на повторное обращение в третейский суд.

Кроме того, вторая часть данной статьи, отсылающая к государственному арбитражному суду, представляется излишней, поскольку может трактоваться как обязывающая обращаться именно в государственный арбитражный суд Российской Федерации. В случае международного арбитража таким судом может быть также компетентный иностранный суд, поэтому более целесообразно слова "... или в арбитражный суд по общим правилам, предусмотренным настоящим Кодексом" в данной норме заменить на "... или в компетентный государственный суд".

6.5. Отмена предварительного решения третейского суда о наличии компетенции

Проект, следуя принципам, заложенным в Типовом законе ЮНСИТРАЛ "О международном торговом арбитраже", предоставляет сторонам право на подачу заявления об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции.²⁶

Вместе с тем Типовой закон ЮНСИТРАЛ использует термин не "*постановление третейского суда предварительного характера*", а постановление "*как по вопросу предварительного характера*".²⁷

²⁴ См. ч.4 ст. 234 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "*4. В случае, если решение третейского суда отменено арбитражным судом полностью либо в части вследствие недействительности третейского соглашения, или оно было принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением, или не подпадает под его условия, или содержит постановления по вопросам, не охватываемым третейским соглашением, а также если решение третейского суда отменено арбитражным судом в связи с тем, что спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом или решение третейского суда нарушает публичный порядок Российской Федерации, стороны третейского разбирательства могут обратиться за разрешением такого спора в арбитражный суд по общим правилам, предусмотренным настоящим Кодексом.*"

²⁵ К примеру, если нарушением явилось получение арбитром(ами) взятки.

²⁶ См. п. 1 ст. 235 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "*В случаях, предусмотренных федеральным законом, любая сторона третейского разбирательства может обратиться в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого проводится третейское разбирательство, с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции*".

²⁷ Статья 16 пункт 3 Типового Закона ЮНСИТРАЛ: "*Арбитражный суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если арбитражный суд постановит как по вопросу предварительного характера, что он обладает юрисдикцией, любая сторона может в течение тридцати дней после получения уведомления об этом постановлении просить суд или иной орган, указанный в статье 6, принять решение по данному вопросу; и такое решение не подлежит никакому обжалованию; пока такая просьба ожидает своего разрешения, арбитражный суд может продолжать арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение.*"

Действующая формулировка Проекта изменений в АПК РФ читается таким образом, что постановление третейского суда о компетенции якобы носит предварительный характер, и впоследствии третейский суд может пересмотреть свои выводы.

Вместе с тем, решение состава арбитража по вопросу компетенции является окончательным и оно не может впоследствии быть пересмотрено. Иными словами, арбитры могут вначале, то есть предварительно, рассмотреть вопрос о том, обладают ли они компетенцией, и вынести окончательное решение по данному вопросу, а после этого (при наличии положительного решения о своей компетенции) - провести разбирательство по существу спора.

В связи с этим предлагается в Проекте привести формулировки в соответствии с текстом Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Кроме того, обращает на себя внимание, что Проект, следуя букве Типового закона, предлагает обжаловать только положительные решения состава арбитража в отношении юрисдикции. Иными словами, в случае, если арбитры выносят решение об отсутствии своей компетенции, то такое решение обжаловать нельзя.

Вместе с тем законодательство многих стран предоставляет сторонам право обжаловать не только положительные решения состава арбитража о компетенции, но и отрицательные,²⁸ что больше способствует защите интересов сторон. В этой связи предлагается внести в Проект соответствующие изменения, включив возможность обжалования не только решений о наличии компетенции, но и об ее отсутствии.

6.6. Осуществление государственным судом функций содействия в отношении формирования состава третейского суда

Безусловно положительным следует признать заполнение пробелов в законе, которые касаются функций государственного суда по назначению арбитров, отводу арбитров, и прекращению их полномочий,²⁹ поскольку при отсутствии соглашения сторон

²⁸ Например, статья 190 (2) Швейцарского Закона о международном частном праве, статья 67 (1a) английского Закона об арбитраже 1996 года.

²⁹ Статья 240.4 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "Основания для удовлетворения заявления о выполнении арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда. 1. Заявление по вопросу об отводе третейского судьи подлежит удовлетворению арбитражным судом при наличии одновременно следующих обстоятельств:

1) соблюдена процедура отвода третейского судьи, установленная федеральным законом, согласно которой вопрос об отводе передан на разрешение арбитражного суда;

2) имеются основания для отвода третейского судьи, установленные федеральным законом.

2. Заявление по вопросу о назначении третейского судьи подлежит удовлетворению арбитражным судом при наличии одновременно следующих обстоятельств:

1) соблюдена процедура назначения третейского судьи, установленная федеральным законом, согласно которой вопрос о назначении третейского судьи передан на разрешение арбитражного суда;

2) в соответствии с федеральным законом арбитражный суд полномочен решить вопрос, связанный с назначением третейского судьи.

относительно применимой процедуры в случае арбитража *ad hoc* арбитражное соглашение становится неисполнимым в силу существующих пробелов в действующем законодательстве.

Вместе с тем, во избежание неправильного толкования³⁰ следует прямо указать в Проекте изменений в АПК РФ, что указанные процедуры применяются только в том случае, если в арбитражном соглашении или применимом регламенте не указана иная процедура назначения арбитра, рассмотрения заявления об отводе, а также прекращения полномочий арбитра.

В Проекте следует указать, что суды при назначении арбитров должны производить такое назначение с учетом мнения сторон. Аналогичное дополнение следует внести в Проект изменений в Закон о МКА.³¹

6.7. Содействие государственного суда в получении доказательств третейским судом

Предлагаемые изменения в АПК РФ³², касающиеся оказания содействия третейским судам в получении доказательств, безусловно будут способствовать популярности третейского разбирательства.

Вместе с тем в последней редакции проекта из сферы применения нормы были исключены третейские разбирательства *ad hoc*. Данное ограничение представляется необоснованным.

3. Заявление по вопросу о прекращении полномочий третейского судьи подлежит удовлетворению арбитражным судом при наличии одновременно следующих обстоятельств:

1) соблюдена процедура прекращения полномочий третейского судьи, установленная федеральным законом, согласно которой вопрос

о прекращении полномочий третейского судьи передан на разрешение арбитражного суда;

2) имеются основания для прекращения полномочий третейского судьи, предусмотренные федеральным законом. "

³⁰ Существующая формулировка в п. 4 ст. 11 проекта закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ " позволяет толкование, при котором назначающим органом в арбитраже *ad hoc* должен являться государственный суд, если только стороны своим соглашением прямо этого не исключили. Следовательно, предлагается в данных разделах Проекта вернуться к формулировкам Типового Закона ЮНСИТРАЛ. Аналогичная норма содержится в п. 4 ст. 11 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "*Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, своим прямым соглашением могут исключить возможность разрешения данного вопроса судом (если стороны своим прямым соглашением исключили такую возможность, то в указанных случаях арбитраж прекращается и этот спор может быть передан на разрешение компетентного суда).*"

³¹ См. п. 6 ст. 11 Проекта Закона изменений в Закон о МКА.

³² См. ст. 74¹ АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" .

Кроме того, в предлагаемой редакции статьи³³ указывается, что в запросе должны быть указаны обстоятельства, подлежащие выяснению. Поскольку в функцию государственного суда не входит переоценка обстоятельств спора, либо целесообразности получения доказательств, а также с целью исключения нарушения конфиденциальности арбитражного разбирательства, предлагается исключить из нормы указание на обстоятельства, подлежащие выяснению.

По этой же причине предлагается исключить из перечня подаваемых документов копию искового заявления в третейский суд.³⁴

Кроме того, одним из оснований для отказа государственного суда в содействии в получении доказательств является неарбитрабельность спора, находящегося на разрешении третейского суда.³⁵ Данную норму следует исключить, поскольку государственный суд при рассмотрении вопроса о содействии в получении доказательств будет иметь очень ограниченную информацию по существу спора. В связи с этим вывод суда о неарбитрабельности спора будет, с одной стороны, вынесен без полного изучения всех обстоятельств дела, а с другой стороны создаст преюдицию для сторон.

Предлагается также для избежания споров о компетенции арбитражных судов или судов общей юрисдикции прямо указать, что компетентным судом, оказывающим содействие третейскому суду, осуществляющему разбирательство с участием юридических лиц, являются арбитражные суды.

6.8. Запрос разъяснений иностранного суда при исполнении решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения

Проект изменений в ГПК РФ говорит о том, что суд вправе запросить разъяснение иностранного суда, принявшего решение.³⁶ Аналогичная норма есть также в ч.3 ст. 243 АПК РФ³⁷ Следует заметить, что суды вообще (и российские суды - не исключение)

³³ п. 2 ст. 74.¹ АПК РФ; пункта 2 статьи 63.¹ ГПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *" В запросе указываются обстоятельства, подлежащие выяснению, а также доказательства, которые должен получить арбитражный суд, исполняющий запрос."*

³⁴ абз. 1 п. 4 ст. 240² АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

³⁵ пп.3 п. 4 ст. 74.1 АПК РФ; пп.3 п. 4 ст. 63.1 ГПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

³⁶ п. 5 ст. 411 ГПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"В случае если у суда при решении вопроса о принудительном исполнении возникнут сомнения, он может запросить у лица, возбудившего ходатайство о принудительном исполнении решения иностранного суда, объяснение, а также опросить должника по существу ходатайства и в случае необходимости затребовать разъяснение иностранного суда, принявшего решение."*

³⁷ См. ч.3 ст. 243 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"3. При рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для признания и приведения в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения, предусмотренных статьей 244 настоящего Кодекса, путем исследования представленных в арбитражный суд доказательств, обоснования заявленных требований и возражений, но а также разъяснений иностранного суда или третейского суда, принявшего решение, если арбитражный суд истребует такие разъяснения."*

как правило не дают разъяснения по принятым решениям. В силу этого данные нормы будут использоваться для затягивания разбирательства, а потому их следует исключить.

6.9. Признание решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений

Проект содержит достаточно важное положение о том, что решение иностранного суда и иностранное арбитражное решение, не требующее принудительного исполнения, признается в России автоматически без прохождения процедуры исполнения, если только заинтересованное лицо в течение месяца после того, как ему стало известно об иностранном арбитражном решении, не заявит возражения относительно признания этого решения в российский суд.³⁸

При этом следует обратить внимание, что перечень оснований, по которым российский суд вправе отказать в признании иностранного арбитражного решения, такие же, по которым российский суд вправе отказать в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража.³⁹

Вместе с тем Проект изменений в АПК РФ указывает, что ходатайство об отказе в признании, должно содержать указание на некоторые обстоятельства, которые не относятся к основаниям для отказа в признании.⁴⁰

В силу этого предлагается исключить ссылку на необходимость указания данных обстоятельств, поскольку их наличие в любом случае не является основанием для отказа в признании иностранного арбитражного или судебного решения.

Кроме того, представляется необходимым уточнить понятие некоего "заинтересованного лица". Проект (см. ч.11 ст. 245¹ АПК РФ⁴¹) не отождествляет

³⁸ См. ст. 245.¹ АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

³⁹ См. ч.13 ст.245¹ АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "13. Арбитражный суд отказывает в признании иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным законом о международном коммерческом арбитраже для отказа в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации."

⁴⁰ См. ч. 5 ст. 245¹. АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

"В заявлении, предусмотренном частью 4 настоящей статьи, должны быть указаны:

...

5) ходатайство заинтересованного лица об отказе в признании решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения с приведением оснований для отказа в таком признании, а также с обоснованием нарушения указанным решением прав и законных интересов заинтересованного лица в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности в Российской Федерации"

⁴¹ См. ч. 11 ст. 245¹. АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "11. При рассмотрении заявления, предусмотренного частью 4 настоящей статьи, арбитражный суд вправе привлечь к участию в деле лиц, в отношении прав и обязанностей которых вынесено решение иностранного суда или иностранное арбитражное решение, с продлением срока рассмотрения указанного заявления,

"заинтересованное лицо" и "лицо, в отношении прав или обязанностей которого были приняты соответствующие решения". Согласно Закону о МКА⁴² заинтересованным лицом является "сторона, против которой вынесено указанное решение." В силу этого предлагается исключить ссылку на "заинтересованное лицо",

6.10. Обращение в суд по месту нахождения имущества должника

В действующей редакции АПК РФ, а также в Проекте изменений в АПК РФ⁴³ содержатся нормы, согласно которым обращение в суд за заявлением о выдаче исполнительного листа или о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по месту нахождения имущества должника возможно только в случае, когда место жительства или место нахождения должника неизвестны.

Таким образом, данные нормы могут толковаться таким образом, что в случае, когда место жительства или место нахождения должника за пределами России известны, то на имущество в России не может обращаться взыскание.

Более правильным было бы исключить положение о неизвестности адреса должника.

6.11. Косвенные иски

Эффективность третейского разбирательства в Российской Федерации в настоящее время достаточно сильно страдает в связи с возможностью предъявления так называемых косвенных исков, то есть исков, заявленных акционером (участником) общества, о признании недействительной сделки с третьим лицом, охваченной арбитражным соглашением.⁴⁴ На практике часто встречаются случаи злоупотребления данными правами, когда компания, желающая избежать ответственности в третейском суде, через миноритария инициирует разбирательство в государственном суде, требуя признания недействительной сделки по формальным основаниям.

Проект изменений в АПК РФ исходит из того, что данные споры подведомственны государственным арбитражным судам,⁴⁵ а передача их в третейский суд возможна

установленного частью 10 настоящей статьи. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, а равно заинтересованного лица не является препятствием для рассмотрения дела."

⁴² См. п.3 ст. 35 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "3. В случае вынесения за пределами Российской Федерации арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, сторона, **против которой вынесено указанное решение**, имеет право заявить возражения против признания указанного решения в Российской Федерации по основаниям и процедуре, которые установлены процессуальным законодательством Российской Федерации."

⁴³ См. ч. 9 ст. 38 Проекта изменений в АПК РФ, а также ч. 3 ст. 236 Проекта изменений в АПК РФ.

⁴⁴ См. п. 6 ст. 79, п. 1 ст. 84 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах", ст. 45, 46 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью".

⁴⁵ См. п. 3 ч. 1 ст. 225.1. АПК РФ в ред. проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "... 3) споры по искам учредителей, участников, членов юридического лица (далее - участники юридического лица) о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок..."

только в том случае, когда все лица (включая участника, подающего иск) связаны арбитражным соглашением,⁴⁶ что практически не возможно (поскольку такой участник или акционер не является стороной по договору, содержащему арбитражное соглашение).

Таким образом, предоставление участнику (акционеру) общества права на обращение в государственный суд с иском о признании недействительной сделки, содержащей арбитражное соглашение, нарушает интересы добросовестного третьего лица, которое подписало сделку с обществом.

В связи с этим предлагается установить, что участник (акционер) общества вправе предъявить иск о признании недействительной сделки, заключенной обществом, только в случае, если акционер обращался с требованием к обществу о передаче обществом в арбитраж, в соответствии с условиями арбитражного соглашения иска о признании недействительной сделки по основаниям, указанным участником (акционером), и его требование не было удовлетворено. С этой целью необходимо также внести соответствующие изменения в Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ ("Об акционерных обществах" и Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью).

Кроме того, следует также указать, что участник (акционер) общества, заявляющий иск о признании недействительной сделки, заключенной обществом, обладает всеми правами и обязанностями истца, предусмотренными соответствующими процессуальными положениями, включая условия арбитражного соглашения, содержащегося в сделке, в отношении которой предъявляется иск.

Это правило должно также распространяться на прокурора, заявляющего иск в интересах государственного предприятия или учреждения.

7. ПОРЯДОК СОЗДАНИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ И АРБИТРОВ

7.1. Регистрация постоянно действующих арбитражных учреждений

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" предусматривает, что постоянно действующие арбитражные учреждения создаются при некоммерческих организациях и вправе осуществлять свою деятельность при условии получения некоммерческой организацией, при которой они созданы, разрешения на

⁴⁶ См. ч. 3 ст. 225.1 АПК РФ в редакции проекта ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": "Споры, указанные в пунктах ... 3... части 1 настоящей статьи, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда ... *только в случае если юридическое лицо, все его участники, а равно иные лица, которые являются истцом или ответчиком в таких спорах, заключили арбитражное соглашение о передаче указанных споров в третейский суд.* Такой спор может быть передан на рассмотрение третейского суда только в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, утвердившим и опубликовавшим правила разбирательства корпоративных споров в порядке, установленном федеральным законом, с местом арбитража на территории Российской Федерации."

осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения, выдаваемого Правительством РФ.

Понимая, что данное предложение было продиктовано стремлением прекратить практику злоупотребления третейским разбирательством, представляется, что данная мера, с одной стороны, не позволит преодолеть имеющее место злоупотребления, а с другой стороны, может серьезно повредить развитию третейского разбирательства в России в силу следующих причин.

Во-первых, критерии, выдвигаемые проектом для выдачи разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения, достаточно формальные. Для компаний, которые имеют при себе "карманные" третейские суды, будет не сложно создать некоммерческую организацию, и при ней - третейский суд. Точно таким же образом не сложно будет сформировать органы управления такого третейского суда из лиц, формально не являющихся представителями такой компании, но по сути связанных с ней.

Таким образом, поставленная цель - борьба с "карманными" третейскими судами не будет достигнута. Как показывает практика Украины и Латвии, где ранее ввели регистрацию третейских судов, практически все третейские суды, в том числе и карманные, успешно прошли перерегистрацию.

Более того, наличие разрешения Министерства юстиции РФ будет использоваться недобросовестными третейскими судами в качестве аргумента в пользу того, что Министерство юстиции фактически санкционировало их деятельность.

Во-вторых, для легализации полукриминальных и криминальных схем на практике достаточно часто используется арбитраж *ad hoc*. И хотя Проект ограничивает круг споров, передаваемых на разрешение арбитража *ad hoc*, сфера его применения по-прежнему остается достаточно широкой. Таким образом, усиление регулирования институционального арбитража никак не повлияет на возможность злоупотреблений при использовании арбитража *ad hoc*, и основная цель введения регистрации третейских судов не будет достигнута.

В-третьих, наличие разрешительной системы создания постоянно-действующих третейских судов (что означает и возможность ликвидации их) создает почву для недобросовестных сторон, стремящихся избежать ответственности. Такие стороны будут инициировать различного рода проверки арбитражного учреждения и даже ставить вопрос о его ликвидации.

В-четвертых, постоянно действующее арбитражное учреждение имеет очень ограниченное влияние на состав арбитров. Стороны, желающие легализовать с помощью третейского решения, в том числе и вынесенного при арбитраже, администрируемом постоянно действующим арбитражным учреждением, могут избрать такой состав арбитров, который вынесет любое решение. При этом арбитражное учреждение не имеет права влиять на процесс вынесения решения такими арбитрами и на существо вынесенного решения. Однако сам факт вынесения такого решения может использоваться в качестве аргумента для ликвидации такого арбитражного учреждения.

В-пятых, требование о создании постоянно действующего арбитражного учреждения влечет за собой расходы, связанные с его регистрацией, ведением учета и отчетности, соблюдением иных предлагаемых правил. Таким образом, это фактически закрывает возможность для создания третейских судов небольшими и региональными предпринимательскими объединениями.

Вместе с тем практика стран с устоявшимися традициями третейского разбирательства показывает, что судебного контроля вполне достаточно для преодоления злоупотреблений в сфере третейского разбирательства. В случае отсутствия независимости состава арбитража при вынесении решения суд не должен выдавать исполнительный лист либо должен отменить вынесенное арбитражное решение.

При этом при разрешении вопроса о наличии или отсутствии независимости арбитров при вынесении решения суды должны принимать во внимание все обстоятельства, имеющие значение, включая вопрос о том, является ли арбитражное учреждение, администрировавшее разбирательство, зависимым от одной из сторон спора. При этом прежде всего должны приниматься во внимание такие обстоятельства, как: наличие списка арбитров, сформированных только лишь одной стороной; назначение единоличного арбитра или председателя состава арбитража; финансирование работы арбитражного учреждения одной из сторон и прочее. В этой связи суды должны обращать внимание и на рекомендации международных и российских организаций, устанавливающих критерии независимости арбитров.

В силу этого, иных предлагаемых мер по улучшению судебного контроля, взаимодействия с судами, в том числе и касающихся администрирования споров "карманными" судами,⁴⁷ будет достаточно, чтобы преодолеть негативные явления в данной сфере, и введение разрешительной системы создания третейских судов представляется излишней и неоправданной.

Кроме того, критерии для принятия решения о выдаче некоммерческой организации разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения дают широкий простор для усмотрения. В частности, такое решение принимается "по результатам анализа выполнения ... требований," большая часть которых сформулирована достаточно расплывчато и содержит оценочные суждения.⁴⁸

⁴⁷ Статья 41 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ": " *Недопустимость конфликта интересов при осуществлении деятельности созданного в Российской Федерации постоянно действующего арбитражного учреждения.*

Не допускается конфликт интересов при осуществлении деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения. В целях предотвращения конфликта интересов постоянно действующие арбитражные учреждения обязаны принять и опубликовать правила о конфликте интересов при осуществлении деятельности соответствующего постоянно действующего арбитражного учреждения.

⁴⁸ См. пп.4)-6) ч. 5 ст.44 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ":

4) *деятельность постоянно действующего арбитражного учреждения будет способствовать более широкому применению в Российской Федерации арбитража, укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики делового оборота;*

5) *наличие у арбитров, давших согласие на включение в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, высокого профессионального авторитета в юридическом сообществе;*

6) *наличие репутации у некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, масштаба и (или) характера деятельности некоммерческой организации с учетом состава ее учредителей (участников), позволяющих обеспечить высокий уровень организации*

Решение о том, выполняется ли в конкретном случае требование, чтобы деятельность заявителя "способствовала укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики делового оборота", чтобы арбитры в списке арбитражного учреждения обладали "высоким профессиональным авторитетом в юридическом сообществе", и чтобы у заявителя наличествовали необходимая "репутация, масштаб и (или) характер деятельности, обеспечивающий высокий уровень организации деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения" целиком и полностью зависит от оценки принимающим решение органом соответствующих критериев, а не объективных показателей, и дает возможность отказывать организациям в выдаче разрешений по субъективным основаниям.

Поэтому предлагается исключить подобные требования из оснований для принятия решения о выдаче разрешений.

7.2. Требования к арбитрам

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ " устанавливает ряд требований к единоличному арбитру или председателю состава арбитража, в частности:

- i. наличие высшего юридического образования, в том числе и иностранного, признаваемого в России;
- ii. достижение 25 лет;
- iii. полная дееспособность;
- iv. отсутствие судимости.

Не до конца понятна цель, которая должна быть достигнута путем введения данных критериев, поскольку на практике арбитры (в том числе и в случаях злоупотребления третейским разбирательством), соответствовали данным критериям.

С другой стороны, введение подобных ограничений может негативно сказаться на развитии специализированного третейского разбирательства, когда в роли арбитра (и достаточно часто единоличного) выступают узкие специалисты в данной отрасли, не имеющие юридического образования. Это особенно развито в области строительства,⁴⁹ биржевой торговли, страховых споров и прочее.

Следует заметить, что законодательством ни одной из стран с устоявшимися традициями арбитража не предусматривается каких-либо особых требований к порядку создания и деятельности третейских институтов (постоянно действующих третейских судов) и требований к третейским судьям, их квалификации. Сам факт установления данных требований, в том числе и в отношении иностранных арбитров,

деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения, в том числе в части финансового обеспечения его создания и деятельности соответствующего учреждения."

⁴⁹ Например, 63% арбитров в Списке Американской Арбитражной Ассоциации по строительным спорам - юристы, специализирующиеся на строительстве, 37% - архитекторы, инженеры, строители, девелоперы и страховщики.

создаст почву для оспаривания решений в связи с тем, что арбитры якобы не имели соответствующей квалификации.

В силу этого следует исключить из проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" требования к квалификации арбитров.

7.3. Списки арбитров

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" устанавливает ряд требований относительно списка арбитров. В частности, постоянно действующее арбитражное учреждение должно⁵⁰:

- i. иметь и публиковать рекомендательные списки арбитров;
- ii. список должен состоять не менее, чем из 30 арбитров;
- iii. в случае администрирования международного арбитража список арбитров должен иметь не менее одной трети иностранных арбитров;
- iv. арбитры, включенные в список, должны предоставить письменное согласие на включение в данный список.

Вместе с тем, не до конца понятно, какую функцию должен выполнять рекомендательный список арбитров, поскольку согласно Проекту запрещено обуславливать назначение арбитров их принадлежностью к списку рекомендованных арбитров, если иное не предусмотрено законом (а законом иное не предусмотрено).

Следует заметить, что постоянно действующим третейским учреждениям, в том числе и недобросовестным, будет несложно сформировать такой список (в том числе и иностранных арбитров за счет граждан, например, стран СНГ). Не исключено также и появление "свадебных генералов", титулованных юристов, имена которых будут включаться в списки многочисленных третейских судов, поэтому данная мера вряд ли приведет к улучшению качества третейского разбирательства.

Практика ведущих арбитражных институтов мира показывает, что ни один из них не имеет подобного списка в силу целого ряда причин:

Во-первых, задачей постоянно-действующего арбитражного института является содействие сторонам в формировании состава арбитража, который наилучшим образом подходит для разрешения конкретного дела. Невозможно сформировать список арбитров, который бы включал все возможные характеристики будущих споров.

Во-вторых, включение арбитров в рекомендательный список несет значительные репутационные риски для арбитражных институций. Действительно, арбитражная институция не имеет никакого контроля над деятельностью арбитров, и в случае совершения таким арбитром негативных поступков, известных арбитражному сообществу, это отражается также и на репутации институции. В то же время исключить такого арбитра из рекомендательного списка непросто, поскольку не существует какой-либо процедуры либо органа, который бы оценивал этичность поступков арбитра.

⁵⁰ См. ст. 47 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

Рекомендательные списки арбитров присущи в основном арбитражным институтам пост-социалистического пространства и практически всегда ограничивают возможности сторон по выбору арбитров (либо арбитр должен быть назначен только лишь из списка арбитров, либо арбитражное учреждение при назначении арбитра обязано назначить его из списка).

В силу этого предлагается указать в Проекте Закона то, что постоянно действующие арбитражные учреждения *могут* иметь рекомендательные списки арбитров, однако в этом случае запрещается обуславливать назначение арбитра нахождением в этом списке.

Тем не менее, в законе следует сделать специальное исключение для специализированных арбитражей (страховых, спортивных, финансовых, биржевых, морских и прочее). Специализированные арбитражи как раз и могут иметь закрытый список арбитров, поскольку назначение стороной арбитра, который не имеет достаточной квалификации, может очень сильно осложнить и затянуть процесс разбирательства.

Однако в случае наличия закрытого списка арбитров арбитражное учреждение должно публиковать правила включения в данный список с тем, чтобы любой заинтересованный специалист в данной сфере смог обратиться за включением в этот список.

7.4. Комитет по назначениям

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ " вводит обязательность назначения арбитров в арбитражных учреждениях комитетом на назначениям арбитров ("КНА") или иным коллегиальным органом.⁵¹ При этом в обоих случаях должны выполняться следующие требования:

- i. КНА должен состоять из не менее пяти человек;
- ii. КНА избирается лицами, включенными в рекомендательный список арбитров;
- iii. Не менее одной трети КНА должны составлять физические лица, обладающие высшим юридическим образованием;
- iv. Лица, состоящие в рекомендательном списке арбитров, должны формировать не менее чем две трети КНА. Правилами постоянно действующего арбитражного учреждения может быть предусмотрен иной порядок формирования одной трети состава комитета по назначениям.;
- v. В КНА должна осуществляться обязательная ротация с тем, чтобы в течение трех лет менялось не менее одной трети состава КНА и одно и то же лицо не могло входить в состав КНА по назначениям в течение трех лет после его смены.

⁵¹ Статья 47 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

- vi. Полномочия членов КНА не могут быть прекращены досрочно, кроме как по собственному желанию или в случае фактической или юридической невозможности продолжения выполнения лицом функций члена КНА.

Действительно, назначение арбитров коллегиальным органом снижает коррупционный риск в третейском разбирательстве. Однако при этом следует иметь в виду следующее:

Во-первых, третейское разбирательство основано на соглашении сторон. Стороны определяют свое желание передать спор на разрешение третейского суда, в том числе и администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением. Вопрос о том, каким образом то или иное учреждение назначает арбитров, по сути является внутренним делом арбитражного учреждения. В случае, если стороны считают, что процедура назначения арбитра конкретным учреждением не обеспечивает возможности назначения независимого и квалифицированного арбитра, они вольны отклонить указание на такое учреждение в качестве администрирующего органа и выбрать иной, который представляет больше гарантий сторонам.

Установление в законе требований о коллективном назначении арбитров является чрезмерным администрированием со стороны государства внутренних вопросов третейского разбирательства, а потому должно быть исключено.

Во-вторых, предложенная схема формирования КНА имеет существенные недостатки.

Как указывалось выше, требование об обязательности рекомендательных списков арбитров не соответствует практике стран с устоявшимися традициями третейского разбирательства и ведущих арбитражных институтов мира. При отсутствии рекомендательного списка арбитров КНА будет формироваться самим арбитражным учреждением, таким образом, учредители арбитражного учреждения все равно будут прямо или косвенно контролировать формирование КНА.

Даже при сохранении рекомендательного списка арбитров данный список будет опять-таки формировать само арбитражное учреждение, и, таким образом, косвенный контроль со стороны учредителей все равно останется.

В-третьих, применительно к большинству арбитражных учреждений практически невозможно будет собрать арбитров из рекомендательного списка для проведения общего собрания, и, следовательно, обеспечить кворум для выбора КНА.

При этом следует иметь в виду, что несоблюдение требований закона может быть основанием для ликвидации арбитражного учреждения. *И, наконец*, данные требования будут невозможно выполнить небольшим региональным предпринимательским объединениям, в силу чего арбитражные учреждения смогут сохраниться только в больших городах, что также не будет способствовать популярности данной формы разрешения споров.

Таким образом, предлагается исключить из проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве в РФ)" положения, касающиеся КНА. Данные нормы могут быть добровольно включены арбитражными учреждениями в их регламенты, однако не должны быть установлены в законе.

7.5. Хранение материалов дела

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ " устанавливает требования о хранении материалов дела в течение 5 лет с даты прекращения третейского разбирательства.

В связи с тем, что срок для оспаривания решения третейского суда установлен в 3 месяца, установление 5-летнего срока для хранения документов является явно чрезмерным.

Кроме того, в связи с ограниченными процессуальными основаниями для отмены решения третейского суда, связанными в основном с уведомлением стороны и формированием состава арбитража (пересмотр решения третейского суда по существу не допускается, в том числе в связи с переоценкой доказательств), нет никакой необходимости в обязательном хранении всех материалов дела.

В связи с этим предлагается сократить срок хранения документов до 3 лет и ограничить их только документами, связанными с уведомлением сторон об арбитраже, формированием состава арбитража, оплатой и распределением арбитражного сбора, а также вынесенным арбитражным решением или постановлением о прекращении арбитражного разбирательства.

7.6. Ответственность постоянно действующих арбитражных учреждений и арбитров

Безусловно положительным для развития третейского разбирательства является включение в проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ " нормы о том, что неисполнение или ненадлежащее исполнение арбитром функций не влечет гражданско-правовой ответственности перед сторонами арбитражного разбирательства, за исключением возмещения ущерба в рамках гражданского иска по уголовному делу, по которому арбитр признан виновным в совершении преступления.

Кроме того, предлагается расширить субъектный состав преступлений по статьям 290, 291, 291.1, и 304, включив них арбитров.⁵²

Статья 290 УК РФ предусматривает ответственность за получение должностным лицом лично или через посредника взятки в виде денег, ценных бумаг, иного имущества либо в виде незаконного оказания ему услуг имущественного характера, предоставления иных имущественных прав за совершение действий (бездействие) в пользу взяткодателя или представляемых им лиц, если такие действия (бездействие) входят в служебные полномочия должностного лица либо если оно в силу должностного положения может способствовать таким действиям (бездействию), а равно за общее покровительство или попустительство по службе.

Представляется, что предложенная редакция слишком «широка» и не подходит для целей регулирования вопросов ответственности в рамках третейского разбирательства.

⁵² Проект примечания к ст. 285 УК РФ предлагается дополнить следующим абзацем: «б. Для целей применения статей 290, 291, 291.1, и 304 настоящего Кодекса должностным лицом считается арбитр (третейский судья), рассматривающий спор в соответствии с законодательством Российской Федерации о третейских судах и международном коммерческом арбитраже».

Кроме того, предлагается прямо предусмотреть, что ст. 303 УК РФ (фальсификация доказательств по гражданскому делу лицом, участвующим в деле, или его представителем) применяется и при рассмотрении дела третейским судом.

7.7. Страхование

Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" указывает на то, что допускается добровольное страхование ответственности постоянно действующего арбитражного учреждения перед сторонами.⁵³

Вместе с тем, как показывает практика, страховые компании очень неохотно страхуют риски арбитражных институций и арбитров.

В связи с этим предлагается дополнить данную норму путем указания на возможность взаимного страхования, а также расширить перечень страхователей арбитрами⁵⁴.

⁵³ См. пункт 9 статьи 47 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

⁵⁴ Предлагаемая РАА дополнения в ст. 45 и 46 Проекта Закона о Третейских судах:

"Статья 45. Ответственность постоянно действующего арбитражного учреждения

2. Исполнение постоянно действующим арбитражным учреждением своих функций по администрированию арбитража или связанных с его проведением обязанностей, предусмотренных правилами постоянно действующего арбитражного учреждения, может обеспечиваться страхованием гражданско-правовой ответственности постоянно действующего арбитражного учреждения перед сторонами арбитражного разбирательства путем участия постоянно действующего арбитражного учреждения в обществе взаимного страхования, имеющем соответствующую лицензию на осуществление взаимного страхования и созданном исключительно для осуществления указанного вида деятельности.

3. Условия страхования определяются правилами страхования, принятыми и утвержденными страховщиком.

4. Страхование гражданской ответственности постоянно действующего арбитражного учреждения за неисполнение или ненадлежащее исполнение им обязательств по администрированию арбитража или связанных с его проведением обязанностей, предусмотренных правилами постоянно действующего арбитражного учреждения, осуществляется в пользу выгодоприобретателей.

5. Выгодоприобретателями по договору страхования являются стороны арбитражного разбирательства. Допускается замена выгодоприобретателя, указанного в договоре страхования, другим лицом в случае уступки права требования по договору с уведомлением об этом страховщика в письменной форме.

6. Объектом страхования являются имущественные интересы постоянно действующего арбитражного учреждения, связанные с его ответственностью перед сторонами арбитражного разбирательства в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением им обязательств по администрированию арбитража или связанных с его проведением обязанностей.

7. Страховым случаем является неисполнение или ненадлежащее исполнение постоянно действующим арбитражным учреждением своих функций по администрированию арбитража или связанных с его проведением обязанностей.

8. Особенности создания и порядок деятельности общества взаимного страхования, предусмотренного настоящей статьей, устанавливаются Федеральным законом от 29 ноября 2007 года N 286-ФЗ "О взаимном страховании".

Статья 46. Ответственность арбитра

7.8. Сфера применения Закона о МКА

Согласно действующей редакции Закона РФ от 07.07.1993 N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" (далее "Закон о МКА"), следующие виды споров могут по соглашению сторон передаваться в международный коммерческий арбитраж:⁵⁵

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также
- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Таким образом, сфера действия Закона о МКА распространяется не только на споры с иностранными субъектами права, но включает в себя споры между российскими юридическими лицами, если одно из них является предприятием с долей иностранных инвестиций, к примеру, учрежденным в России совместным предприятием с иностранным участием или российским дочерним обществом иностранного юридического лица.

В предлагаемой в законопроекте редакции Закона о МКА положения о сфере применения международного арбитража выглядят следующим образом:⁵⁶

3. В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры сторон гражданско-правовых отношений,

2. Риск ответственности арбитра в рамках гражданского иска по уголовному делу может быть застрахован посредством участия арбитра в обществе взаимного страхования, имеющем соответствующую лицензию на осуществление взаимного страхования и созданном исключительно для осуществления указанного вида деятельности.

3. Условия страхования определяются правилами страхования, принятыми и утвержденными страховщиком.

4. Страхование гражданской ответственности арбитра осуществляется в пользу выгодоприобретателей.

5. Выгодоприобретателями по договору страхования являются стороны арбитражного разбирательства. Допускается замена выгодоприобретателя, указанного в договоре страхования, другим лицом в случае уступки права требования по договору с уведомлением об этом страховщика в письменной форме.

6. Объектом страхования являются имущественные интересы арбитра, связанные с его ответственностью перед сторонами арбитражного разбирательства в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением им своих обязанностей.

7. Страховым случаем является неисполнение или ненадлежащее исполнение арбитром своих функций.

8. Особенности создания и порядок деятельности общества взаимного страхования, предусмотренного настоящей статьей, устанавливаются Федеральным законом от 29 ноября 2007 года N 286-ФЗ "О взаимном страховании".

⁵⁵ п. 2 ст. 1 Закона о МКА.

⁵⁶ пп.3 и 5 ст.1 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей Российской Федерации, либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находятся за границей Российской Федерации, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации.

...

5. В случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации и федеральным законом, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться не охватываемые настоящей статьей споры с участием иностранного инвестора в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации.

То есть, в соответствии с законопроектом в сфере действия международного арбитража остаются споры, возникающие только при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей. При этом в качестве критерия отнесения споров к международным относятся случаи, когда за пределами РФ находится:

- а) коммерческое предприятие одной из сторон;
- б) место исполнения значительной части обязательств;
- в) место, с которым наиболее тесно связан предмет спора.

Кроме того, появляется категория споров в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории РФ, то есть инвестиционных споров.

Таким образом, предлагаемые изменения в Закон о МКА сужают сферу применения международного коммерческого арбитража. В силу этого предприятия с иностранными инвестициями, зарегистрированные в РФ, не смогут передавать на разрешение международного арбитража (в том числе и арбитража за пределами РФ) их споры между собой, а также с иными российскими субъектами, как это допускается сейчас.

В связи с этим мы предлагаем добавить в ст. 1 Закона о МКА положение о том, что в международный арбитраж могут также передаваться "споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации".

В качестве альтернативы, предлагаем оставить положения о сфере применения Закона о МКА в действующей редакции.

7.9. Регулирование деятельности иностранных арбитражных учреждений

Проект изменений в Закон о МКА распространяет действие правил относительно регулирования деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений также на иностранные арбитражные институты в случае, когда местом арбитража является

Российская Федерация.⁵⁷ Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" также содержит норму о том, что для целей данного закона иностранные постоянно действующие учреждения рассматриваются в качестве таковых только при условии получения разрешения.⁵⁸

Таким образом, иностранное арбитражное учреждение, администрирующее разбирательство в России, должно:

- i. Получить разрешение Правительства РФ. При этом такое разрешение выдается только иностранным арбитражным учреждениям, "обладающим широко признанной международной репутацией",⁵⁹
- ii. Уведомить уполномоченный федеральный орган исполнительной власти в письменной форме об опубликовании депонированных правил арбитража и о завершении формирования ее органов,⁶⁰
- iii. Хранить материалы дела в течение 5 лет.⁶¹

Кроме того, иностранное арбитражное учреждение, в случае администрирования российских корпоративных споров, обязано опубликовать в особом порядке, утвержденном Правительством РФ, специальный регламент для разрешения корпоративных споров.

Следует заметить, что ни один из ведущих иностранных институтов не имеет специального регламента для разрешения корпоративных споров (за исключением DIS - Немецкой институции по арбитражному делу). Крайне маловероятно, что данные институты будут разрабатывать специальный регламент для того, чтобы соответствовать требованиям российского законодательства.

⁵⁷ См. ч. 2 ст. 1 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"Не урегулированные настоящим Законом вопросы, связанные с созданием и деятельностью на территории Российской Федерации постоянно действующих арбитражных учреждений, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в юридически значимые реестры в Российской Федерации на основании решений третейских судов (арбитражных решений), соотношением медиации и арбитража, а также с требованиями к арбитрам (третейским судьям) и ответственностью арбитров и постоянно действующих арбитражных учреждений в рамках международного коммерческого арбитража в случаях, когда место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».*

⁵⁸ См. п. 3 ст. 44 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ": *Иностранные арбитражные учреждения признаются постоянно действующими арбитражными учреждениями для целей настоящего Федерального закона при условии получения ими разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения в соответствии с настоящим Федеральным законом. .*

⁵⁹ См. п. 7 ст. 44 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

⁶⁰ См. п.8 ст. 44 проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

⁶¹ См. ст. 39 проекта ФЗ Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

Вместе с тем введение жестких элементов административного регулирования не повысит доверия у иностранных инвесторов к российским постоянно-действующим институтам, а, наоборот, внесет достаточно серьезный элемент непредсказуемости.

В результате этого корпоративные сделки будут структурировать за пределами Российской Федерации, с отнесением всех корпоративных споров к юрисдикции иностранных арбитражных институтов с местом арбитража за пределами Российской Федерации.

В результате этого предлагаемые меры, направленные на возвращение российских споров в Россию, дадут прямо противоположный эффект.

В силу этого предлагается исключить из Проекта какие-либо требования к иностранным постоянно действующим арбитражным институтам, администрирующим разбирательство в Российской Федерации.

В качестве альтернативы следует законодательно либо на уровне подзаконного акта сделать исключение для наиболее известных арбитражных институций, которые рассматривают споры с участием российских сторон: Международный арбитражный суд Международной торговой палаты (г. Париж); Лондонский Международный Арбитражный Суд; Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма; Венский Центр; Немецкая институция по арбитражному делу; Арбитражный институт Торговых палат Швейцарии, AAA-ICDR, Сингапурский международный арбитражный центр, Региональный арбитражный центр в Куала-Лумпуре, Японская коммерческая арбитражная ассоциация.

7.10. Правопреемство постоянно действующих арбитражных учреждений

В связи с планируемой регистрацией третейских судов, проект ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «О арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»⁶² и Проект ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ"⁶³ предусматривают переходные положения относительно рассмотрения споров по ранее заключенным арбитражным соглашениям, которые отсылали к третейским судам, которые не существовали в качестве самостоятельных юридических лиц, однако которые, если Проект будет принят, должны будут быть зарегистрированы в качестве таковых.⁶⁴

⁶² См. п. 22 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ».

⁶³ См. ст. 47 Проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

⁶⁴ См. п. 22 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»:

"22. Арбитражные соглашения о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже, заключенные как до даты вступления настоящего Федерального закона в силу, так и после этой даты, содержащие оговорку об администрировании арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), созданным до даты вступления в силу настоящего Закона, в качестве учреждения-правопреемника которого (независимо от наличия между ними правопреемства в значении, предусмотренном Гражданским кодексом Российской Федерации) создано постоянно действующее арбитражное учреждение, соответствующее требованиям статьи 44 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», считаются исполнимыми и рассматриваются как арбитражные соглашения о рассмотрении спора в таком постоянно действующем арбитражном учреждении правопреемнике (при администрировании с его

Предложенная формулировка создает опасность появления "клонов" известных иностранных арбитражных институтов, которые в силу указания в законе будут считать себя правомочными на разрешение споров по ранее заключенным арбитражным соглашениям, отсылающим к таким институтам (тем более, что формального запрета на использование наименования, например, Международный арбитражный суд Международной торговой палаты в Проекте нет).

Не ясна также ссылка на получение согласия всех учредителей (участников) ранее созданного третейского суда на использование его наименования. По сути это означает, что в случае третейского суда при Российском Союзе Промышленников и Предпринимателей согласие нужно получить от всех членов РСПП, что практически не осуществимо.

В силу этого данные формулировки требуют серьезных уточнений.

8. ВОПРОСЫ ПРОЦЕДУРЫ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

8.1. Назначение арбитра в случае прекращения его полномочий

Проект ФЗ "Об арбитраж (третейском разбирательстве) в РФ " предусматривает, что в случае прекращения полномочий арбитра другой арбитр назначается в соответствии с правилами, которые были применимы к назначению заменяемого арбитра⁶⁵.

Практика показывает, что недобросовестная сторона с целью затягивания процесса может неоднократно назначать арбитра, который будет под теми или иными предложениями уклоняться от выполнения своих функций. Для избежания этого большинство ведущих арбитражных институтов в случае прекращения полномочий арбитра оставляют за собой право осуществить назначение такого арбитра за сторону.

В связи с этим предлагается дополнить данную норму словами: "если иное не предусмотрено соглашением сторон, в том числе и путем отсылки к применимому регламенту".

8.2. Вопросы уведомления стороны третейского разбирательства

Достаточно часто в судебной практике встречаются случаи, когда суды отменяют арбитражное решение в связи с тем, что сторона по арбитражному разбирательству не была уведомлена в соответствии с процедурой, которая применяется в государственных судах для уведомления сторон, несмотря на то, что применимый регламент указывает на иную процедуру уведомления.

Хотя существующая в проекте закона формулировка указывает на возможность установления иной процедуры соглашением сторон⁶⁶, для исключения противоречивого толкования предлагается дополнить данную норму словами "в том числе посредством отсылки к применимому регламенту"..

стороны) в соответствии с наиболее применимыми правилами такого учреждения-правопреемника с учетом настоящей статьи."

⁶⁵ См. ст. 15 Проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

⁶⁶ См. ст. 3 Проекта ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ ".

8.3. Многосторонний арбитраж

В последнее время наблюдается тенденция внесения изменений в национальные законы об арбитраже и регламенты с тем, чтобы вопрос многостороннего арбитража получил соответствующее регулирование (например, Гонконг, Бельгия). В Англии вопрос объединения урегулирован s.35 Arbitration Act (1996).

Отечественное законодательство, по нашему мнению, также должно иметь подобные механизмы. Поэтому предлагаем включить следующее положение либо в качестве части 13 статьи 7 ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ", либо самостоятельной статьей (30.1.) – Объединение нескольких арбитражей (третейских разбирательств), включив в п.2 ст. 1 Закона МКА указание на то, что эти положения распространяются также на международный арбитраж с местом разбирательства в РФ.

По соглашению сторон, до вынесения окончательного арбитражного решения (статья 34), стороны могут передать на рассмотрение одного третейского суда, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, несколько споров, возникших из взаимосвязанных правоотношений, независимо от того, носили такие правоотношения договорный характер или нет. Настоящее правило применимо в отношении арбитража, начатого в одном и (или) нескольких третейских судах, а также в отношении международного коммерческого арбитража. В соглашении стороны должны (определить) выбрать третейский суд, которому надлежит разрешить единый (объединенный) спор.

9. ВОПРОСЫ ТЕРМИНОЛОГИИ

В настоящее время не существует последовательности в использовании термина "третейский суд", под которым понимается как состав арбитров, который выносит решение по третейскому разбирательству, так и организация, занимающаяся администрированием третейского разбирательства.

Обращает на себя также внимание отсутствие четкого разделения между терминами «третейский суд», «международный коммерческий арбитраж», «арбитраж». Это особенно заметно в поправках, предлагаемых к АПК РФ. Основная часть поправок оперирует термином «третейский суд», но часть измененных статей все-таки сохраняет упоминание о «международном коммерческом арбитраже».

Непоследовательность в использовании указанных терминов может вызвать сложности в применении соответствующих законодательных положений.

Связи с этим предлагается привести и установить однообразное применение терминов, используемых в разных актах, регулирующих вопросы третейского разбирательства.

Председатель Правления РАА

Хвалей В.В.

