

Некоммерческое партнерство «Национальная третейская палата»

630112, г. Новосибирск, ул. Красина, 54 офис 305

Тел./факс (383) 363 04 55 E-mail: predsedatel@arbitrage.ru www.palata.arbitrage.ru

Отзыв на проект Федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», подготовленный Министерством Юстиции

Данный проект закона, как указано в его преамбуле, опирается на международные нормы. Текст проекта изобилует конструкциями и терминологией, чуждыми российскому праву и отечественной правовой доктрине. Вследствие этого сама концепция проекта нуждается в его кардинальной переработке на уровне принятия новых концептуальных подходов к регулированию третейского разбирательства. Эти подходы должны быть гармонизированы с международными нормами, но и опираться на существующие правовые подходы и природу третейского разбирательства.

Статья 1 п. 5 Компетенция третейского суда

Критерии компетенции третейского суда должны быть предельно понятны и не использовать терминов, вызывающих двойное толкование или использующихся только в доктринальных рамках (частноправовых отношений и распоряжении процессуальными правами). Необходимо конкретно указать области, где допускается третейское разбирательство, и какие есть исключения. Указание на частное право в совокупности с термином «распоряжение правами» изначально вызовет правовую неопределенность относительно пределов компетенции третейского суда. Кроме того, было бы целесообразно перенести положения пунктов 6-8 статьи 7 проекта, поскольку они также определяют именно вопросы компетенции арбитража. Указанные положения можно изложить, начиная словами «Компетенция третейского суда распространяется на споры...», убрав ссылки на арбитражное соглашение. В статье 7 тогда останутся лишь вопросы, касающиеся формы и способов заключения арбитражного соглашения.

Предложение по редакции: «В арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из гражданско-правовых, а также иные имущественные споры, вытекающие из трудовых, семейных или жилищных правоотношений, не затрагивающие прав третьих лиц. Государственные и муниципальные органы, организации с государственной долей могут передавать споры в арбитраж, если выступают в качестве стороны гражданско-правовой сделки. Ограничения на передачу спора в арбитраж должны быть прямо установлены федеральным законом».

Статья 6 Об органах содействия и контроля

В отношении органов содействия арбитражному разбирательству следует исходить из того, что их введение не должно быть излишне обременительным и не вредить эффективности третейского разбирательства. В связи с изложенным, следует отказаться от всех указанных в статье 6 функций содействия. Указанную статью следует исключить из проекта, как и упоминание указанных функций по тексту проекта. Функции содействия, как и ранее, должны выполнять органы, предусмотренные правилами арбитража и соглашением сторон. Указанные органы содействия (компетентный суд) призваны решать вопросы назначения арбитров (ст. 11), отвода (ст. 13) и прекращения полномочий (ст. 14). Такой подход не адаптирован к российским условиям функционирования судебной системы и возможен лишь при условии существенного изменения процессуального законодательства путем сокращения срока рассмотрения таких заявлений до 1-2 дней. Предлагаемый проектом 30-дневный срок явно выглядит анахронизмом и тормозом в судопроизводстве, а не содействием, особенно при назначении арбитра. Загруженность судебной системы приведет к увеличению сроков рассмотрения дел третейским судом и будет поощрять злоупотребления сторон для затягивания сроков рассмотрения спора.

Статья 7 п. 8 О договорах присоединения

Редакция нормы не корректна, поскольку арбитражное соглашение не может быть договором присоединения, а, тем более, в соответствии с нормами ГК РФ, который регулирует только имущественные отношения, но не процессуальные. Даже если воспринимать указанную норму как отсылочную, то возникает проблема, как применить основания для расторжения договора, указанные в ст. 428 ГК РФ к третейскому соглашению. Не ясно также выражение *«может быть признано»*. Подразумевается судебный порядок, хотя, исходя из принципа компетенции-компетенции (сам арбитраж устанавливает свою компетенцию), это прерогатива состава арбитража. Основания и последствия для удовлетворения такого иска в норме не указаны. Не будет применяться указанная норма и к отношениям предпринимателей, что следует из п. 3 ст. 428 ГК РФ. Таким образом, следует скорректировать редакцию статьи таким образом, чтобы воспрепятствовать игнорированию воли стороны, которая не может быть учтена в некоторых случаях.

Предложение по редакции: «Арбитражное соглашение по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), в государственном или муниципальном контракте, договорах поставки товаров или выполнения работ для государственных или муниципальных нужд, в договорах, в которых одна из сторон является монополистом или занимает доминирующее положение на рынке, с участием граждан потребителей, договорах заключаемых на торгах, может быть расторгнуто другой стороной в одностороннем порядке в течение месяца со дня его заключения, путем направления письменного заявления о расторжении третейского соглашения».

Статья 8 п. 1 предусматривает, что суд *«направляет»* стороны в арбитраж. Между тем, такое действие не предусмотрено процессуальными кодексами. Поэтому следовало бы указать, что суд оставляет такое требование без рассмотрения.

Статья 10 Число арбитров

Количество арбитров в составе суда регулируется проектом исключительно императивным путем, хотя указанный вопрос всегда относился к усмотрению сторон, в том числе он мог определяться и нормами регламентов третейских судов. Следует восстановить указание на регулирование числа арбитров правилами третейского разбирательства. Кроме того, следует добавить указание на то, что число арбитров должно быть нечетным. Отсутствие такого указания требует дополнительного регулирования в вопросах принятия решения составом арбитров.

Статья 11 Назначение арбитров

Предусматривает порядок назначения арбитров и содействие государственного суда в назначении арбитров, если это не будет предусмотрено соглашением сторон. Из текста проекта исключено упоминание того, что правила арбитража признаются частью арбитражного соглашения, поэтому регулирование формирования состава арбитража возможно только прямым соглашением сторон. Хотя необходимости регулировать формирование состава именно прямым соглашением нет. Третейские соглашения внутреннего арбитража никогда не содержали таких положений, и этот вопрос регулировался регламентами. Введение этого подхода приведет к увеличению нагрузки на судебные органы, поскольку пробелы в регулировании процедуры формирования состава арбитража станут массовыми.

Необходимо добавить в текст нормы ссылку, что процедура назначения арбитров может быть установлена правилами арбитража.

Статья 17 Полномочие третейского суда распорядиться о принятии обеспечительных мер

Статья устанавливает, что принятые меры являются для сторон обязательными, но не приводятся в исполнение. Указанная мера лишает эффективной защиты обязательность этих мер. При этом такая конструкция идет в прямое противоречие с упомянутыми в преамбуле Правилами Юнситрал в редакции 2006 года. Предлагается исключить фразу «но не подлежат признанию и принудительному исполнению судами в Российской Федерации».

Статья 19 О правилах процедуры

Необходимо закрепление в качестве общей нормы, что в арбитражном учреждении правила процедуры определяются регламентом данного суда.

Предложение по редакции: п. 1 ст. 19 дополнить словами: «Процедура ведения разбирательства в арбитраже, который администрируется постоянно действующим арбитражным учреждением, устанавливается в соответствии с правилами арбитража, считающимися частью арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение может

устанавливать иные правила процедуры, чем предусмотренные правилами арбитража, за исключением случаев, когда они делают ведение арбитража невозможным».

Статья 20 Место арбитража

Следует добавить, что место арбитража должно находиться на территории России, поскольку закон касается внутреннего арбитража.

Статья 21 Начало арбитражного разбирательства

Нормой установлено, что «арбитражное разбирательство в отношении конкретного спора начинается в день, когда *просьба* о передаче этого спора в арбитраж *получена ответчиком*». Указанная конструкция чужда российскому праву и внутреннему арбитражу. Кроме того, закон не регулирует понятия «просьбы об арбитраже», его значения и правовых последствий. Не регулирует закон и последствия реакции ответчика на просьбу об арбитраже, ни последствий неполучения такой просьбы. С учетом изложенного, следует отказаться от указанной правовой конструкции и вернуться к положению, когда начало разбирательства связывается с принятием иска.

Статья 24 Слушание и разбирательство по документам

Указанная статья использует терминологию, чуждую российскому праву или употребляет ее в значении, существенно отличающимся от используемого в России. Это следствие неверного перевода иностранных правовых документов без их адаптации к российской правовой системе. Это относится к таким терминам в пункте 1 как «суд принимает решение», хотя речь не идет о решении по существу, «устное слушание дела для представления доказательств или для устных прений». Устное слушание проводится не только для этих целей, но и для истребования, исследования доказательств, правовых позиций сторон и т.д. Указание на «устные прения» не вполне уместно, поскольку в российском процессуальном праве традиционно прения сторон - лишь стадия гражданского процесса, наступающая после завершения исследования доказательств.

Пункт 2 указанной статьи предусматривает «Сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании третейского суда, проводимом в *целях осмотра товаров, другого имущества или документов.*» Указанная норма фактически освобождает суд от обязанности уведомления сторон, поскольку устанавливает случаи, которые не характерны для третейского разбирательства: осмотр товаров, имущества и документов. Термин в отношении документов «осматриваются», не удачен, поскольку документы исследуются.

Статья 25 Непредставление документов или неявка стороны

Пункт 1 ст. 25 предусматривает, что если «*истец не представляет свое исковое заявление, как это требуется в соответствии с пунктом 1 статьи 23* настоящего Федерального закона, - третейский суд прекращает разбирательство». Однако, прекращение третейского разбирательства невозможно по причине того, что спор к производству не принимался, состав суда не сформирован. При этом статья предписывает именно составу третейского суда прекратить разбирательство. Поскольку истец еще не обращался в арбитраж, а состав суда не сформирован, то требовать от арбитража прекратить третейское разбирательство абсурдно. Указанная редакция - следствие

ошибки, сформированной при подходе о начале разбирательства определенном в статье 21 проекта.

Статья 26 Эксперт, назначенный третейским судом

Указанная статья использует терминологию, не применяемую российским правом. Так в пункте 1 установлено, что эксперт представляет доклад, а уже в пункте 2, что он представляет заключение. Представление двух документов не соответствует принципу процессуальной экономии. Норма должна соответствовать российским подходам о предоставлении заключения эксперта и возможности получить от него пояснения в заседании суда.

Статья 27 Содействие суда в получении доказательств

Редакция статьи предусматривает возможность для стороны *с согласия* третейского суда обратиться в государственный суд за истребованием доказательств. Формулировка «с согласия третейского суда», представляется неконкретной, поскольку формы такого согласия законом не предусмотрены. Поэтому было бы правильнее установить рассмотрение такого запроса на основании определения третейского суда, вынесенного по ходатайству стороны третейского разбирательства.

Статья 28 Нормы, применимые к существу спора

Конструкция нормы принципиально неверно построена для внутреннего арбитража. Данный закон не распространяет свое действие на международный коммерческий арбитраж, применение иностранного права или же выбор сторонами права не соответствует существующей модели отношений между сторонами. Исходя из этого, было бы правильно в качестве общего правила установить применение российского права, а в качестве исключения допустить применение иностранного права. С учетом объявленного государством курса на деофшоризацию страны и недопущения использования иностранных юрисдикционных механизмов внутри России, такая конструкция нормы идет вразрез с позицией государства и здравым смыслом.

Статья 30 Мировое соглашение

«Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, третейский суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон, и *при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде* арбитражного решения на согласованных условиях».

Указанный в норме подход представляется верным. Тем не менее, стоит устранить важный пробел. Мировое соглашение может быть утверждено третейским судом, если *не противоречит закону и не нарушает прав третьих лиц*. Фраза «при отсутствии возражений третейского суда» некорректна, поскольку суд по своей природе не возражает сторонам, а только рассматривает их доводы. В пункте 2 статьи правильнее было установить, что решение на согласованных условиях *является* арбитражным решением, а не устанавливает обязанность указать это в тексте решения.

Статья 31 Форма и содержание арбитражного решения

Пункт 3 указывает на дату решения, при этом момент, когда решение считается принятым, в законе не указан. Между тем, этот момент может определяться как датой оглашения резолютивной части решения, так и его изготовления в окончательном виде.

Статья 32 Прекращение арбитражного разбирательства

Содержит терминологические ошибки и использует ненадлежащие термины. Так, используется термин «постановление третейского суда», который характерен для системы государственных судов второй и выше инстанций.

В пункте 2 пп. 3 указано «если разбирательство станет ненужным», что не соответствует требованию о ясности используемых в законе терминов. В данном случае не ясно, не только кому разбирательство станет ненужным, но и по каким критериям состав суда должен это оценить. Для системы континентального права такой подход представляется экзотическим и наделяет третейский суд слишком большими дискреционными полномочиями.

Пункт 4 также содержит термин «мандат» (ранее введенный в ст. 14 проекта), хотя более привычен термин «полномочия». То же самое относится к выражению «без ущерба, однако, для положений», которое на русском языке излагается как «исключая». В указанный пункт следовало также добавить, что полномочия арбитра возобновляются не только для исправления дефектов решения, но и для утверждения мирового соглашения, принятия определения о правопреемстве, выносимых составом суда после принятия решения. В настоящее время указанный пробел восполняется путем судебного толкования, и следовало бы закрепить этот подход на уровне закона.

Статья 34 Хранение решений и материалов дел арбитража

Предусматривает избыточный срок хранения дел - 10 лет. Базовый срок исковой давности существенно меньше, как и срок за обращением с выдачей исполнительного листа. Таким образом, указанный срок хранения не оправдывается ни практическими, ни теоретическими соображениями.

Проект предусматривает обязанность арбитражного учреждения хранить дела разовых арбитражей без согласия самого учреждения, что представляется недопустимым.

Раздел IX проекта, регулирующий образование и деятельность арбитражных учреждений, на наш взгляд, нуждается в кардинальных изменениях. Концепция данного раздела исходит из необходимости усложнения порядка создания третейского суда, чтобы он не использовался для злоупотреблений и не создавался лицами с противоправными целями. Основным нововведением является идея придания третейскому суду статуса юридического лица и необходимости получения им разрешения. Однако для третейских судов, созданных при Торгово-промышленных палатах сделано исключение. Представляется, что вводимые законом положения о регулировании деятельности третейского суда должны быть одинаковы для всех субъектов права, что в полной мере соответствовало бы Конституции. Никакого разумного правового объяснения для такого исключения для конкретной структуры нет. Исходя из этого, следует установить

единообразный режим для всех организаций: или все организации обязать создавать отдельное юридическое лицо или же всех освободить от этой процедуры.

На наш взгляд, наиболее соответствовало бы природе третейского суда не придание статуса юридического лица третейскому суду и выдачи ему разрешения, а создание процедуры включения третейских судов в **общедоступный реестр** третейских судов, ведение такого реестра следует возложить на Минюст. Это позволит создать барьер, для некоторой части недобросовестных третейских судов и сделать общедоступной информацию о действующих третейских судах, их правилах, составе арбитров. Процедуру ликвидации третейского суда, тогда легко увязать с исключением из такого реестра на основании четко установленной процедуры и оснований.

Если вводить институт разрешений и регистрации третейского суда в качестве юридического лица, то следует исключить из проекта деятельность Межведомственного Экспертного совета, а вменить указанную функцию непосредственно Минюсту. При этом, основания к выдаче разрешения должны быть исчерпывающе приведены в законе, не допускающими усмотрения и быть одинаковыми для всех субъектов, к которым относятся ТПП, а также иностранные арбитражные учреждения. Введение в закон Межведомственного экспертного совета противоречит антикоррупционному подходу к регулированию прав, поскольку решение принимается на основании субъективного усмотрения, путем оценки *полезности* создания третейского суда, что безгранично расширяет полномочия членов Совета, при этом предоставляя им ничем не связанное право усмотрения при решении вопроса о выдаче разрешения. При этом в Совет войдут и представители ТПП, которая сама имеет третейские суды. Способ регулирования, при котором организации, при которых есть третейские суды, будут разрешать создание других третейских судов, исходя из целесообразности их создания на определенной территории, представляется незаконным и недопустимым.

Требования к учредителям третейских судов

Проектом предлагается ограничить число учредителей третейских судов некоммерческими организациями. Однако стоит скорректировать этот подход и предоставить право учреждать третейские суды только тем НКО, цели деятельности которых имеют отношение к разрешению споров, и обеспечение деятельности третейского суда соответствует их целям и задачам. Кроме того, нет оснований полностью ограничивать в праве создания третейского суда и коммерческие организации. На наш взгляд, следует установить критерии, когда они могут выступать в этом качестве: например, исходя из размера уставного капитала, срока деятельности и т.д.

Требование о необходимости двух учредителей НКО, администрирующих арбитраж, приведет к невозможности для многих действующих третейских судов привести документы в соответствие с законом. Например, в такой некоммерческой организации, как автономная некоммерческая организация (а в этой форме действуют многие третейские суды) процедура смены учредителей вообще отсутствует. Соответственно, многие будут вынуждены искусственно создавать новые НКО для передачи туда действующих третейских судов.

Дефектом терминологии представляется п. 4 ст. 47 проекта, предусматривающий передачу функций администрирования от одной организации к другой, при котором

«учредители создаваемого учреждения должны представить письменное согласие всех *учредителей* ранее созданного учреждения на использование его наименования новым арбитражным учреждением». Термин «*учредители*» некорректен, видимо, имелись ввиду участники организации или орган управления, поскольку во многих организациях учредители не могут влиять на управление, а все права организации реализуются только через участников или специальные органы. Указанная норма должна была бы защитить от «присвоения» чужого третейского суда. Но при таком подходе собрать согласие всех учредителей крупной организации в принципе невозможно.

Статья 40 О требованиях к правилам третейского разбирательства

Указанная статья содержит излишнюю детализацию требований к правилам, в том числе и по вопросам, которые регулируются законом императивно. Законодательное закрепление содержания регламентов третейских судов представляется излишним, поскольку гибкость третейского разбирательства как раз и является его преимуществом. Указанный подход является необоснованным вмешательством государства в диспозитивность сторон. Более того, тенденции развития арбитража во всем мире демонстрируют усиление диспозитивного регулирования арбитража. Диспозитивность процесса является яркой особенностью арбитража и его преимуществом. Такой степени детализации правил разбирательства нет ни в одной стране мира, нет этого и в международных актах, к гармонизации с которыми направлен проект. Отсутствие этих положений в правилах арбитража не приводит к злоупотреблениям, и отсутствуют значимые проблемы, которые приводили бы к необходимости вмешательства государства в эту сферу. Поэтому требования к правилам арбитража следует исключить из проекта закона. Более того, в проекте нивелирование значения правил арбитража пошло настолько далеко, что эти правила не упоминаются в качестве источника процедурных норм и не упомянуты в качестве части третейского соглашения. При принятии проекта в такой редакции мы будем единственной страной в мире, где процедура третейского суда регулируется не сторонами и регламентом суда, а напрямую государством.

Регулирование третейских судов *ad hoc*

Такое регулирование практически отсутствует. Указанное обстоятельство приведет к тому, что все злоупотребления просто переместятся в суды по конкретному спору. Представляется, что необходимо введение мер, которые позволят минимизировать возможности для злоупотреблений.

Предложение по редакции: «Арбитраж, который не администрируется постоянно действующим арбитражным учреждением, образуется сторонами арбитражного соглашения для разрешения возникшего между ними конкретного спора, после рассмотрения которого он прекращается. Председательствующий третейского суда (при коллегиальном рассмотрении спора) либо третейский судья (при единоличном рассмотрении спора) до начала арбитража направляет в суд, в котором может производиться выдача исполнительного листа на решение третейского суда по месту нахождения председательствующего третейского суда либо единоличного третейского судьи, уведомление о начале третейского разбирательства с приложением к нему: копии третейского соглашения, копии паспортов на третейских судей, копии диплома о юридическом образовании на председательствующего третейского суда или единоличного третейского судью. Нарушение порядка уведомления о начале третейского

разбирательства или порядка передачи материалов по рассмотренному спору в третейском суде для разрешения конкретного спора лишает вынесенное таким третейским судом решение правовой силы».

Кроме того, следует добавить в ст. 45 проекта правила об ответственности арбитра, разрешающего спор без администрирования его постоянно действующим арбитражным учреждением.

Предложение по редакции: «Если арбитраж не администрируется постоянно действующим арбитражным учреждением, то правила об ответственности арбитражного учреждения распространяются на арбитра (состав арбитров) такого арбитража».

Статья 42 проекта устанавливает обязанность третейского суда иметь рекомендованный им список арбитров, состоящий не менее чем из 30 человек. Кроме этого, устанавливается запрет на назначение арбитров только из этого списка, т.е. вводится так называемый «открытый список» арбитров. Введение запрета на «закрытый» список арбитров создаст риск злоупотреблений со стороны недобросовестных сторон. Это приведет в третейское разбирательство арбитров, не знакомых с ним, а подчас умышленно противодействующих процессу, ввиду их связей со стороной. Поэтому более эффективным было бы отдать этот вопрос на усмотрение самих сторон и правил арбитража, а не введение такого порядка императивно. Введение минимального числа арбитров в рекомендованном списке также не может быть поддержано, если вводится «открытый список». Не имеет смысла вводить регламентированный рекомендованный список, если стороны не обязаны им руководствоваться.

Статья 42 вводит институт комитета по назначениям арбитров

Традиционно вопрос формирования состава третейского суда оставался на усмотрение сторон третейского разбирательства и регулировался правилами разбирательства. Введение императивного регулирования этого вопроса не защитит права сторон, но приведет к усложнению третейского разбирательства, увеличению сроков формирования состава. Для реально работающих третейских судов, рассматривающих хотя бы сотню дел в год, такой механизм способен полностью парализовать работу третейского суда. Ежедневно созывать комитет для формирования состава суда, если это не сделала сторона, - явно излишне. Сегодня эту функцию выполняет председатель суда, и его замена на коллегиальный орган никак не защищают стороны от злоупотреблений, если они есть в третейском суде. Комитет по назначениям должен состоять не менее, чем из 5 юристов, из которых 3 не должны быть связаны с третейским судом. Такой подход уместен для сложных дел международного коммерческого арбитража, но не подходит для внутреннего арбитража. Профессиональные юристы с высокой репутацией должны каждый день ходить в третейский суд и принимать решения о формировании состава суда. Поэтому эта функция приведет к стагнации именно крупных третейских судов, которые станут неэффективными, увеличит срок разбирательства и совокупные затраты.

Председатель Правления

М.Э. Морозов

Национальной третейской палаты