



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 (РОССИЙСКАЯ АРБИТРАЖНАЯ АССОЦИАЦИЯ)

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

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.....	8
4.1. Вопрос действительности арбитражного соглашения.....	8
4.2. Форма арбитражного соглашения.....	9
5. ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОКУМЕНТООБОРОТ	10
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. Одновременное рассмотрение дел об отмене решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа	12
6.4. Истребование материалов из третейского суда.....	13
6.5. Повторное обращение в третейский суд.....	14
6.6. Устранение недостатков решения третейского суда	14
6.7. Отмена предварительного решения третейского суда о наличии компетенции.....	15
6.8. Осуществление государственным судом функций содействия в отношении формирования состава третейского суда.....	16
6.9. Содействие государственного суда в получении доказательств третейским судом	17
6.10. Расширение оснований для отказа в исполнении решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения.....	18

6.11. Признание иностранных арбитражных решений	19
6.12. Обращение в суд по месту нахождения имущества должника	20
6.13. Косвенные иски	20
7. ПОРЯДОК СОЗДАНИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ И АРБИТРОВ.....	21
7.1. Регистрация постоянно действующих арбитражных учреждений.....	21
7.2. Требования к арбитрам	24
7.3. Списки арбитров	25
7.4. Комитет по назначениям	26
7.5. Опубликование информации постоянно действующими арбитражными учреждениями	28
7.6. Хранение материалов дела	28
7.7. Ответственность постоянно действующих арбитражных учреждений и арбитров.....	29
7.8. Страхование	30
7.9. Регулирование деятельности иностранных арбитражных учреждений..	31
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	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 предложения Министерства юстиции РФ¹ 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 "О третейских судах", 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 любых споров, по которым стороны вправе распоряжаться своими процессуальными правами, в частности, по которым допускается заключение мирового соглашения², соответствует практике стран с устоявшимися традициями третейского разбирательства.

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

В связи с этим предлагается из Проекта исключить ссылку на гражданско-правовые и другие частноправовые 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 (статья 225.1 АКП РФ, проект³):

"... 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:

² Проект статьи 33 АПК РФ: "Споры из гражданско-правовых и иных частноправовых отношений, подведомственные арбитражным судам в соответствии с настоящим Кодексом, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда при наличии между сторонами спора действующего арбитражного соглашения, если стороны могут свободно распоряжаться своими процессуальными правами по таким спорам (изменять основания и предмет иска, признавать иск, отказываться от иска и заключать мировое соглашение)".

³ См. п. 11 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ».

- 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, перечисленных 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, а также споры, возникающие из гражданских правоотношений между указанными лицами и юридическим лицом в связи с осуществлением, прекращением, приостановлением полномочий указанных лиц; споры, вытекающие из соглашений участников юридического лица по поводу управления данным юридическим лицом;
- 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;
- 6) 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;

Поскольку некоторые категории корпоративных споров имеют определенную специфику, связанную с участием большого количества лиц (например, акционеров общества), логичным является требование о принятии специального регламента для разрешения данной категории споров.

Равным образом логичным является требование о разрешении данных споров в Российской Федерации, поскольку, к примеру, для многих миноритарных акционеров, участие в иностранных разбирательствах было бы затруднительным.

Вместе с тем, иные категории споров, например, между участниками общества по поводу его создания, деятельности и ликвидации, не имеют ярко выраженной процессуальной специфики.

В силу этого предлагается требование о принятии и опубликовании специальных правил по разрешению корпоративных споров, равно как и обязательность разрешения таких споров в Российской Федерации ограничить случаями, когда потенциальный спор может затрагивать интересы 10 и более участников (акционеров) общества, либо когда арбитражное соглашение включено в устав юридического лица.

В этой связи следует также только для таких случаев оставить ограничение по сроку заключения арбитражных соглашений относительно корпоративных споров, которые согласно действующему проекту могут быть заключены не ранее 1 апреля 2016.⁴

Кроме того, требует уточнения предложенная формулировка пункта 8 статьи 40 Проекта Закона "О третейских судах", поскольку в предложенной редакции она может читаться таким образом, что некоторые категории корпоративных споров, арбитрабельных в соответствии с Проектом АПК, не арбитрабельны по Проекту Закона "О третейских судах".⁵

3.3. Арбитрабельность споров по государственным закупкам

Законодательного разрешения требует вопрос об арбитрабельности споров, связанных с государственными закупками.⁶

⁴ См. п. 7 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

⁵ См. п. 8 ст. 40 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ": *"Споры, связанные с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, сторонами которых являются участники юридического лица и само юридическое лицо, не могут рассматриваться в рамках арбитража для разрешения конкретного спора. Указанные споры, включая споры по искам участников юридического лица, в связи с правоотношениями юридического лица с третьим лицом, когда у участников юридического лица есть право на подачу таких исков в соответствии с законом (за исключением споров, предусмотренных пунктами 2 и 6 части 1 статьи 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации), могут рассматриваться в арбитраже только при условии, что арбитраж администрируется постоянно действующим арбитражным учреждением, которое утвердило и опубликовало правила разбирательства корпоративных споров."*

⁶ См. практику Высшего Арбитражного Суда РФ (дело ООО АрбатСтрой против ГКУЗ г. Москвы Производственно-техническое объединение капитального ремонта и строительства ДЗ г. Москвы) ссылка на карточку дела: <http://kad.arbitr.ru/Card/e940b0c1-bbe0-403e-afd1-6864647297c8>

Признавая, что имели место злоупотребления в некоторых третейских судах в связи с разрешением споров по государственным закупкам, мы тем не менее считаем, что ограничение арбитрабельности данных споров может привести к ограничению конкуренции, в частности, по большим инфраструктурным проектам. Невозможность передачи подобных споров на разрешение известных арбитражных институтов может являться негативным фактором для крупных иностранных компаний, принимающих участие в тендерах.

В связи с этим целесообразно установить в законе возможность передачи споров по государственным закупкам на разрешение третейских судов.

Вместе с тем, чтобы ограничить злоупотребления в данной области, уполномоченный государственный орган, в частности, Министерство юстиции РФ, может определить перечень постоянно действующих арбитражных учреждений (как российских, так и иностранных), которые могут рассматривать данные споры.

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 приводит к излишне формалистичному толкованию его условий. Кроме того, существует достаточно обширная судебная практика, противоречиво толкующая вопросы действительности арбитражного соглашения при недействительности обязательства, судьбу арбитражного соглашения при перемене лиц в обязательстве, полномочий на заключение арбитражного соглашения.

В связи с этим заслуживают всяческого поощрения предложения Министерства юстиции РФ по изменению законодательства, в которых данные вопросы разрешены в соответствии со сложившейся практикой стран с устоявшимися правовыми традициями, в том числе по вопросам эффективной интерпретации арбитражного соглашения.

Вместе с тем 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

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

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

⁹ Статья 1 Закона Швеции об арбитраже 1999 года.

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

"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 Проект изменений в Закон о МКА¹¹ норм, касающихся электронного документооборота.¹²

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.¹³

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.¹⁴

Наличие требования о "достоверности" отправителя может привести к толкованию, при котором только лишь документы, подписанные электронно-цифровой подписью, могут рассматриваться в качестве "электронных документов", поскольку лишь они позволяют "достоверно" установить отправителя,¹⁵ 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

¹¹ Ст. 9 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ».

¹² В частности, в Закон о МКА 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 Вариант I, статья 7, пункт 4 Типового Закона ЮНСИТРАЛ: *"... "электронное сообщение" означает любое сообщение, которое стороны передают с помощью сообщений данных; "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭОД), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими"*.

¹⁴ Статья 7 Часть 3 Проекта Изменений к Закону о МКА: *"Положение, предусмотренное пунктом 2 настоящей статьи, считается соблюденным, если арбитражное соглашение заключено путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору."* Такая же норма содержится в пункте 3 статьи 7 Проекта ФЗ "О третейских судах".

¹⁵ Такое толкование, например, преобладает в судебной практике Республики Беларусь.

традициями третейского разбирательства, ни в рекомендации Комиссии ЮНСИТРАЛ применительно к толкованию положений Нью-Йоркской Конвенции.¹⁶

Кроме того, ряд статей Проекта ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ" (далее Проект ФЗ "О третейских судах") устанавливают требование к письменной форме документов.¹⁷ 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.

Кроме того, Проект предусматривает, что для приведения в исполнение арбитражного решения стороне следует представить должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового. Принимая во внимание современные тенденции развития электронного документооборота, при разрешении споров возможно вынесение арбитражных решений в электронной форме. Указанное положение Проекта ФЗ "О третейских судах" не позволяет определить, может ли подпадать арбитражное решение, вынесенное в электронной форме, под понятие "подлинное арбитражное решение" или "должным образом заверенную копию". 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 в электронной форме, если оно позволяет достоверно установить его аутентичность, в том числе посредством заверения электронно-цифровой подписью.

¹⁶ 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"*.

¹⁷ В частности Раздел VI 1 ст. 31 (письменная форма арбитражного решения), Раздел III ст. 12 (письменная форма заявления арбитра об обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости), Раздел III ст. 13 (письменная форма заявления об отводе арбитра).

6. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ГОСУДАРСТВЕННЫМИ СУДАМИ

6.1. Компетентный суд

Безусловным положительным предложением Проектов является изъятие вопросов, связанных с третейским разбирательством, из компетенции судов первой инстанции, и передача их на разрешение более высокого судебного уровня.

Поскольку основания для отмены решения третейского суда, либо отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда узко ограничены и не подлежат расширительному толкованию, производство по данным вопросам не требует детального изучения вопросов факта.

Вместе с тем представляется, что более обоснованным была бы передача подобных дел на уровень судов апелляционной инстанции по следующим причинам:

1. С учетом территориальной протяженности Российской Федерации для многих субъектов предпринимательской деятельности участие в рассмотрении дел в федеральных арбитражных судах может оказаться затруднительным.
2. При увеличении количества третейских разбирательств федеральные арбитражные суды могут оказаться перегружены.
3. Передача данной категории дел на рассмотрение федеральных арбитражных судов фактически исключает возможность обжалования данных решений.

В связи с этим более целесообразным является передача данной категории дел на разрешение судов апелляционной инстанции (по правилам первой инстанции).

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 Высшим Арбитражным Судом РФ дел, связанных с отменой решений третейских судов, признанием недействительными арбитражных соглашений, либо с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений, запрашивать экспертное мнение российских и международных организаций, специализирующихся в вопросах арбитража.

6.3. Одновременное рассмотрение дел об отмене решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа

Проекты изменений в АПК и ФЗ "О третейских судах" содержат важные положения относительно порядка рассмотрения дел об отмене решения третейского суда, а также о выдаче исполнительного листа в том случае, когда производство в государственных судах ведется одновременно по обоим вопросам.

В связи с этим заслуживает всяческой поддержки предложенный подход, при котором при наличии «конкурирующего» одновременного производства по делу об отмене третейского решения и выдаче исполнительного листа, производство по делу, возбужденному первым, продолжается, а производство по второму делу приостанавливается в обязательном порядке.

Вместе с тем, следует уточнить формулировку п. 2 ч. 6 ст. 238 Проекта изменений в АПК РФ¹⁸, поскольку в действующей редакции она предусматривает вынесение судом, рассматривающим заявление о выдаче исполнительного листа, определения о прекращении производства в случае, если отказано в удовлетворении заявления об отмене решения третейского суда. В то же самое время было бы более логичным в этом случае вынести определение об удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа.

6.4. 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 РФ¹⁹ норма о том, что арбитражный суд может истребовать материалы третейского дела.²⁰

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

¹⁸ См. п. 2 ч. 6 ст. 238 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

¹⁹ См. ст. 1 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ".

²⁰ См. ч. 2 ст. 232 Проекта изменений в АПК РФ:

"При подготовке дела к судебному разбирательству по ходатайству стороны третейского разбирательства 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 действующим законодательством, по правилам, которые предусмотрены настоящим Кодексом для истребования доказательств".

Аналогичная норма содержится в ч. 2 ст. 238 Проекта изменений в АПК РФ.

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.

6.5. 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.²¹

Вместе с тем 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*".

6.6. Устранение недостатков решения третейского суда

Проект изменений в Закон о МКА²² и ФЗ "О третейских судах"²³ содержит важную новеллу о том, что суд, в который подано ходатайство об отмене арбитражного решения, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный им срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитражное разбирательство или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

Данное положение будет безусловно способствовать популярности арбитража в России.

²¹ Статья 234, Часть 3 Проекта АПК 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 Части 3 статьи 240 Проекта АПК.

²² См. п. 4 ст. 34 Проекта Закона о МКА (в ред. ст. 9 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ")

²³ См. п. 4 ст. 35 Проекта Закона "О третейских судах".

6.7. 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.²⁴

Вместе с тем Типовой закон ЮНСИТРАЛ использует термин не "*постановление третейского суда предварительного характера*", а постановление "*как по вопросу предварительного характера*".²⁵

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,²⁶ 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.

²⁴ См. п. 1 ст. 235 Проекта изменений в АПК РФ: "*В случаях, предусмотренных федеральным законом, любая сторона третейского разбирательства может обратиться в федеральный арбитражный суд округа, на территории которого проводится третейское разбирательство, с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции*".

²⁵ 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.*"

²⁶ Например, статья 190 (2) Швейцарского Закона о международном частном праве, статья 67 (1а) английского Закона об арбитраже 1996 года.

6.8. 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,²⁷ поскольку при отсутствии соглашения сторон 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 толкования²⁸ 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.

Кроме того, Проект изменений в Закон о МКА указывает, что компетентный суд при назначении арбитра должен осуществлять такое назначение либо из списка арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, либо из специального списка, который должен быть подготовлен Министерством юстиции РФ.²⁹

²⁷ Статья 240.4 Проекта изменений в АПК РФ: "Основания для удовлетворения заявления о выполнении арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда. 1. Заявление по вопросу об отводе арбитра третейского суда подлежит удовлетворению арбитражным судом при наличии одновременно следующих обстоятельств:

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

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

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

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

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

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

1) соблюдена процедура прекращения полномочий арбитра третейского суда, установленная федеральным законом, согласно которой вопрос о прекращении полномочий передан на разрешение арбитражного суда;

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

²⁸ Существующая формулировка в п. 2 ст. 11 Проекта Закона "О третейских судах" 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.

²⁹ Проект изменений в п. 6 ст. 11 Закона о МКА «Во всех случаях, когда орган, указанный в статье 6, принимает решение о назначении арбитра, назначение производится путем:

Следует заметить, что данное предложение вряд ли является оправданным по следующим причинам:

Во-первых, большинство авторитетных иностранных институций не имеет списка арбитров (об этом дополнительно ниже).

Во-вторых, практика показывает, что стороны не очень часто обращаются в компетентный орган за назначением арбитра. Таким образом, формировать специально для этой цели список арбитров является нецелесообразным, поскольку затраты на формирование данного списка не будут оправдывать редкие случаи его использования.

В-третьих, при назначении арбитра суд должен исходить из специфики конкретного дела, а также требований к арбитру, которое может быть установлено соглашением сторон. Заранее предвидеть все возможные требования невозможно (например, владение конкретным иностранным языком), поэтому может оказаться так, что в списке Министерства юстиции РФ не будет содержаться кандидата, удовлетворяющего данным критериям.

Практически данная проблема может быть разрешена судом посредством обращения к списку тех институций, которые имеют подобные списки. Стороны также, как и в случае назначения эксперта, вправе предлагать суду возможные кандидатуры арбитра.

В силу данных причин предлагается исключить нормы о специальном списке арбитров из Проекта.

Вместе с тем 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.³⁰

Кроме того, следует также конкретизировать, что данные нормы применяются также и в случае международного арбитража, имеющего место на территории Российской Федерации.

6.9. Содействие государственного суда в получении доказательств третейским судом

Предлагаемые изменения в Проект изменений в АПК РФ³¹, касающиеся оказания содействия третейским судам в получении доказательств, безусловно будут способствовать популярности третейского разбирательства.

1)выбора арбитра из списка рекомендованных арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, если спор администрируется таким учреждением; или

2)выбора арбитра из списка, сформированного в порядке, установленном Министерством юстиции Российской Федерации, если назначение из списка, указанного в подпункте 1 пункта 6 настоящей статьи, оказалось невозможным, а также в случае если назначение производится в рамках арбитража, не администрируемого каким-либо постоянно действующим арбитражным учреждением».

³⁰ См. п. 6 ст. 11 Проекта Закона изменений в Закон о МКА.

³¹ См. ст. 74.1. Проекта изменений в АПК РФ "Запросы третейского суда о содействии в получении доказательств"

Вместе с тем из содержания данной статьи не следует, что она применяется также и в случае проведения международного арбитража, в том числе и за пределами Российской Федерации. В связи с этим предлагается уточнить данную норму.

Кроме того, в предлагаемой редакции статьи³² указывается, что Постановление третейского суда о содействии в получении доказательств должно содержать краткое изложение спора и обстоятельств, подлежащих 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 краткое изложение спора и обстоятельств, подлежащих выяснению.

По этой же причине предлагается исключить из перечня подаваемых документов копию искового заявления³³.

Кроме того, одним из оснований для отказа государственного суда в содействии в получении доказательств является неарбитрабельность спора, находящегося на разрешении третейского суда³⁴. 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.

6.10. Расширение оснований для отказа в исполнении решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения

Проект изменений в АПК РФ предлагает расширить основания, по которым российский суд вправе отказать в исполнении решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, в том числе и в ситуациях, когда должник не ссылается на данные основания.³⁵ Данный перечень оснований существенным образом

³² Проекты пункта 2 статьи 74.1 АПК РФ; пункта 2 статьи 63.1 ГПК РФ: *"Запрос, указанный в части 1 настоящей статьи, оформляется третейским судом в виде постановления. В постановлении кратко излагается содержание рассматриваемого спора, указываются обстоятельства, подлежащие выяснению, доказательства, которые должен получить арбитражный суд, выполняющий запрос."*

³³ Проект абзаца 1 пункта 3 статьи 240.2 АПК РФ.

³⁴ Проекты пункта 4 статьи 74.1 АПК РФ; пункта 4 статьи 63.1 ГПК РФ.

³⁵ Часть 2 статьи 244 Проекта изменений в АПК РФ:

«Если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации, в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения иностранного суда может быть отказано арбитражным судом по основаниям, предусмотренным пунктами 3-7 части 1 настоящей статьи, и в том случае, когда сторона третейского разбирательства, против которой вынесено решение третейского суда, не ссылается на указанные основания».

Соответственно, пункты 3-7 части 1 статьи 244 АПК РФ предусматривают следующие случаи:

3) рассмотрение дела в соответствии с международным договором Российской Федерации или федеральным законом относится к исключительной компетенции суда в Российской Федерации;

4) имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

отличается от перечня оснований, предусмотренных Нью-Йоркской Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных решений, участницей которой является Российская Федерация (далее "Нью-Йоркская Конвенция").

Несмотря на то, что данная норма содержит оговорку "*если иное не предусмотрено международным договором*", наличие данного положения в АПК РФ на практике может создавать почву для того, чтобы суды использовали данную норму даже несмотря на участие Российской Федерации в Нью-Йоркской Конвенции.

В связи с этим предлагается уточнить формулировки с тем, чтобы исключить возможность применения данной нормы к иностранному арбитражному решению, в частности, исключить ссылки на "сторону третейского разбирательства" и "решение третейского суда".

Кроме того, проект изменений в ГПК РФ говорит о том, что суд вправе запросить разъяснение иностранного суда, принявшего решение.³⁶ Следует заметить, что суды вообще (и российские суды - не исключение) как правило не дают разъяснения по принятым решениям. В силу этого данная норма будет использоваться для затягивания разбирательства, а потому ее следует исключить.

6.11. Признание иностранных арбитражных решений

Проект содержит достаточно важное положение о том, что иностранное арбитражное решение 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.³⁷

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 выдаче исполнительного листа на иностранное арбитражное решение.

5) на рассмотрении суда в Российской Федерации находится дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, производство по которому возбуждено до возбуждения производства по делу в иностранном суде, или суд в Российской Федерации первым принял к своему производству заявление по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

6) истек срок давности приведения решения иностранного суда к принудительному исполнению и этот срок не восстановлен арбитражным судом;

7) исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации."

³⁶ Проект пункта 5 статьи 411 ГПК 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. ст. 245.1 Проекта изменений в АПК РФ.

Вместе с тем Проект изменений в АПК РФ указывает, что заявление об отказе в признании, должно содержать указание на некоторые обстоятельства, которые не относятся к основаниям для отказа в признании³⁸.

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.

6.12. Обращение в суд по месту нахождения имущества должника

В действующей редакции АПК РФ, а также в Проекте изменений в АПК РФ³⁹ 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.

6.13. 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.⁴⁰ 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,⁴¹ а передача их в третейский суд возможна

³⁸ См. ч. 5 ст. 245.1. Проекта изменений в АПК 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 обоснованием нарушения указанным решением прав и законных интересов заинтересованного лица в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности в Российской Федерации"

³⁹ См. ч. 9 ст. 38 Проекта изменений в АПК РФ, а также ч. 3 ст. 236 Проекта изменений в АПК РФ.

⁴⁰ 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".

⁴¹ См. п. 3 ч. 1 ст. 225.1. Проекта изменений в АПК 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,⁴² 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 недействительно 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.

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 "О третейских судах" предусматривает, что постоянно действующие арбитражные учреждения должны быть зарегистрированы в качестве некоммерческой организации, получив предварительно разрешение на создание от специальной межведомственной комиссии, создаваемой Министерством юстиции РФ.

Понимая, что данное предложение было продиктовано стремлением прекратить практику злоупотребления третейским разбирательством, представляется, что данная мера, с одной стороны, не позволит преодолеть имеющиеся место злоупотребления, а с

⁴² См. ч. 3 ст. 225.1 Проекта изменений в АПК 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."

другой стороны, может серьезно повредить развитию третейского разбирательства в России в силу следующих причин.

Во-первых, критерии, выдвигаемые Проектом для выдачи разрешения на создание 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,⁴³ будет достаточно, чтобы преодолеть негативные явления в данной сфере, и введение разрешительной системы создания третейских судов представляется излишней и неоправданной.

Следует также заметить, что предложенная модель сама по себе вызывает много вопросов.

Во-первых, требование о существовании третейского суда в виде самостоятельного юридического лица. Как правило, постоянно действующие третейские суды являются структурными подразделениями предпринимательских объединений, при которых они созданы (например, Международный Арбитражный Суд Международной Торговой Палаты, Арбитражный Институт Торговой Палаты г. Стокгольма) и т.д. Если государство хочет установить контроль над деятельностью третейского суда⁴⁴, то выдача разрешения на создание третейского суда является достаточным механизмом контроля.

⁴³ Статья 41 Проекта Закона "О третейских судах": "*Предотвращение конфликта интересов в деятельности созданного в Российской Федерации постоянно действующего арбитражного учреждения.*

Арбитражным учреждениям запрещается администрировать арбитражные разбирательства, в которых их учредители, участники, а также их контролирующие и контролируемые лица выступают в качестве стороны арбитражного разбирательства, если учредители, участники постоянно действующего арбитражного института, а также их контролирующие и контролируемые лица входят в состав органов постоянно действующего арбитражного учреждения, принимающих какие-либо решения в связи с администрированием спора (за исключением случаев, когда в состав таких органов входят все стороны спора или контролирующие их (контролируемые ими) лица). Решения, принятые с нарушением требований настоящей статьи, подлежат отмене или отказу в принудительном исполнении, если указанные нарушения привели к возникновению оснований к отмене решения третейского суда, предусмотренных пунктом 2 статьи 35 настоящего Федерального закона, или к отказу в признании и приведении в исполнение решения третейского суда, предусмотренных пунктом 1 статьи 37 настоящего Федерального закона."

⁴⁴ Что, как указывалось выше, вряд ли будет эффективным, и, наоборот, может повлечь негативные последствия.

Во-вторых, предлагаемые требования к созданию постоянно действующих арбитражных учреждений по сути вводят запрет на возникновение третейских судов при предпринимательских объединениях. В таких объединениях участники неизбежно будут входить в состав органов управления и объединения, и, соответственно, арбитражного учреждения, и по этому будут лишены возможности передать спор на разрешение третейского суда, созданного при таком предпринимательском объединении. Поскольку органы управления предпринимательских объединений выборные, заранее предсказать, представитель какого участника войдет в орган управления невозможно и, таким образом, все участники предпринимательских объединений лишаются возможности передачи споров на разрешение третейским судам, созданным при таких объединениях. Это коснется, в том числе, Третейского Суда при Ассоциации коммерческих банков, Третейского Суда при РСШ, Третейского Суда при НАУФОР.

Для исключения подобного толкования следует сделать исключение применения данной нормы для объединений предпринимателей, в которых количество участников с правом голоса составляет, например, не менее 20. В этом случае вероятность влияния одного участника на политику постоянно действующего арбитражного учреждения, и тем более на формирование состава арбитража, практически не существует. Если же такое влияние выявится в конкретном случае, это будет являться основанием для отмены решения третейского суда в связи с отсутствием независимости состава арбитража.

7.2. Требования к арбитрам

Проект ФЗ "О третейских судах" 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,⁴⁵ 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

⁴⁵ Например, 63% арбитров в Списке Американской Арбитражной Ассоциации по строительным спорам - юристы, специализирующиеся на строительстве, 37% - архитекторы, инженеры, строители, девелоперы и страховщики.

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

В силу этого следует исключить из Проекта ФЗ "О третейских судах" требования к квалификации арбитров.

7.3. Списки арбитров

Проект ФЗ "О третейских судах" устанавливает ряд требований относительно списка арбитров. В частности, постоянно действующее арбитражное учреждение должно⁴⁶:

- 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.

⁴⁶ См. ст. 42 Проекта Закона "О третейских судах".

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 "О третейских судах" вводит обязательность назначения арбитров в арбитражных учреждениях комитетом на назначениям арбитров ("КНА") или иным коллегиальным органом.⁴⁷ 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. В КНА могут входить только физические лица, обладающие высшим юридическим образованием;
- iv. Лица, состоящие в рекомендательном списке арбитров, должны составлять не более одной трети КНА. Оставшиеся члены КНА избираются из числа пользующихся высокой репутацией в области разрешения споров лиц, не входящих в указанный список;
- v. В КНА должна осуществляться обязательная ротация с тем, чтобы в течение одного года 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.

⁴⁷ Статья 42 Проекта Закона "О третейских судах".

- 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.

В-четвертых, очень сомнительную с практической точки зрения ценность представляет критерий назначения лиц, "*пользующихся высокой репутацией в области разрешения споров*", поскольку данный критерий предполагает высокую степень субъективизма. 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 "О третейских судах" положения, касающиеся КНА. Данные нормы могут быть добровольно включены арбитражными учреждениями в их регламенты, однако не должны быть установлены в законе.

7.5. Опубликование информации постоянно действующими арбитражными учреждениями

Проект ФЗ "О третейских судах" обязывает постоянно действующее арбитражное учреждение иметь собственный сайт в сети Интернет, на котором должна размещаться, в частности, следующая информация⁴⁸:

- i. об общем количестве рассмотренных при администрировании с его стороны дел;
- ii. о количестве принятых судебных актов:
 - a. об отмене постановлений и решений третейского суда;
 - b. об отказе в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда;
 - c. об удовлетворении отводов в делах

которые административались постоянно действующим арбитражным учреждением (с указанием оснований);

- iii. о составе его учредителей и участников, органов управления (в том числе о вхождении в них учредителей и участников арбитражного учреждения, их контролирующих и контролируемых лиц), а также об источниках финансирования и финансовых результатах деятельности учреждения.

Публикация о составе учредителей и органах управления арбитражного учреждения, а также источников финансирования, безусловно, будет способствовать большей прозрачности и позволит ограничить деятельность "карманных" третейских судов.

Вместе с тем представляется излишней публикация судебных актов, поскольку решения государственных арбитражных судов находятся в публичном доступе, и любое заинтересованное лицо сможет без всяких сложностей получить об этом информацию.

Кроме того, Проект ФЗ "О третейских судах" устанавливает обязанность публикации на сайте арбитражного учреждения информации о поданных исках по корпоративным спорам⁴⁹. Публикация информации о корпоративном споре, который касается ограниченного круга лиц, может нарушать их права в отношении сохранения конфиденциальности спора. В силу этого данную норму следует ограничить только в отношении споров с участием владельцев ценных бумаг, находящихся в публичном обращении.

7.6. Хранение материалов дела

Проект ФЗ "О третейских судах" устанавливает требования о хранении материалов дела в течение 10 лет с даты прекращения третейского разбирательства.

⁴⁸ См. п. 6 и 7 ст. 42 Проекта Закона "О третейских судах".

⁴⁹ См. подп. 2 пункта 9 статьи 40 Проекта Закона "О третейских судах".

В связи с тем, что срок для оспаривания решения третейского суда установлен в 3 месяца, установление 10-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.

7.7. Ответственность постоянно действующих арбитражных учреждений и арбитров

Безусловно положительным для развития третейского разбирательства является включение в Проект ФЗ "О третейских судах" 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.⁵⁰

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.

В этой связи предлагается ввести в УК РФ специальный состав, который будет состоять из положений аналогичных предусмотренным ст. 290 и 305 УК РФ, и устанавливать ответственность исключительно за получение взятки и за вынесение арбитром заведомо неправосудного акта.

⁵⁰ 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.

7.8. Страхование

Проект ФЗ "О третейских судах" указывает на то, что допускается добровольное страхование ответственности постоянно действующего арбитражного учреждения перед сторонами⁵¹.

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 арбитрами⁵².

⁵¹ См. пункт 9 статьи 42 Проекта Закона "О третейских судах".

⁵² 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

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.

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.⁵³ Проект ФЗ "О третейских судах" также содержит норму о том, что для целей данного закона иностранные постоянно действующие учреждения рассматриваются в качестве таковых только при условии получения разрешения.⁵⁴

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

- i. Получить разрешение Межведомственного экспертного совета, формируемого Министерством юстиции РФ. При этом такое разрешение выдается только иностранным арбитражным учреждениям, "обладающим широко признанной международной репутацией";⁵⁵

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".

⁵³ См. ч. 2 ст. 1 Проекта изменений в Закон о МКА: "Не урегулированные настоящим Законом вопросы, в том числе связанные с созданием и деятельностью на территории Российской Федерации постоянно действующих арбитражных учреждений, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в публичные и публично значимые регистры в Российской Федерации на основании решений третейских судов, соотношения медиации и арбитража, а также требований к арбитрам (третейским судьям) и ответственности 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 «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁵⁴ См. п. 3 ст. 39 Проекта ФЗ "О третейских судах": Для целей настоящего Федерального закона арбитраж, администрируемый созданным за пределами Российской Федерации арбитражным учреждением, рассматривается как администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением только при условии получения иностранным арбитражным учреждением разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения в порядке, предусмотренном пунктами 4 и 6 настоящей статьи.

⁵⁵ См. п. 6 ст. 39 Проекта ФЗ "О третейских судах".

ii. Хранить материалы дела в течение 10 лет.⁵⁶

Кроме того, иностранное арбитражное учреждение, в случае администрирования российских корпоративных споров, обязано опубликовать в особом порядке, утвержденном Министерством юстиции 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.

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 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 ; AAA-ICDR.

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 третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»⁵⁷ и Проект ФЗ "О третейских судах"⁵⁸ предусматривают переходные положения относительно рассмотрения споров по ранее заключенным арбитражным соглашениям, которые отсылали к третейским судам, которые не существовали в качестве самостоятельных

⁵⁶ См. ст. 34 Проекта ФЗ "О третейских судах".

⁵⁷ См. п. 22 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ».

⁵⁸ См. ст. 47 Проекта ФЗ "О третейских судах".

юридических лиц, однако которые, если Проект будет принят, должны будут быть зарегистрированы в качестве таковых.⁵⁹

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 "О третейских судах" предусматривает, что в случае прекращения полномочий арбитра другой арбитра назначается в соответствии с правилами, которые были применимы к назначению заменяемого арбитра⁶⁰.

Практика показывает, что недобросовестная сторона с целью затягивания процесса может неоднократно назначать арбитра, который будет под теми или иными предлогами 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".

⁵⁹ См. п. 22 ст. 10 проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «О третейских судах и 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 такой даты, содержащие оговорку об администрировании арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), созданным до даты вступления в силу настоящего Закона, с использованием наименования, в которого создано постоянно действующее арбитражное учреждение, соответствующее требованиям статьи 39 Федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», считаются исполнимыми и рассматриваются как арбитражные соглашения о рассмотрении спора в таком соответствующем требованиям статьи 39 указанного Федерального закона постоянно действующем арбитражном учреждении (при администрировании с его стороны) в соответствии с его наиболее применимыми правилами с учетом настоящей статьи, независимо от того, является ли такое постоянно действующее арбитражное учреждение правопреемником ранее созданного учреждения."

⁶⁰ См. ст. 15 Проекта Закона "О третейских судах".

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 сторон⁶¹, для исключения противоречивого толкования предлагается дополнить данную норму словами "в том числе посредством отсылки к применимому регламенту"..

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 Российской Арбитражной Ассоциации

Хвалеи В.В. 



⁶¹ См. ст. 3 Проекта Закона "О третейских судах".