



СОВЕТ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ПО КОДИФИКАЦИИ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8, стр. 2

Телефон: 606-36-39, факс: 606-36-57

**Принято на заседании Совета
26 мая 2014 г.
№ 130-1/2014**

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по проектам федеральных законов «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»

I. Проект федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Законопроект об арбитраже) и проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Законопроект об изменениях законодательных актов), далее совместно – Законопроекты, направлены на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) Государственно-правовым управлением Президента Российской Федерации (письмо от 14 апреля 2014 г. № А6-3224).

Законопроекты подготовлены Минюстом России совместно с Минэкономразвития России, ТПП РФ и Российским союзом промышленников и предпринимателей во исполнение пункта 11 Перечня поручений по реализации Послания Президента Российской Федерации

Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г. (от 27 декабря 2013 г. № Пр-3086) и пункта 55 поручения Председателя Правительства Российской Федерации от 31 декабря 2013 г. № ДМ-П13-9589. При этом Законопроекты концептуально основаны на Комплексе мер по развитию третейского судопроизводства в Российской Федерации (далее – Комплекс мер), разработанного Минюстом России во исполнение пункта 3 Перечня поручений по реализации Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2012 г. (от 22 декабря 2012 г. № 3410) и поручения Председателя Правительства Российской Федерации от 28 декабря 2012 г. № ДМ-П13-8043. Как проект Комплекса мер, так и принятые в его развитие Законопроекты публиковались на сайте Минюста России, с приглашением заинтересованных лиц и организаций направлять свои комментарии и замечания по проектам, а также являлись предметом многочисленных обсуждений юридической общественности на конференциях и семинарах. Итоговый текст Законопроектов был значительно улучшен по сравнению с первоначальной версией по результатам учета замечаний, поступивших от предпринимательских объединений и экспертного сообщества.

Основной направленностью Законопроектов является развитие третейского судопроизводства в России на качественно новом уровне (Послание Президента России 2012 г.), устранение несоответствия механизмов разрешения хозяйственных споров лучшим мировым практикам, повышение авторитета третейских судов (Послание Президента России 2013 г.). Общая направленность Законопроектов на создание современного эффективного механизма правового регулирования института третейского разбирательства в Российской Федерации с учетом соответствующей мировой практики конкретизируется как состоящая в решении следующих основных проблем: 1) существование «карманных» арбитражных институтов; 2) отсутствие единых требований в отношении третейских институтов, достаточных для предотвращения злоупотреблений; 3)

отсутствие единых квалификационных требований к арбитрам; 4) отсутствие независимых единых органов содействия и контроля для внутреннего и международного третейского разбирательства; 5) отсутствие реальных механизмов ответственности в сфере третейского разбирательства; 6) наличие пробелов в правовом регулировании процессуальных вопросов ведения третейского процесса; 7) наличие неопределенности законодательного регулирования арбитрабельности споров.

II. Анализ Законопроектов позволяет сделать общий вывод о том, что в целом предлагаемое правовое регулирование соответствует целям дальнейшего развития третейского разбирательства в России, повышения авторитета третейских судов, устранения существовавших ранее законодательных пробелов. Указанный вывод особенно применим в отношении внутреннего третейского разбирательства, в рамках которого и возникали основные злоупотребления ввиду недостатков действующего законодательства, что и явилось изначальной причиной проведения законодательных реформ.

Несомненным достоинством Законопроектов является сохранение дуализма в регулировании внутреннего третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража, что при сохранении традиционных для отечественного регулирования подходов к построению законодательства в рассматриваемой сфере и учете текущего состояния института третейского разбирательства в России одновременно позволяет распространить на внутренний арбитраж зарекомендовавшие себя в практике международного арбитража регулятивные решения.

Безусловной поддержки заслуживают положения Законопроектов, направленные на более подробное регулирование целого ряда актуальных проблем в области третейского разбирательства, к которым можно отнести нормы, предусматривающие единые квалификационные требования в отношении арбитров, о конфиденциальности арбитражного разбирательства, об ограничении возможности отмены арбитражного решения при наличии

соглашения сторон о его окончательности, об особом порядке рассмотрения корпоративных споров, об ответственности постоянно действующих арбитражных учреждений и арбитров за убытки, причиненные сторонам разбирательства, и др.

Представляется несомненно оправданным при установлении правил образования и деятельности постоянных арбитражных учреждений в Российской Федерации введение исключений в отношении арбитражных учреждений, образованных Торгово-промышленной палатой Российской Федерации и иными торгово-промышленными палатами, созданными в соответствии с Законом Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации».

Законопроектами закреплён целый ряд правил, показавших свою эффективность на практике, но прежде не нашедших закрепления в законодательстве, таких как положение о действительности арбитражного соглашения при перемене лиц в обязательстве, норма о допустимости заключения так называемых альтернативных соглашений о порядке разрешения споров, предоставляющих только одной из сторон право на передачу спора на рассмотрение в третейский суд или государственный суд, и др.

Представляется оправданным на настоящем этапе развития третейского разбирательства в России введение особого разрешительного порядка образования арбитражных учреждений на ее территории.

Несомненно оправданным является включение в Законопроект об изменениях законодательных актов положений, направленных на дополнение и уточнение норм АПК РФ, в частности по вопросам об арбитрабельности споров, об оспаривании арбитражных решений, о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, о производстве по делам, связанным с выполнением функций содействия в рамках третейского разбирательства. При этом важным и оправданным представляется исключение из статьи 230 АПК РФ пункта 5,

предусматривавшего возможность оспаривания в российских судах иностранных арбитражных решений, вынесенных с применением норм законодательства Российской Федерации, что противоречило как Закону Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА), так и признанным на международном уровне подходам к регулированию этого вопроса.

Заслуживает поддержки исключение из Законопроекта об изменениях законодательных актов положения, существовавшего в предшествующих вариантах законопроекта, предусматривавшего внесение в Уголовный кодекс Российской Федерации нормы об уголовной ответственности третейских судей за вынесение заведомо неправосудных решений, и фиксация в новой редакции Законопроекта ограничения возможности уголовной ответственности лишь случаями ответственности за получение взятки и подделку официальных документов.

Несомненно оправданным представляется включение в Законопроект об изменениях законодательных актов положения о внесении изменений в Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», снимающего ограничение в отношении судей в отставке применительно к выполнению ими функций третейского судьи (арбитра).

III. Несмотря на общую направленность Законопроектов на дальнейшее совершенствование законодательного регулирования третейского разбирательства в России, устранение целого ряда существовавших ранее пробелов в законодательстве, представленные на заключение Законопроекты имеют ряд недостатков как концептуального, так и юридико-технического характера.

1. Замечания концептуального характера.

При том, что на данной стадии подготовки Законопроектов изменение самой концепции их построения едва ли возможно, указание на

концептуальные недостатки по прежнему актуально в виду сохраняющейся возможности соответствующего учета замечаний при доработке отдельных положений Законопроектов.

Замечания концептуального характера уже направлялись в Минюст России по результатам экспертизы Комплекса мер по развитию третейского судопроизводства по состоянию на 16 октября 2013 г. (Заключение Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации от 28 октября 2013 г. № 498-Ц). Принципиальные позиции Совета по направлениям дальнейшего совершенствования законодательства в области третейского разбирательства были также выражены в предшествующих заключениях по ряду законопроектов, касавшихся внесения изменений в Закон о МКА и АПК РФ. Поскольку ряд замечаний оказался неучтенным при работе над Законопроектами, такие замечания по прежнему сохраняют свою актуальность.

1.1. Как уже указывалось, Законопроекты были разработаны во исполнение пункта 11 Перечня поручений по реализации Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 декабря 2013 г., будучи концептуально основанными на Комплексе мер, в свою очередь подготовленному во исполнение пункта 3 Перечня поручений по реализации Послания Президента Российской Федерации от 12 декабря 2012 г. Между тем реформа законодательства по третейскому разбирательству была инициирована ранее – пунктом 39 Плана законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации на 2010 год, утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 23 декабря 2009 г. № 2063-р, предусматривалась подготовка законопроекта «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием международно-правового регулирования рассмотрения международных экономических споров (в части применения обеспечительных мер и уточнения формы арбитражного соглашения)». Соответствующий проект федерального закона

№ 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» был подготовлен Минэкономразвития России и принят Государственной Думой в первом чтении (10 июня 2013 г. было принято решение перенести рассмотрение законопроекта во втором чтении на более поздний срок).

Пунктом 6 раздела I Протокола совещания у Председателя Правительства Российской Федерации от 24 октября 2012 г. № ДМ-П13-45пр предусматривалась разработка федерального закона, обеспечивающего совершенствование механизмов признания и исполнения актов международных третейских судов по финансовым спорам. По итогам соответствующей работы Минюстом России были подготовлены проекты федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и федерального закона «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже». Указанные законопроекты не только явились результатом интенсивной работы соответствующих рабочих групп, но и многократно обсуждались представителями заинтересованных ведомств и организаций, включая Совет (Экспертное заключение Совета от 24 октября 2011 г., протокол № 100, Экспертное заключение Совета от 19 марта 2012 г., протокол № 105, Экспертное заключение Совета от 25 февраля 2013 г. № 115-9/2013, Экспертное заключение Совета от 17 июня 2013 г. № 119-6/2013).

При том, что последующее изменение характера осуществляемой законодательной реформы в сфере третейского разбирательства, в частности, последующее углубление и расширение проводимых реформ представляется допустимым и понятным, едва ли можно согласиться с тем, что достигнутые по итогам интенсивной работы и последующих многократных обсуждений заинтересованными ведомствами законодательные решения, воплощенные в

нормах перечисленных выше законопроектов, оказались полностью проигнорированными при разработке Законопроектов, являющихся предметом настоящего Заключение. В частности, в Законопроектах не нашли отражения законодательные решения, во многом являющиеся результатом компромиссов и учета специфики развития третейского разбирательства в России, касающиеся обеспечительных мер, принимаемых третейскими судами; передачи функций по рассмотрению заявлений об оспаривании решения и выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного арбитража, принятого на территории России, к компетенции федеральных арбитражных судов округов, действующих в качестве судов первой инстанции; возможности полного исключения по соглашению сторон оспаривания решений международных арбитражей, и другие. Углубление и расширение проводимых законодательных реформ в сфере третейского разбирательства не должно приводить к полному отказу от уже достигнутых законодательных решений, которые должны учитываться при разработке Законопроектов.

1.2. Законопроекты исходят из того, что необходимость законодательных реформ в сфере третейского разбирательства обусловлена существованием целого ряда проблем в области третейского судопроизводства в России. На существующие в этой сфере злоупотребления и недостатки регулирования указывалось как в правовой доктрине, так и в обширной судебной практике. Однако, указанный тезис, положенный в основу законодательных реформ, не учитывает, что отмеченные проблемы и злоупотребления типичны именно для «внутреннего» третейского разбирательства и встречаются в деятельности международных коммерческих арбитражей значительно реже. Такая ситуация обусловлена тем, что «внутреннее» третейское разбирательство существует в России всего около двадцати лет и еще переживает период своего становления, в то время как международное арбитражное разбирательство существует в России более

80 лет и всегда соответствовало современным международным регулятивным стандартам.

Радикально иные масштабы проблем и злоупотреблений в сфере международного третейского разбирательства обусловлены и спецификой предпринимательских отношений с участием иностранных лиц, характеризующихся большей профессиональной подготовленностью участников коммерческого оборота, а также иным уровнем правовой культуры участников соответствующих отношений и их представителей.

Соответственно, использование в целом ряде случаев единых регулятивных правил, в равной мере затрагивающих как «внутренний», так и международный арбитраж представляется концептуально необоснованным и может привести к негативным последствиям в сфере арбитража международного. Такие негативные последствия могут выразиться в следующем.

а) Традиционным для российского законодательства в сфере международного коммерческого арбитража является подход, в соответствии с которым правовое регулирование осуществляется по модели, максимально соответствующей принятым на международном уровне стандартам. Именно поэтому при разработке Закона о МКА в начале 90-х годов прошлого века было принято стратегическое решение исходить из текстуального повторения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее – Типовой закон). Как показали последующие 20 лет применения этого закона, такой подход полностью оправдал себя на практике. Например, нет ни одной зарубежной публикации или комментария, в которых бы критиковалось действующее российское законодательство о международном коммерческом арбитраже, что весьма показательно.

Дополнение Закона о МКА многочисленными нормами «извне», в частности, посредством отсылок к тексту закона о «внутреннем» третейском разбирательстве, включение в Закон о МКА формулировок, отличающихся от текста Типового закона повлечет за собой отход от согласованной на

международном уровне модели, что не только изменит восприятие российского законодательства за рубежом, как уже не соответствующего модели Типового закона, но и сделает затруднительным единообразное применение этого закона в соответствии со сложившимися в зарубежной практике подходами.

б) Распространение на международный арбитраж правил, хотя и обоснованных в контексте «внутреннего» арбитража, но не соответствующих сложившимся мировым стандартам законодательного регулирования международного коммерческого арбитража может привести к тому, что российские арбитражные центры окажутся в менее благоприятных конкурентных условиях по сравнению с зарубежными арбитражными институтами. Во-первых, существование в зарубежных юрисдикциях более либерального режима по вопросам арбитрабельности корпоративных споров и споров в отношении недвижимости применительно к международным арбитражным разбирательствам может привести к тому, что стороны будут заинтересованы предпочесть заключать оговорки в пользу иностранных арбитражных центров. Во-вторых, применительно к администрированию зарубежными институтами разбирательств на территории России с неизбежностью возникает вопрос о действительности и исполнимости арбитражных соглашений в пользу указанных институтов в условиях, когда они не получают соответствующего разрешения Минюста России.

Нахождение «внутреннего» третейского разбирательства в России еще на самых ранних стадиях своего развития позволяет сделать вывод о преждевременности чрезмерного сближения и тем более объединения регулятивных режимов, установленных в отношении внутренних и международных арбитражных разбирательств. Соответственно, в целях минимизации указанных выше угроз необходима дальнейшая доработка Законопроектов на предмет приведения измененного Закона о МКА максимально близко к тексту Типового закона, а также выявления круга вопросов, по которым оправдано установление более либерального режима в

отношении международного коммерческого арбитража (арбитрабельность споров, обеспечительные меры и др.). В этой связи также было бы более корректным включить нормы об арбитрабельности споров, с учетом специфики внутреннего и международного арбитража, соответственно в Закон об арбитраже (третейском разбирательстве) и Закон о МКА. Сам подход, в соответствии с которым нормы о неарбитрабельности корпоративных (или иных споров) включаются в АПК РФ (статьи 33 и 225.1) и ГПК РФ (статья 22) представляется ошибочным. Вопрос о арбитрабельности связан с проблемой действительности арбитражного соглашения, которое носит не только процессуальный, но и материально-правовой характер. Между тем АПК РФ и ГПК РФ призваны регулировать лишь процедуру рассмотрения споров в государственных судах.

1.3. К числу концептуальных недостатков Законопроектов также следует отнести решение разработчиков ограничить компетенцию международных коммерческих арбитражей посредством замены формулировки пункта 2 статьи 1 Закона о МКА о возможности передачи в международный арбитраж «споров предприятий с иностранными инвестициями ..., созданных на территории Российской Федерации, между собой, споров между их участниками, а равно их споров с другими субъектами права Российской Федерации» формулировкой обновленного пункта 3 статьи 1 о возможности передачи в международный арбитраж «также споров, возникших в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации». Предлагаемая разработчиками формулировка может иметь далеко идущие негативные последствия для развития международного коммерческого арбитража в России, т.к. ее можно толковать таким образом, что применительно к иностранным инвестициям речь идет лишь о спорах, которые непосредственно связаны с процессом инвестирования (например, споры из договоров купли-продажи акций или долей российских компаний). При этом споры из других договоров, одним из участников которых выступает

российская компания с иностранным участием, к сфере международного коммерческого арбитража отнесены быть не смогут.

Указанный подход является выражением содержащегося в Комплексе мер тезиса (Раздел II, пункты 5-6) «об искусственном расширении компетенции международного коммерческого арбитража за счет включения в нее споров с участием предприятий с иностранными инвестициями» с последующим выводом о необходимости устранения указанного расширения компетенции. Такой подход представляется ошибочным.

Прежде всего, анализ практики ведущего российского арбитражного учреждения - МКАС при ТПП РФ (далее МКАС) позволяет сделать вывод, что споры между российскими коммерческими организациями, одна или обе из которых имеют иностранные инвестиции, составляют 20 - 30 % от всех рассматриваемых споров за год. При этом значительное число таких дел касается споров между коммерческими организациями, доля иностранного капитала в которых составляет 100 %. В этой связи возникает вопрос о том, будет ли оправданным принудительно относить подобного рода споры исключительно к сфере «внутреннего» третейского разбирательства, которое, как уже отмечалось выше, еще находится на начальном этапе своего развития и не пользуется безусловным доверием со стороны иностранных инвесторов. Именно в отношении споров с участием двух спорящих сторон со значительным иностранным капиталом возникает большая вероятность того, что в случае принятия соответствующих изменений в законодательство такие споры будут передаваться на рассмотрение зарубежных арбитражных центров. Если каждая из таких сторон обладает значительным имущественным комплексом за пределами Российской Федерации, что как раз и имеет место, сформулированные в российской судебной практике ограничения на передачу «внутренних» споров в зарубежные третейские суды будут не эффективны, т.к. исполнить решение зарубежного арбитража можно будет и за пределами Российской Федерации. Лишение организаций со значительной долей иностранного капитала возможности предпочесть

рассмотрение споров с их участием в соответствии с законодательством о международном коммерческом арбитраже в арбитражном учреждении, имеющем признанную международную репутацию, каким является МКАС, будет с неизбежностью вести к оттоку таких споров в зарубежные арбитражные центры, что прямо противоречит направленности Законопроектов на повышение привлекательности России как места арбитража, при том, что каких-либо преимуществ такой подход не имеет.

Ссылки сторонников такого подхода на его распространенность за рубежом едва ли убедительны – заинтересованность Российской Федерации во всемерном привлечении иностранных инвестиций, а также положительная практика применения соответствующего положения Закона о МКА в МКАС и МАК при ТПП РФ на протяжении более чем 20 лет полностью оправдывает сохранение возможности относить к сфере международного коммерческого арбитража и споры с участием коммерческих организаций с иностранными инвестициями.

Применительно к вопросу о возможности отнесения к компетенции международного арбитража споров с участием российских коммерческих организаций с иностранными инвестициями следует учитывать и положения российского законодательства об иностранных инвестициях, а также международных договоров с участием Российской Федерации. В действующем Федеральном законе от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», в котором вместо понятия «предприятие с иностранными инвестициями» используется аналогичное понятие – «коммерческая организация с иностранными инвестициями» (см., например, статьи 2, 4) установлено, что коммерческие организации с иностранными инвестициями, иностранное участие в уставном капитале которых составляет не менее 10 %, пользуются в Российской Федерации льготами, предусмотренными для иностранных инвесторов. Как известно, основной направленностью самого Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» является определение

основных гарантий прав иностранных инвесторов при осуществлении ими предпринимательской деятельности в России. При этом, к числу льгот, предоставляемых иностранным инвесторам, в том числе в случае инвестирования средств в уставные капиталы российских компаний, относится и возможность передавать возникающие в ходе предпринимательской деятельности споры в международный коммерческий арбитраж. Поскольку в тексте указанного Закона используется термин, отличный от существовавшего ранее, то соответствующим образом можно скорректировать и формулировку статьи 1 Закона о МКА, не отказываясь от общего подхода по отнесению соответствующей категории споров к компетенции международных коммерческих арбитражей.

В контексте рассматриваемого вопроса следует учитывать и положения Типового соглашения между Правительством Российской Федерации и правительством [соответствующего иностранного государства] о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 г. № 456 (далее – Типовое соглашение). На основе указанного Типового соглашения заключены десятки двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений с участием Российской Федерацией. Помимо предоставления иностранным инвесторам соответствующих льгот, к числу которых, как указывалось, можно отнести и возможность разрешения споров с участием иностранных инвесторов в международном коммерческом арбитраже, статья 8 Типового соглашения прямо предусматривает, в частности, что споры, возникающие в связи с капиталовложением инвестора на территории Договаривающейся Стороны, могут по выбору инвестора быть переданы на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, либо в арбитражный суд *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, либо в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров. Вполне очевидно, что под

арбитражем Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, имеется в виду не «внутренний» арбитраж, а арбитраж именно международный. При этом также следует учитывать и то, что в соответствии с пунктом «б» статьи 1 Типового соглашения, под капиталовложениями понимаются все виды имущественных ценностей, которые вкладываются инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законодательством последней, включая акции, вклады и другие формы участия в капитале коммерческих организаций. Таким образом, устранение «искусственного расширения сферы действия Закона о МКА» с неизбежностью приведет к нарушению уже существующих обязательств Российской Федерации по двусторонним международным договорам о поощрении и взаимной защите инвестиций.

1.4. Существенным концептуальным недостатком Законопроектов является отсутствие подробного регулирования по вопросу об обеспечительных мерах в арбитраже. Как известно, подробные положения по обеспечительным мерам являются важной составной частью обновленного Типового закона ЮНСИТРАЛ, изменения и дополнения в который были приняты Комиссией ООН по праву международной торговли на ее 39-й сессии в 2006 году. Хотя в пояснительных записках к каждому из Законопроектов указано, что они основаны на положениях Типового закона с учетом изменений, внесенных в этот закон в 2006 году, указанный тезис точно не применим к регулированию обеспечительных мер, являющемуся центральным вопросом обновленного Типового закона. Оба Законопроекта содержат лишь одну текстуально совпадающую статью, в которой говорится о праве третейского суда распорядиться о принятии одной из сторон обеспечительных мер, о возможности потребовать от любой стороны надлежащее обеспечение в связи с обеспечительными мерами, а также о том, что процессуальные акты третейского суда о принятии обеспечительных мер подлежат выполнению сторонами.

Соответственно, остается открытым вопрос о том, каковы могут быть санкции за неисполнение стороной процессуального акта третейского суда о принятии обеспечительных мер, что не может не означать, что по сути речь идет лишь о добровольном исполнении указанных мер. Таким образом, в Законопроектах отсутствуют какие-либо положения, соответствующие нормам проекта федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации», содержащим правила о видах обеспечительных мер, о временном характере таких мер, об условиях применения обеспечительных мер, о предварительных постановлениях, действующих в определенных временных рамках, о правовом режиме предварительных постановлений, имеющих обязательную силу лишь для сторон разбирательства, о возможности изменения, приостановления и отмены обеспечительной меры или предварительного постановления о встречном обеспечении, раскрытии информации, ответственности за издержки и убытки, причиненные обеспечительной мерой. И, как уже отмечалось, в Законопроектах отсутствует центральная норма по вопросам регулирования обеспечительных мер – норма, предусматривающая механизм признания и приведения в исполнение государственными судами принимаемых третейскими судами обеспечительных мер. О необходимости включения такой нормы в российское законодательство по международному коммерческому арбитражу неоднократно отмечалось в заключениях Совета (Экспертное заключение от 24 октября 2011 г., протокол № 100, Экспертное заключение от 19 марта 2012 г., протокол № 105, Экспертное заключение от 25 февраля 2013 г. № 115-9/2013).

Разработка и обсуждение заинтересованными ведомствами предшествующих законопроектов по вопросам третейского разбирательства показали, что положения об обеспечительных мерах в контексте международного третейского разбирательства являются наиболее

проблемными и вызывают как положительную, так и резко отрицательную оценку применительно к перспективам включения соответствующих норм в российское законодательство. Такая ситуация обусловлена опасениями, что недобросовестное обращение к институту обеспечительных мер в условиях становления третейского разбирательства в России может иметь самые серьёзные негативные последствия.

Не отрицая указанной опасности, представляется, что полное исключение из российского законодательства института принудительно исполнимых обеспечительных мер, выносимых третейскими судами, будет означать как существенное отступление от действующей редакции Типового закона, так и несоответствие российского законодательства современным регулятивным стандартам, принятым за рубежом, что неизбежно скажется на популярности России как места международных арбитражных разбирательств. В таких условиях представляется целесообразным дополнить Законопроект об арбитраже нормами Типового закона об обеспечительных мерах, нашедшими закрепление в проекте федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации». Что же касается возможности принудительного исполнения обеспечительных мер, то такое положение может быть предусмотрено лишь в отношении ограниченной и конкретно поименованной категории лиц, обладающих соответствующим процессуальным статусом, например, в отношении председателей арбитражных учреждений, имеющих признанную репутацию. Например, пунктом 7 Положения о МКАС при ТПП РФ и пунктом 4 Положения о МАК при ТПП РФ (как в предшествующей, так и измененной редакции) установлено, что председатель названных судов может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования, включая полномочие председателя МАК при ТПП РФ вынести постановление о наложении ареста на находящееся в российском порту судно или груз другой стороны. Именно в отношении подобной категории

обеспечительных мер и может быть предусмотрен механизм принудительного исполнения на определенный переходный период.

1.5. К числу концептуальных недостатков Законопроектов также может быть отнесено отсутствие адекватного правового регулирования в отношении арбитражей *ad hoc*. Устанавливая достаточно жесткие правила регистрации и функционирования постоянно действующих арбитражных учреждений, Законопроектами не предусматривается введение аналогичных дополнительных требований к созданию и ведению деятельности третейских судов *ad hoc*, т.е. в них отсутствует регламентация деятельности организаций, предполагающих оказывать на систематической основе содействие проведению указанной категории арбитражей. Такое содействие на практике может заключаться, в частности, в оказании помощи в назначении арбитров, принятии решений об отводе арбитров или прекращении их полномочий по иным основаниям, направлении документов сторонам и арбитрам, получении аванса арбитражных расходов и его дальнейшем перечислении с учетом установленного их распределения и т.д. (см., например, рекомендации ЮНСИТРАЛ в помощь органам, оказывающим содействие арбитражным разбирательствам в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ). Иными словами, деятельность по осуществлению упомянутого содействия во многом сходна с деятельностью постоянно действующих арбитражных учреждений по администрированию арбитражных разбирательств.

Отсутствие адекватного регулирования указанной деятельности противоречит основной направленности Законопроектов на предотвращение злоупотреблений в сфере третейского разбирательства, повышение популярности арбитража и формирование реальных механизмов ответственности в сфере третейского разбирательства. Также следует иметь в виду, что применительно к возможности обращения сторон к использованию арбитража *ad hoc* или арбитража, администрируемого постоянно действующими арбитражными учреждениями, речь идет о своего рода

«сообщающихся сосудах». Неоправданное ужесточение регулирования одного компонента может вести к поощрению другого. В этой связи не исключена реальная опасность попыток обхода предлагаемых мер в отношении институционального арбитража посредством роста популярности арбитражей ad hoc, а также «оффшоризации» арбитражных разбирательств (переноса места арбитражного разбирательства на территорию других стран с более либеральным законодательным режимом).

Соответственно, в отношении организаций, которые на регулярной основе оказывают содействие арбитражам ad hoc, целесообразно предусмотреть такие же требования как и в отношении постоянно действующих арбитражных учреждений. В противном случае, все другие меры, направленные на борьбу со злоупотреблениями в сфере третейского разбирательства, будут лишены всякого практического смысла.

2. Замечания по отдельным положениям.

2.1. Дальнейшей доработки и уточнения требуют положения как Законопроекта об арбитраже, так и измененного Закона о МКА, касающиеся определения случаев субсидиарного применения Закона об арбитраже к проводимым на территории России международным арбитражным разбирательствам. В существующей редакции Законопроектов исчерпывающим образом определить случаи такого применения весьма непросто. Так, Законопроект об арбитраже предусматривает в пункте 2 статьи 1, что он не применяется к международному коммерческому арбитражу, за исключением случаев, предусмотренных самим Законопроектом и законодательством о международном коммерческом арбитраже. При этом пункт 4 этой же статьи устанавливает, что положения статей 39 и 43, пункта 11 статьи 44 и пунктов 8 и 9 статьи 45, Разделов X, XI, XII этого Закона распространяются на международный арбитраж в случае если местом арбитража является Российская Федерация. Таким образом, в соответствии с указанными положениями получается, что статья 47

Законопроекта об арбитраже, входящая в Раздел IX, к международному арбитражу не применима. Но указанный вывод будет ошибочен, т.к. в соответствии с пунктом 2 статьи 1 Закона о МКА в обновленной редакции не урегулированные этим законом вопросы, связанные с созданием и деятельностью на территории России постоянно действующих арбитражных учреждений, хранением материалов дел и внесением изменений в публичные реестры в России на основании третейских решений, соотношения медиации и арбитража, а также требований к арбитрам и ответственности арбитров и арбитражных учреждений регулируются в соответствии с Федеральным законом об арбитраже (статья 47 Законопроекта об арбитраже как раз и касается вопросов создания и деятельности арбитражных учреждений). В целях максимальной точности и предсказуемости регулирования как Законопроект об арбитраже, так и измененный Закон о МКА должны включать в себя полный и исчерпывающий перечень всех положений указанного законопроекта, subsidiarily применимых к международным разбирательствам на территории России.

2.2. Недостаточно проработанными представляются положения Законопроекта об арбитраже, касающиеся вопросов администрирования арбитражных разбирательств на территории России иностранными постоянно действующими арбитражными учреждениями. В соответствии с пунктом 3 статьи 1 Законопроекта об арбитраже, пункты 3, 4 и 6 статьи 44 этого законопроекта могут применяться также к созданным за пределами Российской Федерации арбитражным учреждениям, администрирующим арбитраж на территории Российской Федерации. Из этого следует, что, согласно пункту 3 статьи 44, «иностранное постоянно действующее арбитражное учреждение рассматривается в качестве постоянно действующего арбитражного учреждения для целей настоящего Федерального закона только при условии получения ими разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения в соответствии с настоящим Федеральным законом». Пункт 4 предусматривает

необходимость получения разрешения Минюста России, причем пункт 6 указывает, что такое разрешение будет выдано только если иностранное арбитражное учреждение «обладает широко признанной международной репутацией». В этой связи прежде всего возникает вопрос о том, что понимается под «признанной международной репутацией» и каковы ее компоненты, будет ли это отсутствие отказов в приведении в исполнение выносимых решений на территории России, или определенный процент таких отказов (критерий, используемый во втором абзаце подпункта 6 пункта 5 статьи 44 Законопроекта об арбитраже). Едва ли такой подход будет являться корректным ввиду имеющейся статистики по отказам исполнения в России решений даже самых известных в мире арбитражных учреждений. Представляется, что критерий «признанной международной репутации» трудно реализуем на практике.

Очевидно, что многие ведущие иностранные арбитражные учреждения не получают такое разрешение сразу после вступления в силу нового закона, а некоторые вообще откажутся это делать из принципиальных соображений. В этой связи возникает вопрос о том, к чему приведет нарушение этих предписаний законопроекта: с точки зрения Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Европейской конвенции 1961 г. несоблюдение такого рода формальных требований не будет порочить ни арбитражное соглашение, ни арбитражное решение, и оснований для отмены вынесенного в рамках такого арбитража решения в соответствии со статьей 34 Закона о МКА не будет. При этом даже если такое решение будет российским государственным судом отменено, оно все равно может быть исполнимо за рубежом.

В результате практический эффект от этой нормы будет только один – отказ согласовывать Россию в качестве места проведения разбирательства и изменение соответствующих арбитражных оговорок, даже если ранее они предусматривали проведение разбирательства на территории России.

2.3. Не представляется удачным правило статьи 11 Законопроекта об арбитраже, в соответствии с которым в случаях, когда стороны не смогли

реализовать предусмотренную ими процедуру назначения арбитров или когда третье лицо, наделенное соответствующими полномочиями соглашением сторон, не выполняет своих функций, и при этом стороны исключили возможность разрешения соответствующего вопроса компетентным судом, рассмотрение спора в третейском суде прекращается и он может быть передан в государственный суд. Указанное положение может привести к тому, что недобросовестная сторона всегда сможет лишить арбитражное соглашение юридической силы, искусственно создавая спор о назначении арбитров или отказываясь осуществлять предусмотренные соглашением действия по назначению арбитров.

2.4. Представляется недопустимым изменение формулировки одного из оснований для отмены арбитражных решений, предусмотренное новой редакцией подпункта 1 пункта 2 статьи 34 Закона о МКА и подпунктом 1 пункта 2 статьи 40 Законопроекта об арбитраже, в соответствии с которой арбитражное решение может быть отменено, если сторона, подающая заявление об отмене, представит доказательства того, что «арбитражное решение является недействительным по основаниям, предусмотренным применимым правом». Указанная формулировка является неоправданным отходом от текста статьи 34 Типового закона, следование которому декларируется в преамбуле Законопроектов. При этом сложно понять, почему включение более расплывчатой и очевидно направленной на расширение оснований для отмены решений формулировки получает приоритет над соображениями сохранения унифицированного с международными стандартами и апробированного на практике положения законодательства. Неизбежным результатом такой новеллы может стать уменьшение числа заключаемых в пользу российских арбитражей оговорок ввиду опасений сторон по поводу содержания и перспектив толкования указанной нормы, а также неизбежная оценка такого изменения зарубежными экспертами как проявление дальнейшего отхода российского законодательства от ключевых положений Типового закона.

Неоправданные отступления от унифицированного текста Типового закона, а также обязательных для России положений Нью-Йоркской конвенции делаются и в пункте 1 статьи 36 Закона о МКА в обновленной редакции (в части формулировки о недействительности арбитражного соглашения, добавления уточнения о неосведомленности стороны о времени и месте заседания третейского суда, уважительности причин непредставления объяснений).

2.5. Пунктом 1 статьи 34 обновленной редакции Закона о МКА и пунктом 1 статьи 40 Законопроекта об арбитраже предусмотрено правило, в соответствии с которым указание в арбитражном соглашении на окончательность арбитражного решения не лишает стороны возможности оспорить решение по основаниям неарбитрабельности спора и противоречия решения публичному порядку России (подпункт 2 пункта 2 указанных статей).

С таким подходом нельзя согласиться и положение о сохранении за сторонами права оспаривания по названным основаниям при исключении сторонами такой возможности должно быть удалено. Прежде всего, в большинстве правопорядков, которые допускают заключение сторонами соглашения об исключении оспаривания арбитражных решений, такое исключение применяется ко всем основаниям оспаривания арбитражных решений. Логика, на которой основана возможность исключения оспаривания в равной степени применима ко всем основаниям, так как в процедуре выдачи исполнительного листа государственный суд может проверить соблюдение всех соответствующих оснований, включая те, которые перечислены в подпункте 2 пункта 2 указанных статей. Кроме того, при сохранении указанной новеллы сама возможность заключения соглашения об окончательности решения утрачивает всякий смысл, т.к. анализ судебной практики позволяет констатировать, что практически в 100 % случаев при оспаривании арбитражных решений стороны непременно ссылаются на нарушение публичного порядка. Соответственно, даже при

наличии соглашения об исключении оспаривания суд практически всегда будет вынужден принимать соответствующее заявление к рассмотрению.

2.6. Подпункт 2 пункта 1 статьи 36 Закона о МКА в измененной редакции и подпункт 2 пункта 1 статьи 42 Законопроекта об арбитраже применительно к такому основанию для отказа в приведении в исполнение третейского решения как его противоречие публичному порядку целесообразно дополнить правилом, содержащимся в п. 1 (h) Рекомендации 2002 г. Ассоциации международного права в отношении публичного порядка, в соответствии с которым если часть решения, которая нарушает публичный порядок, может быть отделена от оставшихся положений решения, которые его не нарушают, то та часть решения, которая не нарушает публичный порядок, может быть признана и приведена в исполнение. Указанное правило аналогично подходу, используемому в названных статьях Законопроектов в отношении арбитражных решений, содержащих постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения.

2.7. Согласно Законопроектам (статья 6, пункты 3 - 5 статьи 11 Законопроекта об арбитраже, пункты 3 - 4 статьи 11 измененной редакции Закона о МКА), если стороны не договорятся о выборе арбитров, то, по общему правилу (если стороны прямо не исключили своим соглашением такую возможность) по просьбе стороны назначать арбитров будут российские государственные суды.

Прежде всего, такое предложение не учитывает то обстоятельство, что государственные суды в России перегружены делами и едва ли смогут оперативно осуществлять указанные функции. Кроме того, может возникнуть ситуация конфликта интересов в случае последующего рассмотрения судом дела о выдаче исполнительного листа на решение данного третейского суда или об отмене такого решения. Судья может оказаться перед необходимостью дать оценку действиям назначенного им самим (или его коллегой) арбитра, что едва ли будет способствовать объективности в

решении вопросов, связанных с оспариванием третейских решений (выдачей исполнительного листа).

Как в отношении полномочий, перечисленных в указанных статьях, так и полномочий по отводу и прекращению полномочий арбитров (пункт 3 статьи 13, пункт 1 статьи 14 обновленной редакции Закона об МКА, пункт 3 статьи 13, пункт 1 статьи 14 Законопроекта об арбитраже) было бы правильным их сохранение в контексте международного коммерческого арбитража за Президентом ТПП РФ. Прежде всего, такое регулирование предусмотрено действующим законодательством и каких-либо сложностей по его реализации не возникало. Кроме того, соответствующие полномочия на Президента ТПП РФ возложены Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Указанная новелла основана на переоценке реальной готовности судов взять на себя указанные функции и не имеет под собой какой-либо практической целесообразности.

2.8. Пунктом 3 статьи 13 Законопроекта об арбитраже и пунктом 3 статьи 13 Закона о МКА в измененной редакции предусматривается, что решение об отказе в удовлетворении заявления об отводе по общему правилу можно оспорить в государственном суде. Данная возможность на практике будет использоваться недобросовестными сторонами для затягивания арбитражного разбирательства. Кроме того, несмотря на декларируемую возможность продолжения разбирательства, существует опасность, что арбитры будут склонны «перестраховаться» и дожидаться решения государственного суда по вопросу об отводе. Представляется неоправданным установление возможности вмешательства государственных судов на этой предварительной стадии, поскольку в последующем правильность выводов арбитражного учреждения по вопросу отвода может быть проверена судом в ходе процедуры отмены арбитражного решения или выдачи исполнительного листа. Также остается не урегулированным вопрос о том, как должен поступить государственный суд, если к моменту рассмотрения им заявления об отводе арбитрами уже вынесено арбитражное решение.

2.9. Не представляется возможным согласиться с регулированием, предложенным в пункте 8 статьи 7 Законопроекта об арбитраже и в пункте 8 статьи 7 измененной редакции Закона о МКА, распространяющих правила о договорах присоединения на арбитражные соглашения. Аналогичное положение отсутствует в Типовом законе, неизвестно оно и в странах с развитым арбитражным законодательством. Прежде всего, в международном коммерческом арбитраже не рассматриваются споры с участием граждан – потребителей, которые могут требовать особой правовой защиты. В пункте 2 статьи 428 ГК РФ о договорах присоединения указано, что присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать его расторжения или изменения, если, в частности, договор присоединения лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида. В международном коммерческом обороте является именно обычной практикой включение арбитражных оговорок в контракты, имея ввиду, что Нью-Йоркская конвенция 1958 г. предусматривает обязательство государств-участниц признавать арбитражные соглашения, а также признавать и приводить в исполнение арбитражные решения, вынесенные на основе таких соглашений. Кроме того, с учетом обычного субъектного состава спорящих сторон в контексте международных хозяйственных сделок предлагаемое нововведение практически не реализуемо, т.к. пункт 3 статьи 428 ГК РФ предусматривает, что требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор. Едва ли можно отрицать, что сторона-предприниматель, заключившая договор, должна была знать содержание включенной в договор арбитражной оговорки.

Следует также иметь в виду, что по общему правилу арбитражные соглашения регулируются правом места проведения арбитража. Соответственно, рассматриваемое правило о договорах присоединения будет

в большинстве случаев распространяться на проводимые в России арбитражи и не действовать в отношении арбитражных разбирательств, проводимых за рубежом. Вряд ли такая ситуация будет способствовать повышению конкурентоспособности российских арбитражных центров. На основе сказанного представляется целесообразным исключить норму о договорах присоединения из Законопроектов или ограничить ее действие исключительно арбитражными соглашениями с участием физических лиц, не осуществляющих предпринимательскую деятельность.

2.10. Обновленные положения пункта 2 статьи 33 АПК РФ и аналогичного по содержанию пункта 5 статьи 22 ГПК РФ устанавливают широкий перечень отношений, споры из которых не могут быть предметом третейского разбирательства. При этом в каждой из названных статей содержится положение, в соответствии с которым в третейский суд не могут передаваться споры «и в иных случаях, прямо предусмотренных федеральным законом». Включение такой открытой формулировки представляется некорректным – в законодательстве должен содержаться либо закрытый перечень всех отношений, споры из которых неарбитрабельны, либо общее дополняющее указание, что неарбитрабельность определенных споров может быть установлена в федеральном законе.

Кроме того, как уже отмечалось, представляется ошибочным подход, в соответствии с которым нормы об арбитрабельности (неарбитрабельности) соответствующих категорий споров помещаются в процессуальные кодексы, а не отраслевые законы или законы, непосредственно посвященные вопросам третейского разбирательства. В результате такого подхода сложно установить различные режимы применительно к вопросу об арбитрабельности в отношении внутреннего и международного арбитражного разбирательства. Примером нормы, устанавливающей общий режим арбитрабельности как в отношении внутренних, так и международных споров является статья 225.1 АПК РФ. Недостаток такого

подхода состоит в том, что нормы российского процессуального законодательства никак не могут запретить иностранным компаниям, владеющим акциями российских компаний (иногда владеющим даже не напрямую, а косвенно), рассматривать споры между собой за пределами России с последующим исполнением этих иностранных решений за счет иностранных активов. Именно так и происходит в настоящее время: при существующем жестком режиме в отношении арбитрабельности корпоративных споров зарубежные арбитражи охотно рассматривают многочисленные российские корпоративные споры, а российские арбитражи вынуждены признавать отсутствие у себя компетенции, что неизбежно приводит к оттоку соответствующей категории споров за рубеж. Такой общий режим арбитрабельности споров, предусмотренный положениями Законопроекта об изменениях законодательных актов, прямо противоречит декларируемой в Комплексе мер цели максимального повышения привлекательности России как места арбитража.

2.11. Законопроектом об изменениях законодательных актов предусматривается дополнение статьи 22 АПК РФ частью 6, в соответствии с которой признаются неарбитрабельными гражданско-правовые споры из отношений, связанных с заключением и изменением договоров в соответствии с законодательством о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. С указанным подходом нельзя согласиться, особенно в контексте международного арбитража, где третейское разрешение споров, одной из сторон которых выступает государство, является широко распространенной практикой. В соответствии со статьей 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений. Вступая в указанные отношения, соответствующие государственные и муниципальные образования должны иметь возможность заключать арбитражные

соглашения, что особенно актуально применительно к договорным отношениям с иностранными контрагентами, для которых именно эта форма разрешения споров является наиболее предпочтительной (иностранцы по понятным причинам неохотно соглашались на разрешение споров с государственным образованием в государственном суде соответствующей страны). Если же какие-то категории споров из рассматриваемой сферы отношений и могут признаваться неарбитрабельными, то это целесообразно предусматривать непосредственно в законодательстве, например, в Федеральном законе от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», без установления столь всеобъемлющего правила в АПК РФ. Анализ практики МКАС позволяет констатировать, что в указанном арбитражном учреждении были успешно рассмотрены десятки споров с участием государственных и муниципальных образований из отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

2.12. Законопроектом об арбитраже (пункт 1 статьи 44) предусмотрено правило о том, что в Российской Федерации постоянно действующие арбитражные учреждения создаются лишь в форме некоммерческих организаций (за исключением арбитражных учреждений, действующих при Торгово-промышленных палатах). При этом в Законопроектах отсутствуют какие-либо положения о функциях и статусе единоличного исполнительного органа (руководителя) таких юридических лиц. С организационно-правовой точки зрения также остается неурегулированным вопрос о статусе и полномочиях председателя арбитражного учреждения. Как известно, в арбитражных учреждениях, действующих при торгово-промышленных палатах, а также и за рубежом предусматривается особая процессуальная роль председателей постоянно действующих арбитражных учреждений, включая полномочия о принятии обеспечительных мер. При том, что в Законопроектах подробно урегулированы вопросы формирования и функций

Комитетов по назначению, нормы о которых не имеют аналогов в зарубежном законодательстве, регулирование полномочий председателей арбитражных учреждений не нашло отражение в Законопроектах. Соответственно, Законопроекты необходимо дополнить положениями, определяющими функции и процессуальный статус председателей арбитражных учреждений и руководителей некоммерческих организаций.

2.13. В соответствии с пунктом 2 статьи 39 Законопроекта об арбитраже, решение третейского суда, постановление о прекращении разбирательства, а также материалы дела хранятся в течение 5 лет с даты прекращения арбитражного разбирательства, если правилами арбитражного учреждения не определен иной срок. Представляется, что в отношении возможности изменения указанного срока должно быть установлено, что такое изменение допускается лишь в сторону его увеличения.

2.14. Излишне формализованными выглядят, по нашему мнению, положения пунктов 2 – 5 статьи 47 Законопроекта об арбитраже о так называемых комитетах по назначениям, предусматривая жесткие требования к их созданию, персональному составу, ежегодной ротации. Как уже отмечалось, подобные правила не имеют аналогов в зарубежном законодательстве об арбитраже. Правила, которые могут содержаться в регламентах арбитражных учреждений, совсем не обязательно должны возводиться в ранг императивных предписаний закона.

2.15. Вызывает сомнения корректность формулировки пункта 1 статьи 47 Законопроекта об арбитраже, в соответствии с которой «запрещается обуславливать назначение (избрание) арбитров сторонами их принадлежностью к списку рекомендованных арбитров, если иное прямо не согласовано сторонами». Представляется, что подобное правило может быть сформулировано лишь применительно к избранию арбитров сторонами, сохраняя возможность установления такого ограничения применительно к назначению арбитров арбитражными учреждениями в отсутствие выбора сторон. Поскольку назначают арбитров соответствующие коллегиальные

органы, а избирают – стороны, то из текста пункта 1 необходимо исключить слово «назначение», при этом сняв скобки у слова «избрание».

Пунктом 1 статьи 47 Законопроекта об арбитраже также предусмотрено правило, в соответствии с которым установлена обязанность постоянно действующего арбитражного учреждения вести и публиковать рекомендованный им список арбитров, состоящий не менее чем из 30 человек (в постоянно действующем арбитражном учреждении, правилами которого предусматривается администрирование международного коммерческого арбитража, не менее одной трети от указанного списка должны составлять лица, получившие образование за рубежом). Требование к количеству в рекомендованном списке лиц, получивших образование за рубежом, сформулировано не вполне корректно, поскольку арбитражное учреждение может утверждать несколько списков арбитров, рекомендованных для участия в разрешении различных категорий споров, например, споров внутренних и споров международных. Но предложенная формулировка названного положения Законопроекта может толковаться как устанавливающая требование о наличии зарубежного образования у одной трети от общего списка арбитров, а не от того, который утверждался применительно к администрированию международных коммерческих споров. Соответственно, представляется целесообразным уточнить пункт 1 статьи 47 Законопроекта об арбитраже указанием на то, что если арбитражное учреждение ведет отдельные списки арбитров для целей администрирования арбитража внутренних споров и международного коммерческого арбитража, требование пункта 1 о количестве лиц, получивших образование за рубежом, применяется к каждому из этих списков в отдельности. При этом представляется возможным снижение представительства лиц, имеющих иностранное образование до 25 %.

2.16. Статья 50 Законопроекта об арбитраже предусматривает ответственность арбитражных учреждений перед сторонами арбитража только в виде возмещения убытков, причиненных им вследствие

неисполнения или ненадлежащего исполнения арбитражным учреждением своих функций по администрированию арбитража или связанных с его проведением обязанностей при наличии умысла или грубой неосторожности. В этой связи необходимо отметить, что в большинстве иностранных арбитражных регламентов ответственность арбитражного учреждения ограничена только совершением умышленных действий. Пункт 4 статьи 401 ГК РФ также допускает возможность исключения ответственности, кроме ответственности за умышленные нарушения. Поэтому представляется оправданным исключить из указанной статьи ответственность за грубую неосторожность. Такой подход будет не только соответствовать международной практике, но и позволит избежать опасности использования этой нормы недобросовестными сторонами для оказания давления на арбитражное учреждение.

2.17. Положения подпункта 2 пункта 9 статьи 45 Законопроекта об арбитраже, предусматривающие обязанность постоянно действующего арбитражного учреждения публиковать на сайте информацию о подаче искового заявления при рассмотрении корпоративных споров, вступают в противоречие с принципом конфиденциальности арбитражного разбирательства. Подобная норма не имеет аналога в зарубежном законодательстве.

2.18. Дальнейшего уточнения требует формулировка последнего предложения абзаца первого пункта 1 Положения о МКАС при ТПП РФ, в котором предусматривается, что МКАС может администрировать третейское разбирательство в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» «в случаях и в порядке», предусмотренных этим федеральным законом. Это положение может пониматься таким образом, что МКАС может администрировать соответствующую категорию споров только в случае, если в названном федеральном законе имеется соответствующее прямое указание. А поскольку в последней редакции Законопроекта об арбитраже такого указания нет, то и

администрировать такие споры МКАС не может. Представляется, что возможность администрирования МКАС соответствующих споров при условии соблюдения положений Законопроекта об арбитраже должна быть прямо предусмотрена в пункте 1 Положения. Сказанное также применимо к пункту 1 положения о МАК.

2.19. Во избежание коллизии в правовом регулировании целесообразно исключить из Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» пункт 3 части 1 статьи 6, который предусматривает, что в качестве одной из своих основных функций саморегулируемая организация образует третейские суды для разрешения споров, возникающих между членами саморегулируемой организации, а также между ними и потребителями произведенных членами саморегулируемой организации товаров (работ, услуг), иными лицами, в соответствии с законодательством о третейских судах.

3. Замечания юридино-технического характера.

3.1. В пункте 18 статьи 1 Законопроекта об изменениях законодательных актов в словосочетании «в выдаче признании» следует исключить слово «выдаче».

3.2. Законопроектом об изменениях законодательных актов (подпункт «в» пункта 7 статьи 12) предусматривается внесение изменений в пункты 3 и 4 статьи 11 Закона о МКА. Между тем в самом тексте изменений содержится указание лишь на пункт 3 указанной статьи.

3.3. В пункте 3 статьи 13 Законопроекта об арбитраже слова «в пункте 1» следует заменить словами «в пункте 2».

3.4. В подпункте 3 пункта 2 статьи 36 Законопроекта об арбитраже после слова «стало» необходимо добавить слова «ненужным или» для приведения текста в соответствие с Типовым законом.

3.5. В последнем предложении пункта 1 статьи 45 Законопроекта об арбитраже отсылку к пункту 1 «настоящей статьи» целесообразно заменить

отсылкой к пункту 1 статьи 44, т.к. впервые понятие выдаваемого Минюстом России разрешения определяется именно в этой норме, а пункт 1 статьи 45 сам содержит отсылочную норму к пункту 1 статьи 44.

* * *

Вывод: проект федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» могут быть поддержаны при условии их дальнейшей доработки в соответствии с высказанными замечаниями.

Председатель Совета



В.Ф. Яковлев