



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
25 февраля 2013 г.
№ 115-9/2013**

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по проекту федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»

I. Проект федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» (далее – Проект) направлен на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) Государственно-правовым управлением Президента Российской Федерации (письмо от 01 февраля 2013 г. № А6-719).

Проект подготовлен к рассмотрению в Государственной Думе во втором чтении и отражает замечания, поступившие на Проект в ходе его обсуждения. Проект в его предшествующих редакциях уже дважды рассматривался Советом и по нему был высказан ряд замечаний и предложений (экспертное заключение Совета от 24 октября 2011 г., протокол № 100, экспертное заключение Совета от 19 марта 2012 г., протокол № 105).

II. Представленный на экспертизу Проект подготовлен Министерством экономического развития Российской Федерации совместно с

заинтересованными органами государственной власти и направлен на согласование положений действующего российского законодательства о международном коммерческом арбитраже с признанными на международном уровне подходами и рекомендациями по ключевым аспектам законодательного регулирования практики международного коммерческого арбитража.

В настоящее время в связи с ростом актуальности задачи по приведению российского законодательства по коммерческому арбитражу в соответствие с международными стандартами и повышению инвестиционной привлекательности Российской Федерации соответствующая работа осуществляется по ряду направлений несколькими рабочими группами, созданными при некоторых министерствах и общественных организациях. В этой связи Совет исходит из того, что наиболее перспективным и важным направлением совершенствования российского законодательства по международному коммерческому арбитражу является доработка и принятие рассматриваемого Проекта, в основу которого положены изменения и дополнения к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ), принятые Комиссией ООН по праву международной торговли на ее 39-й сессии, проходившей в Нью-Йорке 19 июня – 7 июля 2006 г. Это обусловлено тем, что с момента принятия Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) Российская Федерация относилась к числу стран, соответствующее законодательство которых построено на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ, что позволяет обеспечить единообразие не только законодательства об арбитражных процедурах, но и подходов к толкованию его норм. Поскольку начиная с 2006 г. стандартным вариантом Типового закона является его пересмотренный вариант, максимально близкое восприятие его положений в обновленном российском законодательстве позволит Российской Федерации оставаться в числе так называемых

юрисдикций Типового закона, воспринимающих самые современные подходы в рассматриваемой области регулирования. Законодательство, основанное на измененном Типовом законе, к 2013 году принято в 12 государствах (в их числе – Австралия, Гонконг (Китай), Коста-Рика, Ирландия, Новая Зеландия, Словения, Перу, штат Флорида США, Грузия и др.). В некоторых государствах работа по доработке национального законодательства с учетом положений измененного Типового закона еще продолжается (например, в Голландии). Также следует учитывать, что в странах с развитым арбитражным законодательством, таких как Великобритания, Франция, Швеция и др. предписания, аналогичные тем, что содержатся в измененном Типовом законе были интегрированы в законодательство или восприняты судебной практикой еще до принятия изменений в Типовой закон в 2006 году.

III. Отражая значительную часть нововведений пересмотренного Типового закона, Проект исходит из того, что первоочередными направлениями совершенствования правового регулирования международного коммерческого арбитража являются вопросы формы арбитражного соглашения, а также вопросы, связанные с применением обеспечительных мер.

Анализ соответствующих положений Проекта в сравнении с его предшествующей версией, направлявшейся на экспертизу в Совет в 2012 году, позволяет сделать вывод о том, что в ряде случаев осуществленные изменения направлены на сближение используемых в Проекте формулировок с оригинальным текстом измененного Типового закона, а в ряде случаев, наоборот, налицо радикальный отказ от предлагаемого Типовым законом регулирования. В числе изменений, направленных на сближение с оригинальным текстом Типового закона, и потому заслуживающих несомненной поддержки, следует назвать обновленную формулировку пункта 1 статьи 2¹, в соответствии с которой «при толковании настоящего Закона надлежит учитывать его международное происхождение».

Несомненным улучшением текста проекта также явилось использование в подпункте 2 пункта 2 статьи 17¹ формулировки, в соответствии с которой «третейский суд распоряжается о том, чтобы та или иная сторона ... приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому третейскому разбирательству либо воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб», что более точно отражает регулирование, содержащееся в Типовом законе. Несомненным улучшением текста Проекта также явилось введение в пункт 1 статьи 17⁴ термина «определение в отношении ходатайства о вынесении предварительного постановления об обеспечительных мерах», что также более точно отражает предлагаемое Типовым законом регулирование.

IV. Вместе с тем, по целому ряду вопросов Проект не только существенно отходит от предлагаемого Типовым законом регулирования, но и содержит изменения, являющиеся значительно менее удачными по сравнению с его предшествующей версией.

В обновленной формулировке статьи 7 Закона о МКА удален пункт 4, содержащийся в прошлой редакции Проекта. В соответствии с указанным пунктом, «арбитражное соглашение считается заключенным в виде электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования и если оно заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренными для договора, заключаемого путем обмена документами посредством электронной связи». Между тем в связи с растущей популярностью электронных средств связи указанный пункт был направлен на дальнейшее совершенствование регулирования в этой сфере посредством использования инструментария современных текстов ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, и прежде всего Конвенции об использовании электронных сообщений в международных договорах и Типового закона об электронной торговле. В частности, в содержащемся в прошлой редакции Проекта пункте 4 статьи 7 воспроизводилось раскрываемое в упомянутой Конвенции понятие

«электронное сообщение». Соответственно, представляется целесообразным восстановить пункт 4 статьи 7 в его предшествующей редакции.

В пункте 4 статьи 17⁴ удалено содержавшееся в прошлой редакции Проекта положение, устанавливающее, что «предварительное постановление об обеспечительных мерах имеет обязательную силу для сторон». Хотя последующий текст этого пункта и устанавливает, что предварительное постановление об обеспечительных мерах не подлежит приведению в исполнение в судебном порядке и не является арбитражным решением, тем самым точно определяя юридическую природу таких постановлений, удаленный текст имеет несомненное регулятивное значение, основанное на договорной природе международного коммерческого арбитража, предусматривая обязанность сторон исполнять выносимые международным арбитражем предварительные постановления об обеспечительных мерах добровольно. Указанная формулировка содержится и в пункте 5 статьи 17-С Типового закона. Соответственно, целесообразно восстановить формулировку пункта 4 статьи 17⁴ в ее предшествующей редакции.

Не представляется оправданным удаление в пункте 1 статьи 17⁵ существовавшей в предшествующей редакции Проекта формулировки, в соответствии с которой третейский суд может изменить, приостановить, отменить постановление или предварительное постановление об обеспечительных мерах не только по заявлению любой из сторон, но и, в исключительных обстоятельствах, по собственной инициативе после предварительного уведомления сторон. С учетом комплексного характера института обеспечительных мер, многообразия возникающих на практике ситуаций, представляется разумным сохранить за третейским судом право отменить (изменить или приостановить) постановление или предварительное постановление об обеспечительных мерах по собственной инициативе. Такой подход будет соответствовать статье 17-D Типового закона.

Пункт 3 статьи 17⁵ Проекта предусматривает, что в случае принятия решения об изменении, приостановлении или отмене постановления об

обеспечительных мерах, в отношении которого было подано или удовлетворено ходатайство о признании и приведении в исполнение постановления об обеспечительных мерах, сторона третейского разбирательства незамедлительно сообщает суду о таком решении. При этом в пункте 4 этой же статьи установлено, что в связи с таким решением государственный суд выносит определение в порядке, предусмотренном АПК РФ. Такая общая отсылка к АПК РФ представляется недопустимой. В случае наличия в АПК РФ норм, устанавливающих соответствующий порядок, необходимо включить в пункт 4 статьи 17⁵ прямую отсылку к ним, а в случае их отсутствия предусмотреть соответствующую поправку в АПК РФ.

В первом предложении статьи 17⁸ Проекта предусмотрено, что сторона, ходатайствующая о вынесении постановления об обеспечительных мерах или предварительного постановления об обеспечительных мерах, несет ответственность за любые издержки и убытки, причиненные этими мерами любой стороне. При этом из текста первого предложения удалено важное дополнение, содержащееся в предшествующем варианте этой статьи и соответствующее статье 17 G Типового закона: «если третейский суд впоследствии определит, что при данных обстоятельствах он не должен был принимать указанные меры или выносить указанное постановление». Поскольку такое удаление текста значительно искажает первоначальный смысл статьи 17⁸, удаленный текст следует восстановить.

V. Наиболее проблемным положением Проекта является статья 17⁹, посвященная признанию и приведению в исполнение постановления об обеспечительных мерах.

В заключении Совета от 24 октября 2011 г. в качестве одного из основных недостатков Проекта перед его рассмотрением в первом чтении отмечалось отсутствие в нем норм, которые бы предусматривали механизм признания и приведения в исполнение государственными судами принимаемых третейскими судами обеспечительных мер, что снижает

эффективность содержащегося в Проекте более подробного регулирования вопросов обеспечительных мер. Указанное замечание было учтено и в представленный на заключение Совета второй вариант Проекта была включена статья 17⁹ «Признание и приведение в исполнение обеспечительных мер», которая устраняла названный недостаток.

Пункт 1 указанной статьи предусматривает, что по общему правилу обеспечительная мера, вынесенная третейским судом, приводится в исполнение государственным судом в порядке, предусмотренном АПК РФ. Вместе с тем в соответствии с пунктом 2 указанной статьи Проекта по его состоянию на март 2012 года обеспечительная мера, вынесенная постоянно действующими арбитражными учреждениями, поименованными в статье 2 Закона о МКА, приводится в исполнение по правилам, предусмотренным законодательством Российской Федерации для исполнения решений третейских судов с учетом положений статьи 17¹⁰ Проекта от марта 2012 года. Поскольку в статье 2 Закона о МКА поименованы МКАС и МАК при ТПП РФ, предусмотренная Проектом возможность исполнения обеспечительных мер по правилам исполнения решений третейских судов распространялась лишь на указанные постоянно действующие арбитражные учреждения. Соответственно, это положение Проекта от марта 2012 года было неприменимо в отношении обеспечительных мер, принимаемых третейскими судами, образуемыми специально для рассмотрения отдельных дел (арбитражей *ad hoc*), иными международными арбитражами, проводимыми на территории России, а также иностранными арбитражами, проводимыми за рубежом. Такой подход соответствовал позиции ВАС РФ в отношении направлений дальнейшего развития законодательства о третейских судах, в частности, о предпочтительности институционных форм третейского разбирательства и, с учетом сложности института обеспечительных мер, представлялся допустимым.

В настоящей же редакции статьи 17⁹ Проекта вопрос о механизме принудительного исполнения выносимых третейскими судами

обеспечительных мер представляется не урегулированным надлежащим образом. В соответствии с пунктом 1 указанной статьи постановление об обеспечительных мерах, вынесенное третейским судом, приводится в исполнение судом в порядке, предусмотренном АПК РФ для обеспечительных мер с учетом положений настоящей статьи. Едва ли возможно предположить, что разработчики Проекта имели в виду нормы Главы 8 АПК РФ, так как в соответствии со статьей 96 АПК РФ определение арбитражного суда об обеспечении иска приводится в исполнение немедленно в порядке, установленном для исполнения судебных актов арбитражного суда, а на основании определения об обеспечении иска выдается исполнительный лист. В АПК РФ также содержатся нормы, которые касаются порядка принятия и рассмотрения государственным арбитражным судом заявления стороны третейского разбирательства о принятии обеспечительных мер в связи с разбирательством, ведущимся в третейском суде, но эти нормы не имеют отношения к обеспечительным мерам, принимаемым самим третейским судом. Какого-либо порядка приведения в исполнение государственными арбитражными судами обеспечительных мер, принимаемых судами третейскими, в АПК РФ не предусмотрено. Соответственно пункт 1 статьи 17⁹ не предусматривает механизма признания и приведения в исполнение принимаемых международными третейскими судами обеспечительных мер и подробное регулирование этого института в других положениях Проекта оказывается лишенным какого-либо практического значения. Указанный вывод подтверждается и тем обстоятельством, что в отличие от предшествующей редакции в Проекте были удалены статья 17¹⁰ (в соответствии с прошлой нумерацией) о признании и приведении в исполнение обеспечительных мер, вынесенных постоянно действующими арбитражными учреждениями, а также статья 17¹¹ (в соответствии с прошлой нумерацией) об основаниях для отказа в признании или приведении в исполнение постановления об обеспечительных мерах.

В этой связи Совет не может не повторить сделанное в заключении от 24 октября 2011 г. замечание о необходимости включения в Проект норм, которые бы предусматривали механизм признания и приведения в исполнение государственными судами принимаемых третейскими судами обеспечительных мер, в частности, указанных выше статей 17¹⁰ и 17¹¹ (в соответствии с прошлой нумерацией), исключив из них положения, предусматривающие признание и приведение в исполнение обеспечительных мер, вынесенных постоянно действующими арбитражными учреждениями, поименованными в статье 2 Закона о МКА. Редакция этих статей в таком виде будет соответствовать статьям 17-Н и 17-І Типового закона.

VI. Также следует иметь в виду, что в Российской Федерации существует лишь два международных арбитражных суда, статус которых определен в законе – МКАС и МАК при ТПП РФ (соответственно, Приложение 1 и Приложение 2 к Закону об МКА). При этом пунктом 6 Положения о МКАС при ТПП РФ и пунктом 4 Положения о МАК при ТПП РФ 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. Соответственно, механизм принудительного исполнения обеспечительных мер должен также распространяться и на указанные обеспечительные меры председателей МКАС и МАК при ТПП РФ, что должно быть прямо выражено указано в Законе о МКА (например, посредством добавления пункта 3 в статью 17⁹).

VII. В пункте 3 Проекта предусмотрено, что пункт 2 статьи 6 Закона о МКА следует изложить в следующей редакции: «2. Функции, указанные в пункте 3 статьи 16 и в пункте 2 статьи 34, выполняются арбитражными судами субъектов Российской Федерации по месту арбитража». Поскольку после принятия АПК 2002 г. соответствующие функции перешли к компетенции государственных арбитражных судов, указанное изменение

пункта 2 статьи 6 Закона о МКА давно назрело. Но при этом следует иметь в виду, что в соответствии с предшествующим регулированием судами, компетентными рассматривать ходатайства об отмене решений международных арбитражей, а также дела об обжаловании постановления международного арбитража, проводимого на территории Российской Федерации, о наличии у него компетенции, вынесенного как по вопросу предварительного характера, являлись именно Верховные Суды республики в составе Российской Федерации, краевые, областные, городские суды, суды автономной области и суды автономного округа по месту арбитража. В этой связи представляется оправданным предусмотреть в пункте 3 Проекта, что указанные функции в системе государственных арбитражных судов осуществляют федеральные арбитражные суды округов. Такой подход позволит обеспечить большее единообразие практики государственных арбитражных судов по вопросам об отмене решений международных арбитражей, а также в делах об обжаловании постановления международного арбитража о наличии у него компетенции, вынесенного как по вопросу предварительного характера, зачастую оказывающихся непростыми для судов первой инстанции.

VIII. В целях дальнейшего совершенствования законодательства о международном коммерческом арбитраже представляется целесообразным дополнить статью 34 Закона о МКА, касающуюся оспаривания арбитражного решения, указанием на то, что действие ее ограничивается случаями, когда стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении, что решение третейского суда является окончательным. Такой подход уже отражен в пункте 1 статьи 40 Закона «О третейских судах в Российской Федерации», и его ограничение лишь внутренними третейскими судами представляется неоправданным. При внесении такого изменения в статью 34 Закона о МКА контроль государственного суда за соблюдением законодательства о международном коммерческом арбитраже будет осуществляться на стадии принудительного исполнения, когда ответчик может воспрепятствовать

исполнению арбитражного решения, если имеются нарушения, предусмотренные законом.

IX. В заключении Совета от 24 октября 2011 г. отмечалось, что поскольку предусмотренные в Проекте изменения Закона о МКА затрагивают деятельность государственных арбитражных судов, успешная реализация заложенных в Проект положений может потребовать внесения соответствующих изменений в АПК РФ. Это замечание Совета было учтено и в доработанном варианте Проекта, направленном на экспертизу в Совет в марте 2012 г., было изменено название законопроекта, которое стало звучать «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации». Кроме того, в доработанном варианте Проекта предусматривалось изменение и ряда норм АПК РФ.

Так, Проектом предусматривалось уточнение формулировки части 3 статьи 90 АПК РФ указанием на необходимость учета положений федерального закона о международном коммерческом арбитраже при рассмотрении судом вопроса о принятии обеспечительных мер по заявлению стороны третейского разбирательства. Также предусматривалось дополнение статьи 236 АПК РФ частью 4 о распространении правил производства по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда на рассмотрение заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение постановления третейского суда об обеспечительных мерах с учетом положений федерального закона о международном коммерческом арбитраже. Доработанный Проект также предусматривал важное дополнение статьи 256 АПК РФ частью 5 о выполнении арбитражными судами процессуальных действий в целях содействия в получении доказательств по просьбе международного коммерческого арбитража или с его согласия, что наполняло статью 27 Закона о МКА реальным содержанием.

В последней редакции Проекта, представленной на заключение Совета 1 февраля 2013 г., все указанные нормы отсутствуют. При том, что название Проекта по прежнему предусматривает внесение изменений и в АПК РФ, ни одного изменения АПК РФ последней редакцией Проекта не предусматривается. В этой связи Совет по прежнему исходит из своей позиции, выраженной в заключениях Совета от 24 октября 2011 г. и 19 марта 2012 г., в соответствии с которой успешная реализация заложенных в Проект положений может потребовать внесения соответствующих изменений в АПК РФ. Соответственно, следует дополнительно рассмотреть вопрос о включении в Проект удаленных положений, предусматривающих изменения АПК РФ.

Х. При том, что перед вторым чтением в Государственной Думе Проект вносится на рассмотрения Совета уже вторично, текст Проекта содержит значительное число юридико-технических недостатков, свидетельствующих о его недостаточной проработке.

1) На с. 4 Проекта статью 17 следует заменить на статью 17² для продолжения последовательной нумерации после статьи 17¹.

2) В пункте 2 статьи 17¹ ссылку на подпункт 4 пункта 2 статьи 17¹ следует заменить ссылкой на подпункт 4 пункта 2 статьи 17¹.

3) На с. 5 Проекта статью 17 следует заменить на статью 17³ для продолжения последовательной нумерации после статьи 17².

4) В пункте 3 статьи 17³ в связи с заменой фразы «касающейся просьбы о принятии обеспечительной меры» фразой «касающейся просьбы о принятии постановления об обеспечительных мерах» необходимо осуществить согласование последней части предложения со словом «мерах» во множественном числе: «в отношении которой они принимаются, может препятствовать реализации целей таких мер.»

5) В пункте 3 статьи 17³ ссылку на пункт 1 статьи 17 следует заменить ссылкой на пункт 1 статьи 17².


6) В статье 17⁴ перед «если таковое выносится» необходима запятая.

7) В пункте 1 статьи 17⁹ после фразы «третейским судом» необходима запятая.

* * *

Вывод: проект федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» может быть рекомендован для принятия во втором чтении при условии его дальнейшей доработки в соответствии с высказанными замечаниями.

Председатель Совета


В.Ф. Яковлев