



«ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА»
издается при информационной поддержке:

Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ

Кафедры международного частного
и гражданского права МГИМО (У) МИД России

CIS Arbitration Forum

www.naukaprava.ru



9 772075 193000



НАУКА ПРАВА



НАУКА ПРАВА

CIS Arbitration Forum
Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

- Интервью с А.С. Комаровым о 25-летию Закона «О международном коммерческом арбитраже», о 60-летию Нью-Йоркской конвенции, о судьбах арбитража в России и не только об этом
- Не позволять свидетелю объяснять что-либо (глава из книги «Перекрестный допрос в международном арбитраже: девять базовых принципов» (Oxford University Press, 2015))
- Пражские правила – альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже
- Публичное и частное в арбитраже. Анализ запроса Верховного Суда РФ в КС РФ насчет неарбитрабельности споров в связи с закупками отдельными видами юридических лиц
- Россия и Украина в ВТО: решение по спору о мерах в отношении импорта железнодорожного оборудования и его частей
- Предложения кафедры международного частного и гражданского права МГИМО для Верховного Суда РФ в связи с разработкой постановления его Пленума о применении раздела VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ
- Некоторые процедурные проформы для российского арбитража
- Решения МКАС при ТПП РФ
- Решения шведских государственных судов по поводу российских арбитражных решений
- Awards of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
- Некоторые диссертации на соискание ученых степеней, защищенные в России в 2015–2016 гг. по вопросам арбитража и ADR: критический обзор положений, вынесенных на защиту

**Научная юридическая электронная библиотека
«Наука права»** – уникальный онлайн-ресурс,
предоставляющий доступ к важнейшим правовым источникам,
формирующим юридическую современность и правовую историю
России со времен Российской империи и до сегодняшнего дня.

На ресурсе представлены в формате *pdf* полные отсканированные издания различных юридических книг, журналов и документов, а также некоторых раритетов (включая автографы юристов-ученых или ценные бумаги, выпущенные до 1941 г.) в их оригинальном виде и с сохранением всех типографских знаков, сносок, таблиц и карт. Здесь находятся практически все официальные издания СССР, начиная с Декрета о мире (первого акта советской власти) и заканчивая последним указом М.С. Горбачева.

Доступ к материалам электронной библиотеки — бесплатный.

Основная цель данного проекта *pro bono* — распространение знаний в юридической области среди теоретиков и практиков (включая адвокатов, арбитров, госслужащих, судей), а также студентов, аспирантов, преподавателей, историков, социологов, философов, иных исследователей и всех тех, кто интересуется правом России, его историей и достижениями.

Аналогами данной базы в определенной степени являются проекты *Google Books* (<https://books.google.com>) или *Internet Archive* (<https://archive.org>).

По состоянию на начало 2018 г. электронная библиотека содержит более 40 000 юридических книг и публикаций (более 5 000 000 оцифрованных разворотов различных изданий).

Рубрика «Науки права», посвященная международному коммерческому и инвестиционному арбитражу, представляет крупнейшую в России коллекцию оцифрованных материалов по данной тематике. Она содержит: труды И.С. Зыкина, А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, М.Г. Розенберга и других известных авторов; все книги и статьи по международному коммерческому арбитражу (третейским судам), опубликованные в СССР до 1941 г.; материалы о предшествующей практике ВТАК и МАК при ТПП СССР и о текущей практике МКАС и МАК при ТПП РФ (многочисленные сборники решений с 1932 г. по 2017 г.); различные библиографии и подборки оглавлений сериальных изданий; редкие издания до 1917 г., а также многое другое.

«Наука права» активно используется исследователями в России и в СНГ, США, Канаде, Великобритании, Германии и многих других странах мира.

The academic law e-library *Nauka Prava*
(Russian for *Academic Studies in Law*) is a unique online resource
providing access to the key sources forming the law agenda
and the legal history of Russia from the times
of the Russian Empire and until present.

Nauka Prava presents in *pdf* searchable format the numerous completely scanned legal books, journals and documents as well as some rarities (including autographs of law scholars or, e.g., the securities issued prior to 1941) in their original form and preserving all typographic symbols, footnotes, tables and maps inside such publications. The users will find there practically all official editions of the USSR, starting from the Decree on Peace (the first legal act of the Soviet authorities) and finishing by the last decree of Mikhail Gorbachev.

The access to all files of the e-library is free of charge.

The main purpose of this *pro bono* project is to share information about the legal sphere among academics and practitioners (including attorneys, arbitrators, civil servants, judges) as well as among students, postgraduates, lectures, historians, sociologists, philosophers, other researchers as well as all persons interested in the Russian law, its history and achievements.

To a certain extent the analogues of this database are the *Google Books* (<https://books.google.com>) and the *Internet Archive* (<https://archive.org>) projects.

As of the beginning of 2018, *Nauka Prava* contains over 40,000 legal books and publications (more than 5,000,000 digitized pages of various editions).

Section of *Nauka Prava* on international commercial and investment arbitration is the largest collection of digitalized materials on these topics in Russia. It contains: works of Ivan S. Zykin, Aleksander S. Komarov, Sergey N. Lebedev, Mikhail G. Rozenberg and other well-known authors; all books and articles on international commercial arbitration published in the USSR prior to 1941; materials on the previous practice of the Foreign Trade Arbitration Commission and of the Maritime Arbitration Commission at the USSR Chamber of Commerce and Industry, on the current practice of the International Commercial Arbitration Court and of the Maritime Arbitration Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry (numerous collection of awards since 1932 till 2017); different bibliographies and collections of tables of contents of serial editions; rare publications prior to 1917 and many other things.

Nauka Prava database is widely used in Russia and the CIS, the USA, Canada, the Great Britain, Germany and many other countries of the world.



ВЕСТНИК

МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

International Commercial Arbitration Review

1(16) ЯНВАРЬ – ИЮНЬ 2018

1(16) JANUARY – JUNE 2018

Редакционный совет:

А.В. Асосков (Москва, Россия)
Х. Ашауэр (Вена, Австрия)
Н.А. Бабаджанян (Москва, Россия)
М.Л. Башкатов (Москва, Россия)
Б. Брайг (Берлин, Германия)
В.В. Видер (Лондон, Великобритания)
Д. Голдберг (Лондон, Великобритания)
А.Н. Жильцов (Москва, Россия)
Г. Жукова (Париж, Франция)
Б.Р. Карабельников (Сигулда, Латвия)
Р.И. Каримуллин (Москва, Россия)
А.С. Комаров (Москва, Россия)
А.Л. Маковский (Москва, Россия)
Дж. Кордеро-Мосс (Осло, Норвегия)
Я. Кривой (Лондон, Великобритания)
Е.С. Перепелинская (Киев, Украина)
В.В. Плеханов (Москва, Россия)
М.Ю. Савранский (Москва, Россия)
С.В. Третьяков (Москва, Россия)
С.В. Усоскин (Москва, Россия)
К. Хобер (Уппсала, Швеция)
В.В. Ярков (Екатеринбург, Россия)

Главный редактор:

А.И. Муранов (Москва, Россия)

Учредитель и издатель:

некоммерческая организация «Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права»

www.iurisprudentia.ru

При поддержке

Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, а также кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России

Editorial Board:

Anton V. Asoskov (Moscow, Russia)
Christian Aschauer (Vienna, Austria)
Norair A. Babadjanian (Moscow, Russia)
Maxim L. Bashkatov (Moscow, Russia)
Burkhard Breig (Berlin, Germany)
Van Vechten Veeder (London, UK)
David Goldberg (London, UK)
Alexey N. Zhiltsov (Moscow, Russia)
Galina Zhukova (Paris, France)
Boris R. Karabelnikov (Sigulda, Latvia)
Rustem I. Karimullin (Moscow, Russia)
Alexander S. Komarov (Moscow, Russia)
Alexander L. Makovskiy (Moscow, Russia)
Giuditta Cordero-Moss (Oslo, Norway)
Yarik Kryvoi (London, UK)
Olena S. Perepelynska (Kyiv, Ukraine)
Vadim V. Plekhanov (Moscow, Russia)
Mikhail Yu. Savranskiy (Moscow, Russia)
Sergey V. Tretyakov (Moscow, Russia)
Sergey V. Usoskin (Moscow, Russia)
Kaj Hobér (Uppsala, Sweden)
Vladimir V. Yarkov (Ekaterinburg, Russia)

Editor-in-Chief:

Alexander I. Muranov (Moscow, Russia)

Established and published by

Non-Profit Organization "Association of Researchers in Private International and Comparative Law"

With support

of the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation as well as the Department of the Private International and Civil Law of the Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University)

Содержание

Колонка главного редактора	14
----------------------------	----

РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Интервью с А.С. Комаровым о 25-летию Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», о 60-летию Нью-Йоркской конвенции, о судьбах арбитража в России и не только об этом	17
--	----

Из истории принятия Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»	50
--	----

Пояснительная записка к проекту закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» (1993)	52
---	----

Предложения ВС РФ по проекту закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» (1993)	53
--	----

Предложения ВАС РФ по проекту закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» (1993)	55
---	----

Замечания МИД РФ по проектам законов РФ «О международном коммерческом арбитраже» и «О торгово-промышленных палатах» (1993)	58
--	----

Предложения Генеральной прокуратуры РФ по проекту закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» (1993)	61
---	----

Справка по отзывам на проект закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» (1993)	63
--	----

Кай Хобер, Ховард С. Зуссман. Не позволять свидетелю объяснять что-либо (глава из книги «Перекрестный допрос в международном арбитраже: девять базовых принципов» (Oxford University Press, 2015))	66
--	----

А.А. Панов. Пражские правила – альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже	76
---	----

Журнал «Вестник международного коммерческого арбитража» выходит два раза в год.

Требования к материалам, представляемым авторами в журнал, изложены на www.arbitrationreview.ru.

Перепечатка либо размножение любым способом и в любой форме материалов из журнала допускаются только с письменного согласия издателя.

Мнения членов редакционного совета и главного редактора могут не совпадать с мнениями авторов, и наоборот.

Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила)	93
Results of the Survey on Inquisitorial Practice of the Taking of Evidence in Arbitration	108
В.Ж. Шайкенов, А.Т. Идаятова. Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства	123

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ СПОРОВ

А.И. Муранов. Публичное и частное в арбитраже. Анализ запроса Верховного Суда РФ в КС РФ насчет неарбитрабельности споров в связи с закупками отдельными видами юридических лиц	134
Четыре трактовки Определения КС РФ от 12 апреля 2018 г. № 865-О насчет арбитрабельности споров по Закону о закупках отдельными видами юридических лиц: юридико-техническая, евангельская, ленинская и футурологическая	209
Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 насчет арбитрабельности споров по Закону о закупках отдельными видами юридических лиц: обманчивая надежда	215
Запрос от 23 ноября 2017 г. № 305-ЭС17-7240 о проверке конституционности положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»	221
Определение Арбитражного суда г. Москвы от 13 декабря 2016 г. по делу № А40-165680/16-29-1561	227
Постановление АС Московского округа от 27 февраля 2017 г. по делу № А40-165680/16	231

Учредитель и издатель: некоммерческая организация «Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права»

Редакция: 105005, г. Москва, Денисовский переулок, д. 23, стр. 6
Тел.: +7 495 783 7450

E-mail: info@arbitrationreview.ru

Выпускающий редактор: П.Д. Савкин
Дизайн, верстка: В.В. Самойлова

Зарегистрировано в Роскомнадзоре.
Свидетельство о регистрации СМИ
ПИ № ФС77-65669 от 13.05.2016

Подписано в печать 30.11.2018
Дата выхода номера в свет 03.12.2018

Свободная цена

Формат 70x100 ¹/₁₆
Бумага офсетная № 1
Объем 30 печ. л. Тираж 100 экз.

Отпечатано
в ПАО «Т8 Издательские Технологии»
109316, г. Москва, Волгоградский
проспект, д. 42, корп. 5
www.t8print.ru, e-mail: info@T8print.ru
Тел.: +7 499 322 3830

Определение ВС РФ от 25 сентября 2017 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016	235
Определение ВС РФ от 23 октября 2017 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016	238
Определение КС РФ от 12 апреля 2018 г. № 865-О	241
<i>Amicus curiae</i> Арбитражной ассоциации (РАА) в адрес Верховного Суда РФ (обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров, сторонами которых являются организации с государственным участием, а также споров с участием публичного субъекта)	245
Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016	259
Определение ВС РФ от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-20515 по делу № А40-79416/2017	267
Определение ВС РФ от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-22547 по делу № А40-79471/2017	270
Определение ВС РФ от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7231 по делу № А40-242465/2015	273
Определение ВС РФ от 30 июля 2018 г. № 305-КГ17-20980 по делу № А40-28167/2017	276

НАУЧНЫЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ СООБЩЕНИЯ

А.Н. Хизунова, А.О. Дорджиева. Россия и Украина в ВТО: решение по спору о мерах в отношении импорта железнодорожного оборудования и его частей	279
---	-----

ИСТОРИЯ АРБИТРАЖА И МЧП

С. Раевич. Об особом «торговом праве» и об «особых торговых судах» (1924)	293
--	-----

ACADEMIA

Письмо заместителя Председателя Верховного Суда РФ от 15 мая 2018 г. № 4-ВС-3652/18 в адрес декана международно-правового факультета МГИМО	299
--	-----

Предложения кафедры международного частного и гражданского права МГИМО для Верховного Суда РФ в связи с разработкой постановления его Пленума о применении раздела VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ	300
---	-----

ИЗ ИНОСТРАННОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ**Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce**

Arbitral Decision Rendered in 1998 in Case 104/1997	334
Final Arbitral Award Rendered in 1998 in Case 16/1998	336

ИЗ РОССИЙСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ

Решение МКАС при ТПП РФ от 25 марта 2016 г. Дело № 105/2015	348
Решение МКАС при ТПП РФ от 27 июня 2016 г. Дело № 102/2015	355

ИЗ ПРАКТИКИ СУДОВ РАЗЛИЧНЫХ ГОСУДАРСТВ ПО ОСПАРИВАНИЮ И ПРИВЕДЕНИЮ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Определение Арбитражного суда г. Москвы от 4 октября 2016 г. по делу № А40-128343/16-83-963 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 105/2015)	374
Решение Апелляционного суда Свеа от 22 июня 2017 г. по делу № Ö 4396-16 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 105/2015)	377
Решение Верховного суда Швеции от 4 мая 2018 г. по делу № Ö 3626-17 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 105/2015)	383
Определение Арбитражного суда г. Москвы от 27 апреля 2017 г. по делу № А40-197321/16-63-1870 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 102/2015)	388
Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 4 августа 2017 г. № 09АП-32734/2017 по делу № А40-197321/16 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 102/2015)	392
Решение Апелляционного суда Свеа от 25 июня 2018 г. по делу № Ö 5352-17 (в связи с делом МКАС при ТПП РФ № 102/2015)	396
Акты Московского городского суда и Верховного Суда РФ, принятые до 2002 г.	401
Определение Московского городского суда от 26 ноября 1998 г.	403
Определение Московского городского суда от 11 декабря 1998 г.	405
Определение Московского городского суда от 15 января 1999 г.	407
Определение Московского городского суда от 27 января 1999 г.	410
Определение Московского городского суда от 29 апреля 1999 г.	412
Определение ВС РФ от 29 июня 1999 г. по делу № 5-г99-45	415

ФОРМЫ И СТАНДАРТЫ В АРБИТРАЖЕ

Некоторые процедурные проформы для российского арбитража	417
1. Первые сообщения третейского суда сторонам спора (дело МКАС при ТПП РФ)	420
2. Процедурные постановления третейского суда (дела МКАС при ТПП РФ)	423
3. Фиксация понимания и договоренностей сторон по делу № ___/2018, администрируемому МКАС при ТПП РФ	434

БИБЛИОГРАФИЯ. КРИТИКА

Некоторые диссертации на соискание ученых степеней, защищенные в России в 2015–2016 гг. по вопросам арбитража и <i>ADR</i> : критический обзор положений, вынесенных на защиту	438
С.Ю. Казаченок. Соглашение об арбитраже в системе частноправового обеспечения внешнеэкономических сделок: методология формирования и практика применения (2015)	444
Л.В. Князева. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в США (2015)	457
Зыонг Тхи Тху Хьонг. Гарантии независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже (на примере Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам) (2016)	463
Е.А. Иванова. Соглашения в сфере гражданской юрисдикции: процессуально-правовой аспект (2016)	467

АНОНС

Предстоящая публикация перевода на русский язык книги «Cross-Examination in International Arbitration» (Oxford University Press, 2015)	472
---	-----

IN MEMORIAM

Николай Николаевич Остроумов (22.01.1952 – 27.07.2018) – профессор, арбитр, доктор юридических наук	474
--	-----

Table of Contents

Editor's Note	14
---------------	----

RUSSIAN & FOREIGN EXPERIENCE

Interview with A.S. Komarov about the 25 th Anniversary of the Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration," the 60 th Anniversary of the New York Convention, the Destiny of Arbitration in Russia and More	18
---	----

From the History of Adoption of the Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration"	50
---	----

Explanatory Note on the Draft Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" (1993)	52
--	----

Proposals of the Supreme Court of the Russian Federation on the Draft Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" (1993)	53
--	----

Proposals of the Supreme Commercial (Arbitrazh) Court of the Russian Federation on the Draft Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" (1993)	55
---	----

Remarks of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation on the Draft Laws of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" and "On Chambers of Commerce and Industry" (1993)	58
--	----

Proposals of the Prosecutor General's Office of the Russian Federation on the Draft Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" (1993)	61
--	----

Note Regarding the Comments on the Draft Law of the Russian Federation "On International Commercial Arbitration" (1993)	63
---	----

Kaj Hobér, Howard S. Sussman. Do Not Let the Witness Explain (a chapter from the book "Cross-Examination in International Arbitration: Nine Basic Principles" (Oxford University Press, 2015))	67
--	----

Andrey A. Panov. The Prague Rules – an Alternative Approach to the Conduct of Proceedings in International Arbitration	77
--	----

Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)	92
---	----

Results of the Survey on Inquisitorial Practice of the Taking of Evidence in Arbitration	108
--	-----

Valikhan Zh. Shaikenov, Ardak T. Idayatova. The Choice of Law Governing Arbitration Procedure and Arbitration Agreement in the Context of Kazakh Legislation	124
---	-----

ARBITRABILITY OF DISPUTES

Alexander I. Muranov. The Public and the Private in Arbitration. Analysis of the Petition from the Supreme Court of the Russian Federation to the Constitutional Court of the Russian Federation Regarding the Non-Arbitrability of Disputes in Connection with Procurements by Various Types of Legal Entities	136
Four Interpretations of the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 865-O Dated 12 April 2018 Regarding the Arbitrability of Disputes under the Law on Procurements by Various Types of Legal Entities: Legal-Technical, Evangelic, Leninist and Futurological	209
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240 Dated 11 July 2018 Regarding the Arbitrability of Disputes under the Law on Procurements by Various Types of Legal Entities: Illusive Hope	215
Petition No. 305-ES17-7240 Dated 23 November 2017 Regarding the Constitutionality of the Provisions of the Commercial (Arbitrazh) Procedure Code of the Russian Federation, of Federal Law No. 223-FZ Dated 18 July 2011 “On Procurements of Goods, Works, Services by Various Types of Legal Entities,” of Federal Law No. 102-FZ Dated 24 July 2002 “On Arbitral Tribunals in the Russian Federation,” and of Federal Law No. 382-FZ Dated 29 December 2015 “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation”	221
Ruling of the Moscow City Arbitrazh Court dated 13 December 2016. Case No. A40-165680/16-29-1561	227
Decree of the Arbitrazh Court of the Moscow District dated 27 February 2017. Case No. A40-165680/16	231
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240 dated 25 September 2017. Case No. A40-165680/2016	235
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240 dated 23 October 2017. Case No. A40-165680/2016	238
Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 865-O dated 12 April 2018	241

International Commercial Arbitration Review journal is published biannually.

The requirements to the materials sent by potential authors for publication may be found on www.arbitrationreview.ru.

Reprinting or reproducing of the materials from the journal by any method and in any form is allowed only by written consent of the Publisher.

Opinions of members of the Editorial Board and of the Editor-in-Chief may not coincide with the authors' views, and *vice versa*.

<i>Amicus curiae</i> of the Arbitration Association (RAA) for the Supreme Court of the Russian Federation (overview of legislation and court practice of various countries on the issue of arbitrability of disputes involving parties which are organizations with state participation, as well as of disputes involving a public party)	245
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240 dated 11 July 2018. Case No. A40-165680/2016	259
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-20515 dated 27 July 2018. Case No. A40-79416/2017	267
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-22547 dated 27 July 2018. Case No. A40-79471/2017	270
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7231 dated 27 July 2018. Case No. A40-242465/2015	273
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-KG17-20980 dated 30 July 2018. Case No. A40-28167/2017	276

ACADEMIC & PRACTICAL REPORTS

Alexandra N. Khizunova, Alexandra O. Dordzhiyeva. Russia and Ukraine in the WTO: Report on Dispute over Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof	280
--	-----

HISTORY OF ARBITRATION & PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Sergey Raevich. On Specific “Trade Law” and on “Specific Trade Courts” (1924)	293
--	-----

ACADEMIA

Letter of the Deputy Chairman of the Supreme Court of the Russian Federation No. 4-VS-3652/18 dated 15 May 2018 to the Dean of International Law School, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO)	299
Proposals for the Supreme Court of the Russian Federation with Regard to Drafting the Ruling of Its Plenum on Applying Section VI “Private International Law” of Part Three of the Civil Code of the Russian Federation	300

Founder and Publisher:
Non-Profit Organization “Association of Researchers in Private International and Comparative Law”

Editorial office: 23 Denisovskiy Ln.,
Bldg. 6, Moscow, 105005
Tel.: +7 495 783 7450

E-mail: info@arbitratonreview.ru

Publishing Editor: Pavel D. Savkin
Design, Layout: Viola V. Samoylova

Registered in Roskomnadzor
Certificate of mass media registration
PI No. FS77-65669 dated 13.05.2016
Approved for printing 30.11.2018
Date of issue 03.12.2018

Free price

Format 70×100^{1/16}
Offset paper No. 1
Volume: 30 author’s sheets
100 printed copies

Printed in PJSC “T8 Publishing Technologies”
Volgogradskiy Prospekt, 42-5,
Moscow, 109316
www.t8print.ru, e-mail: info@T8print.ru
Tel.: +7 499 322 3832

FROM FOREIGN ARBITRATION PRACTICE**Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce**

Arbitral Decision Rendered in 1998 in Case 104/1997	334
Final Arbitral Award Rendered in 1998 in Case 16/1998	336

FROM RUSSIAN ARBITRATION PRACTICE

Award of the ICAC at the RF CCI dated 25 March 2016. Case No. 105/2015	348
Award of the ICAC at the RF CCI dated 27 June 2016. Case No. 102/2015	355

FROM COURT PRACTICE OF VARIOUS STATES ON CHALLENGE AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS

Ruling of the Moscow City Arbitrazh Court dated 4 October 2016. Case No. A40-128343/16-83-963 (in connection with Case No. 105/2015 of the ICAC at the RF CCI)	374
Decision of the Svea Court of Appeal dated 22 June 2017. Case No. Ö 4396-16 (in connection with Case No. 105/2015 of the ICAC at the RF CCI)	377
Decision of the Supreme Court of Sweden dated 4 May 2018. Case No. Ö 3626-17 (in connection with Case No. 105/2015 of the ICAC at the RF CCI)	383
Ruling of the Moscow City Arbitrazh Court dated 27 April 2017. Case No. A40-197321/16-63-1870 (in connection with Case No. 102/2015 of the ICAC at the RF CCI)	388
Decree of Ninth Arbitrazh Court of Appeal No. 09AP-32734/2017 dated 4 August 2017. Case No. A40-197321/16 (in connection with Case No. 102/2015 of the ICAC at the RF CCI)	392
Decision of the Svea Court of Appeal dated 25 June 2018. Case No. Ö 5352-17 (in connection with Case No. 102/2015 of the ICAC at the RF CCI)	396
Judicial Acts of the Moscow City Court and of the Supreme Court of the Russian Federation rendered prior to 2002	402
Ruling of the Moscow City Court dated 26 November 1998	403
Ruling of the Moscow City Court dated 11 December 1998	405
Ruling of the Moscow City Court dated 15 January 1999	407
Ruling of the Moscow City Court dated 27 January 1999	410
Ruling of the Moscow City Court dated 29 April 1999	412
Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation dated 29 June 1999. Case No. 5-g99-45	415

FORMS & STANDARDS IN ARBITRATION

Some Procedural Forms for Russian Arbitration	418
1. First communications of arbitral tribunal to the parties to the dispute (the case of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation)	420
2. Procedural orders of arbitral tribunal (the cases of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation)	423
3. Setting out the understanding and agreements between the parties regarding the case No. __/2018 administered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation	434

BIBLIOGRAPHY & CRITIQUE

Some Theses Submitted for Academic Degrees Defended in Russia in 2015–2016 on Arbitration and ADR Issues: Critical Analysis of the Findings Proposed for Defense	441
Svetlana Yu. Kazachenok. Arbitration Agreement in the System of Private Law Ensuring Foreign Economic Transactions: The Methodology of Formation and the Practice of Application (2015)	444
Lyubov V. Knyazeva. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards in the USA (2015)	457
Zyong Tkhi Tkhue Khyong. Guarantees of Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration (by the examples of the Russian Federation and the Socialist Republic of Vietnam) (2016)	463
Ekaterina A. Ivanova. Agreements in the Sphere of Civil Jurisdiction: Procedurally-Legal Aspect (2016)	467

ANNOUNCEMENT

Forthcoming Publication of Russian Translation of the Book “Cross-Examination in International Arbitration” (Oxford University Press, 2015)	472
--	-----

IN MEMORIAM

Nikolay Nikolayevich Ostroumov (22.01.1952 – 27.07.2018) – Professor, Arbitrator, Doctor of Laws	474
--	-----

О журнале. Его цели и области исследований

«Вестник международного коммерческого арбитража» — единственный российский специализированный теоретический и практический журнал, посвященный как вопросам международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом, так и связанным с ними вопросам.

Журнал выпускается с 2010 г. и является прямым преемником журнала «Международный коммерческий арбитраж», издававшегося в период с 2004 по 2008 г. и завоевавшего заслуженный авторитет среди российских и иностранных специалистов.

«Вестник международного коммерческого арбитража» выходит два раза в год на русском языке. Некоторые статьи и материалы публикуются в нем на английском языке.

Все статьи и материалы, публикуемые в «Вестнике», подлежат анонимному (двойному слепому) рецензированию и профессиональному редактированию.

Миссия журнала — быть надежным и независимым профессиональным источником интересной и полезной информации о тенденциях, событиях и нюансах современного международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом, способствовать развитию арбитража как альтернативной формы разрешения международных коммерческих и инвестиционных споров посредством опубликования теоретических статей и практических материалов известных российских и иностранных исследователей и арбитров.

«Вестник международного коммерческого арбитража» является независимым от каких-либо государственных, муниципальных или коммерческих структур. Он выступает профессиональной платформой для всех специалистов, интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем в России и за рубежом, созданной частным образом без финансовой поддержки со стороны государственных или муниципальных властей.

С 2017 г. «Вестник международного коммерческого арбитража» включен в авторитетную базу данных *Kluwer Arbitration* (<http://www.kluwerarbitration.com>). Всего в этой базе на сегодня — 12 журналов из различных юрисдикций. «Вестник» — единственное среди них российское издание.

С 2018 г. «Вестник международного коммерческого арбитража» индексируется в Российском индексе научного цитирования (РИНЦ) (www.elibrary.ru).

Электронные версии всех номеров журнала размещаются в бесплатном доступе на его Интернет-сайте в формате *pdf* с возможностью поиска внутри них (<http://arbitrationreview.ru/soderzhanie-pomerov>).

Требования к материалам, представляемым для публикации в журнале, правила, руководства и процедуры, которые применяются в деятельности журнала, размещены на его Интернет-сайте: <http://arbitrationreview.ru>.

About the Journal. Its Aims and Scope

The *International Commercial Arbitration Review* is the only specialized Russian journal focused both academically and practically on the issues of international commercial and investment arbitration in Russia and abroad, as well as on the matters connected with them.

The journal has been published since 2010, being the successor to the journal *International Commercial Arbitration* which was published between 2004 and 2008 and was highly esteemed by Russian and foreign specialists.

International Commercial Arbitration Review is published biannually in Russian. Some articles and materials are published in the journal in English.

All of the articles and materials published in the Review are subject to anonymous (double-blind) peer review and professional editing.

The mission of the journal is to be a reliable and independent professional source of interesting and useful information about the tendencies, events and nuances in modern international commercial and investment arbitration both in Russia and abroad; and to contribute to the development of arbitration as an alternative form of resolving international commercial and investment disputes by publishing academic articles and practical materials by Russian and foreign researchers and arbitrators.

The *International Commercial Arbitration Review* is independent of any governmental, municipal or commercial establishments. It is a professional platform for all specialists interested in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad, and was launched privately, without any financial support from governmental or municipal authorities.

Since 2017 the *International Commercial Arbitration Review* has been included in the authoritative database *Kluwer Arbitration* (<http://www.kluwarbitration.com>). Presently *Kluwer Arbitration* covers 12 journals from various jurisdictions, with the Review being the only Russian publication.

Since 2018 the *International Commercial Arbitration Review* has been added to the Russian Science Citations Index (RSCI) (www.elibrary.ru, the Russian academic bibliographic and reference database).

All issues of the journal are available free of charge in electronic form on the website in *pdf* searchable format (<http://arbitrationreview.ru/soderzhanie-nomerov>).

Requirements for materials for publication in the journal, and the rules, guidelines and procedures applicable to the journal's activity may be found on the website: <http://arbitrationreview.ru>.

Колонка главного редактора

Editor's Note

In this column Aleksander I. Muranov, Editor-in-Chief of the International Commercial Arbitration Review, expresses his personal views on the results of recent arbitration reform in the Russian Federation which has turned out beneficial for those close to the Russian authorities and disadvantageous for everyone else and Russian society in general. One of the curious results of this reform is that activity and competition in the arbitral sphere have been enhanced, resulting in an oligopoly. With the legislative restrictions and administrative barriers which have been artificially introduced for arbitration, beneficiaries of the reform are vigorously turning their privileges into assets and making attempts to secure their "competitive" advantages as soon as possible, while critics of the reform, having lost all illusion, are trying to oppose them. A. Muranov also speaks about the influence of that reform on the International Commercial Arbitration Review. In addition, he discusses changes in its editorial board and also looks into the trends for its further development. These include: seeking to publish more materials in English; including more court judgments and arbitral awards from foreign practice; not to avoid any more giving opportunities to express critical opinions; paying particular attention to the pragmatic issues of arbitration (publishing practical forms, various practical recommendations etc.).

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.14>

Третейская реформа в России для относительно небольшого отечественного арбитражного сообщества — в том числе череда событий и значимых дат. Для кого-то фатальных, а для кого-то лукративных или дающих шанс на демонстрацию невротического стремления к власти.

Вот принятие законов, а вот их вступление в силу; вот формирование Совета «по совершенствованию» третейского разбирательства, а вот его заседания нигилистическо-фанатберского свойства; вот 1 ноября 2017 г. как запретительная дата, а вот уже и 1 сентября 2018 г.: день знаний об итогах двухлетнего действия Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Этот Закон принес во многом свободу, в том числе:

- 1) свободу от честной конкуренции: сегодня рынок услуг по администрированию искусственно и намеренно олигополизирован тремя «игроками»;
- 2) свободу бенефициарам реформы от моральных ограничений и приличий;
- 3) свободу критикам реформы от оставшихся иллюзий в отношении фейковой политики государства применительно к арбитражу, а также этических качеств ряда известных руководящих третейских деятелей.

Не остался в стороне от обретения свобод и «Вестник МКА»: ТПП РФ решила больше с ним не сотрудничать (как и с журналом «Третейский суд»), что, несомненно, к лучшему, ведь ранее в деятельности «Вестника МКА» стремление «оглядываться» на ТПП РФ не присутствовало, что логично, не могло.

При этом основная из свобод, активно утверждаемая в России Министерством юстиции и Советом «по совершенствованию» третейского разбирательства, — свобода от той свободы, на которой основан арбитраж, освобождение российского общества от риска усвоения подлинных идей арбитража, особенно в международном контексте. Третейская сфера резко сужена, обставлена запретами и барьерами.

Такая ситуация привела к любопытному результату: активность в данной сфере возросла. На сузившемся поле бенефициары реформы деятельно монетизируют свои привилегии и стремятся как можно быстрее зафиксировать конкурентные преимущества, а критики реформы, избавившись от иллюзий, пытаются им противостоять. Видимо, указанная активность — не более чем итог сужения для всех ресурсной базы в сфере арбитража (возможно, временный), а отнюдь не свидетельство стабильного ее роста.

Одно из свидетельств возросшей активности в третейской сфере — создание Арбитражной Ассоциацией (www.arbitrations.ru) нового журнала «Arbitration.ru», который она планирует сделать основным источником информации о международном арбитраже в России, СНГ, а также в странах Центральной и Восточной Европы, в форме ежемесячного электронного издания на русском и английском языке.

Так что можно наблюдать интересную симметрию: сегодня в РФ уже целых четыре ПДАУ и четыре издания по вопросам арбитража: «Вестник МКА», «Arbitration.ru», «Третейский суд» и давно уже обещанный и ожидаемый журнал ТПП РФ (все верят, что он выйдет). А можно еще выпускать журналы РСПП и Институту «современного» арбитража.

Какая у каждого из таких журналов будет ниша, будут ли они конкурировать, и если да, то насколько — покажет время.

А в остальном и в целом упомянутая активность разворачивается прежде всего в олигопольной сфере и сродни она во многом «дурной бесконечности» (если только не заглянуть в кулуары или под ковер).

В упомянутой выше новой «атмосфере свободы» «Вестник МКА» будет (помимо сотрудничества с базой данных *Kluwer Arbitration* (<http://www.kluwerarbitration.com>) и с научной электронной библиотекой *eLIBRARY.RU*, интегрированной с Российским индексом научного цитирования (РИНЦ), а также помимо работы в направлении включения «Вестника МКА» в *Scopus*):

- стремиться публиковать больше материалов на английском языке;
- активнее приводить судебные и арбитражные решения из зарубежной практики;
- более не опасаться предоставления возможностей высказывать критические мнения;
- уделять отдельное внимание прагматическим вопросам арбитража (публиковать формы документов, различные практические рекомендации (что ранее почти не делалось));
- использовать новые формы подачи материалов (например, интервью, обзоры литературы, списки библиографии, информацию об арбитрах и их мнения);
- не забывать о вопросах истории арбитража и международного частного права;
- сотрудничать со справочной-правовой системой «КонсультантПлюс».

Также продолжится с соблюдением всех соответствующих правил опубликование отечественных арбитражных решений (выдержек из них), в том числе по возможности по делам, администрируемых МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ.

Переформатирование деятельности «Вестника МКА» уже нашло выражение, в частности, в следующем:

А.Н. Жильцов, многолетний главный редактор «Вестника МКА», принял, к сожалению, решение «Вестник МКА» покинуть, чтобы сосредоточиться на работе в качестве главного редактора арбитражного журнала ТПП РФ;

ранее в «Вестнике МКА» существовали редакционный совет и редакционная коллегия. В первую входили те, кто считался «более заслуженным». Это, безусловно, было некорректно и неправильно. Заслуги нужно доказывать постоянно, а не фиксировать их раз и навсегда. Ввиду этого теперь в «Вестника МКА» будет иметься только единый редакционный совет¹;

с прошлого номера в «Вестнике МКА» была введена система обязательного рецензирования (peer-review system). Она продолжит развиваться.

И последнее: всем компетентным лицам, желающим стать главным редактором «Вестника МКА», просьба писать на адрес: info@arbitrationreview.ru.

А.И. Муранов

«Колонка главного редактора» отражает исключительно личное мнение редактора, которое может не разделяться и не одобряться авторами материалов в «Вестнике МКА» и (или) членами его редакционного совета.

¹ В состав этого совета вошли новые лица, в том числе иностранные.

Один член прежнего редакционного совета со ссылкой на занятость решил не участвовать в работе над «Вестником». Другой член прежнего редакционного совета и один член прежней редакционной коллегии отказались от дальнейшего участия в работе со ссылкой на конфликт интересов.

Наконец, было выдвинуто предложение в плане того, что пребывание в редакционном совете руководителя двух арбитражных учреждений при одном из операторов сферы арбитража и его непосредственного начальника вряд ли возможно в свете той ситуации, которая, к сожалению, с начала 2017 г. в еще большей степени не способствует развитию арбитража в РФ и не содействует улучшению имиджа российского арбитража на мировом уровне, и в создании которой они принимают активное участие. Возражений на это с их стороны не последовало.

Интервью с А.С. Комаровым о 25-летию Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», о 60-летию Нью-Йоркской конвенции, о судьбах арбитража в России и не только об этом

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.17>

В 2018 г. исполняется 25 лет с момента принятия в РФ Закона «О международном коммерческом арбитраже», основанного на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 г. А.С. Комаров — единственный сегодня активно вовлеченный в арбитраж специалист, который принимал деятельное участие в процессе разработки данного Закона. В своем интервью он рассказывает о неизвестных и интересных моментах, связанных с принятием этого Закона. Кроме того, он делится своими мыслями о Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, которой в 2018 г. исполнилось 60 лет. Он также дает подробные критические оценки третейской реформе в РФ, результаты которой оказались, к сожалению, для российского общества отрицательными. Наконец, А.С. Комаров предлагает свой взгляд на различные философские вопросы арбитража, рассказывает о месте российского арбитража в современном мире, о том, какие профессиональными и человеческими качествами нужно обладать, чтобы успешно заниматься арбитражем.

Ключевые слова: Закон РФ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже»; Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г.; Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.; арбитражная реформа в РФ; философские вопросы арбитража; место российского арбитража в современном мире; профессиональные и человеческие качества арбитра.

Библиографическое описание: Интервью с А.С. Комаровым о 25-летию Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», о 60-летию Нью-Йоркской конвенции, о судьбах арбитража в России и не только об этом // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 17–49. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.17>

Interview with A.S. Komarov about the 25th Anniversary of the Law of the Russian Federation “On International Commercial Arbitration,” the 60th Anniversary of the New York Convention, the Destiny of Arbitration in Russia and More

2018 marks the 25th anniversary of the adoption in the Russian Federation of the Law “On International Commercial Arbitration” based on the UNCITRAL Model Law (1985). Aleksander Sergeevich Komarov is the only specialist nowadays actively involved in arbitration who took significant part in the process of drafting the Law. In this interview he talks about unknown and interesting moments related to the adoption of the Law. Additionally, he shares his thoughts about the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards which celebrates its 60th anniversary in 2018. He also gives a detailed critique of the arbitration reform in the Russian Federation leading, regrettably, to a negative result for Russian society. Finally, Mr. Komarov speaks out on various philosophical issues for arbitration, discusses the place of Russian arbitration in the modern world, and the professional and personal qualities that a person should have to practice arbitration successfully.

Keywords: Law of the Russian Federation (1993) “On the International Commercial Arbitration”; UNCITRAL Model Law (1985); New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958); arbitration reform in the Russian Federation; philosophical issues of arbitration; place of Russian arbitration in the modern world; professional and personal qualities of an arbitrator.

Recommended citation: *Interv’yu s A.S. Komarovym o 25-letii Zakona RF “O mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe,” o 60-letii N’yu-Yorkskoy konventsii, o sud’bakh arbitrazha v Rossii i ne tol’ko ob yetom [Interview with A.S. Komarov about the 25th Anniversary of the Law of the Russian Federation “On International Commercial Arbitration,” the 60th Anniversary of the New York Convention, the Destiny of Arbitration in Russia and More], 2018(1) Int’l Com. Arb. Rev. 17. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.17>*

Александр Сергеевич, 14 августа 1993 г. был введен в действие Закон «О международном коммерческом арбитраже». Прошла уже четверть века с этого момента. Юбилей.

Вы – единственный сегодня активно вовлеченный в арбитраж специалист, который принимал деятельное участие в процессе принятия данного Закона. Спасибо Вам за готовность рассказать о том, как это было. И первый вопрос: какие именно организации сыграли ключевую роль в его инициировании и продвижении в Верховном Совете?

Да, 25 лет прошло с принятия Закона о МКА, а было это 7 июля. Он оказался, по сути, одним из последних законов, принятых Верховным Советом РСФСР. Ведь ВС ушел как раз в июле на каникулы и больше не собирался, потому что в сентябре 1993 г. случились печальные события: штурм Белого дома и все прочее. Потом в декабре уже была принята новая Конституция, и жизнь началась иная. Если говорить о том, какие организации сыграли роль, то это в первую очередь Торгово-промышленная палата РФ в лице ее арбитражных учреждений. Если персонально, то Сергей Николаевич Лебедев и Владимир Сергеевич Поздняков – люди, возглавившие эту работу. А началась она еще ранее, где-то с 1990 г., когда был поднят вопрос о принятии данного Закона.

Да, нельзя не вспомнить их добрыми словами в связи с таким большим делом, но и не только их, конечно.

И именно с 1990 г. началось, не ранее?

Если говорить о более-менее серьезной постановке вопроса, то да. Еще в советское время соответствующий зондаж начался, потому что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже был принят в 1985 г. И какое-то время все раскачивались. Закон типовой, а значит, нужно было, чтобы кто-то уже принял его, дабы аргументировать этим перед нашим руководством. Короче говоря, активная работа началась в начале 90-х годов, и уже тексты подготавливались. Я еще хотел сказать, что, конечно, серьезная поддержка была со стороны Министерства внешних экономических связей, потому что оно было заинтересовано в этом. Более того, участие наших специалистов в работе ЮНСИТРАЛ над проектом Типового закона начиналось по линии именно Министерства внешней торговли СССР, оно посылало туда делегации экспертов.

Сергей Николаевич Лебедев был одним из активных участников Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по Типовому закону. И потом, когда он уже был принят, первые несколько лет имело значение то, кто его уже имплементировал, чтобы можно было сослаться на это.

И надо сказать, что и Министерство было в этом деле заинтересовано, и Торгово-промышленная палата в лице прежде всего индивидуально Сергея Николаевича и Владимира Сергеевича. Работа сначала шла, как это часто бывало, спокойно, потому что думали как пассажиры на эскалаторе: если встанешь на него, он обязательно тебя довезет. Она активизировалась после событий в конце 1991 — начале 1992 г. в связи с тем, что была образована Торгово-промышленная палата Российской Федерации, и возник вопрос, кто же будет заниматься арбитражем, ведь все действовавшие до того времени положения ссылались на ТПП СССР, на Арбитражный суд при ТПП СССР и МАК при ТПП СССР.

И поэтому, когда произошли известные события (я имею в виду прекращение СССР), Торгово-промышленной палате РФ нужно было как-то себя утверждать и показывать свою деятельность, а одним из важных моментов было проведение международного арбитража, потому что в ту пору существовали тысячи, если не больше, контрактов, в которых была ссылка на арбитраж при Торгово-промышленной палате СССР. И тогда возник этот первый вопрос о том, действуют ли такие арбитражные оговорки. Ведь уже тогда, в 1992 г., я знаю, возникали ситуации, когда западные партнеры, по сути, игнорировали существующие арбитражные оговорки, ссылаясь на то, что такого арбитражного центра уже нет, и пытались начать рассмотрение споров в государственных судах. Поэтому вопрос был достаточно актуальным и острым, ведь в те времена еще подавляющий объем внешнеэкономических операций касался той среды, в которой возникали вопросы, связанные с арбитражем, и относился к деятельности государственных внешнеторговых объединений, которые находились в большинстве своем «под крышей» Министерства внешних экономических связей.

И еще один фактор, который сыграл тоже, по-моему, серьезную роль: президентом Торгово-промышленной палаты Российской Федерации стал Станислав Алексеевич Смирнов, депутат и, более того, близкий соратник Президента Российской Федерации Ельцина Бориса Николаевича. После путча в 1991 г. он стал одним из его близких соратников и был членом Президиума Верховного Совета РСФСР. Но в ту пору все еще происходило в рамках прежней Конституции. И С.А. Смирнов, став президентом ТПП РФ, был, естественно, заинтересован в том, чтобы укрепить положение Палаты во всех отношениях. И тогда одновременно начал готовиться проект закона о торгово-промышленных палатах, причем все понимали, что здесь очень большое значение имеет и закон о международном арбитраже. И поэтому благодаря такому субъективному моменту работа проходила достаточно

энергично – вплоть до того, что данный проект попал уже на рассмотрение в Верховный Совет. В те времена, с одной стороны, это было сделать сложнее, с другой стороны, проще, ведь благодаря Смирнову многие формальности не играли такой уж большой роли.

Так что два проекта законов шли сразу одновременно: о торгово-промышленных палатах (а там тоже было указано, что ТПП организывает международный арбитраж), но самое главное, что уже были наработки насчет международного коммерческого арбитража. И поэтому все шло достаточно быстро вплоть до его принятия. То есть он прошел в соответствии с той конституционной законодательной процедурой, которая была предусмотрена, через все комиссии и, как я сказал, стал одним из последних законов, которые были приняты Верховным Советом. Я считаю это, конечно, для него удачным стечением обстоятельств, потому что если бы такой Закон не приняли в тех условиях, а уже в соответствии с новой Конституцией и т.п. через Государственную Думу, то, думаю, вряд ли бы он был в числе тех первоочередных документов, которые рассматривались тогда в Государственной Думе.

Если Вы помните, в ту пору какие только законодательные идеи ни выдвигались, но все они были политизированы, и прежде всего это касалось установления нового порядка и т.п. Соответственно, вряд ли бы удалось убедить людей, работавших там (в основном это были политики, преследовавшие свои достаточно узкие, я бы сказал, цели), что такой вопрос, который носит принципиальный, но специализированный характер, очень важен. Никто не думал тогда о подобных аспектах. И в этом смысле принятие Закона было не иначе как счастливым случаем, который помог нам одним махом оказаться в числе тех стран, которые приняли принципы и стандарты, сформулированные на международном уровне.

А у этого законопроекта противники были?

Нет, я не помню, чтобы кто-то выступал против него. Среди специалистов (а тогда круг специалистов, которые были связаны с международным арбитражем, был очень узким; сейчас он шире, но ненамного) ни у кого не возникало сомнений в том, что надо принимать такой Закон. И опять же думали, что он сыграет, безусловно, позитивную роль, потому что внешняя торговля в то время развивалась достаточно интенсивно, хотя тогда еще в целом и в рамках государственной монополии. Но после того, как в 1992 г., по сути, государственная монополия отпала, этот вопрос стал еще более актуальным. И в Арбитражном суде при ТПП, который впоследствии стал называться Международным коммерческим арбитражным судом, резко возросло количество споров. Почему? Потому что резко, я бы сказал, обвально увеличилось количество внешнеторговых контрактов, которые стали заключаться уже непосредственно промышленными предприятиями. И можно сказать, что был, наверное, в какой-то степени даже некоторый хаос, потому что, получив право выхода на рынок, все стремились использовать его, и подавляющее число сотрудников, работников этих предприятий и организаций не имели необходимого опыта, так что было достаточно много ошибок и злоупотреблений. Чего уж там, мы ведь говорим о 90-х – времени, когда действительно во многом все шло очень хаотично, и находились люди, которые ловили рыбку в этой мутной воде.

А Министерство и в 1993-м продолжало поддерживать, несмотря на то что оно уже переформатировалось?

Я, честно говоря, сейчас не помню точно, но, по-моему, несмотря на то что Министерство стало федеральным, российским, в основном там остались те же специалисты, включая юристов.

Кроме высшего руководства.

Высшее руководство, конечно, сменилось. Но оно в тот момент доверяло правовой службе — я помню, я достаточно тесный контакт поддерживал с ней в то время, поскольку участвовал в работе ЮНСИТРАЛ. И, помнится, те, кто возглавлял в то время Договорно-правовое управление, были людьми, так сказать, старой школы, которые привыкли доверять специалистам, которые знали, что если, например, документ подготовлен в рамках ЮНСИТРАЛ, тем более с нашим участием, то он заслуживает того, чтобы к нему присоединиться. Хотя я сейчас точно не помню, по-моему, формально Министерство вносило законопроект...

Не Палата? У нее же было тогда право законодательной инициативы?

Сейчас данный момент я не очень хорошо помню, потому что это не имело принципиального значения: оба ведомства действовали сообща. Но в любом случае я сейчас вспоминаю, что, когда мы представляли этот документ в законодательной комиссии уже в Верховном Совете, там не было официальных представителей Министерства. То есть мы фактически были от Торгово-промышленной палаты — руководители ее арбитражных учреждений: Сергей Николаевич Лебедев, Владимир Сергеевич Поздняков и я. Но в данном случае Министерство официально одобрило этот законопроект. И дело в том, что все шло через Президиум Верховного Совета, а там С.А. Смирнов поддерживал данную инициативу.

Высшее руководство Министерства, молодые реформаторы в этом процессе никак не проявлялись?

Нет, у них были иные заботы. В то время начальником Главного договорно-правового управления был Анатолий Сергеевич Мартынов, мы с ним однокашники — очень тесный контакт. И он сам очень хорошо все знал, был специалистом высокого класса и все, что мог, делал с этой точки зрения. И высшее руководство, реформаторы, надо отдать должное, слушали его. И когда он вносил соответствующие предложения, с их стороны никаких не было возражений, все шло не скажу, что как по маслу, но без каких-то проблем со стороны Министерства.

Но если не было противников, то и больших дискуссий не было? В целом консенсус был?

Нет, практически никаких серьезных дискуссий не было. Такого, как сейчас, — общественных обсуждений или чего-то подобного, — насколько я помню, не было. Хотя в достаточно узком кругу в Торгово-промышленной палате специалисты, работавшие в арбитражных органах, обсуждали данный вопрос. Но все настолько доверяли тому, что этот проект разработан в рамках ЮНСИТРАЛ и, более того, одним из самых активных участников его разработки был Сергей Николаевич Лебедев, что ни у кого, я еще раз повторяю, из небольшого числа специалистов не возникало сомнений.

Надо, конечно, отдать должное и представителям Министерства, потому что в работе над Типовым законом участвовали представители его Договорно-правового управления, т.е. все было согласовано, и этим делом занимались специалисты, те, кто хорошо его знал. И я еще раз повторяю, авторитет Сергея Николаевича был здесь непререкаем, так что не было необходимости открывать какие-то критические обсуждения этого документа. Ведь, я повторяю, сам факт, что это был документ, принятый в рамках Организации Объединенных Наций и с рекомендацией Генеральной Ассамблеи о том, чтобы данный Закон использовался при формировании соответствующих национальных законов, — все это было настолько серьезным убедительным аргументом, что не возникало необходимости обсуждать его. А потом, Вы не забывайте, что до того у нас никакого закона не было — у нас были разрозненные акты, и к тому же соответствующие поло-

жения, которые определяли статус Внешнеторговой арбитражной комиссии и Морской арбитражной комиссии, восходили еще к 30-м годам, хотя потом их и немного меняли. Поэтому перспектива принятия единого Закона воспринималась очень положительно. И самое главное, я повторяю, круг специалистов был достаточно узок, и был почти полный консенсус относительно того, что там было сформулировано.

А у депутатов формулировки Закона не вызывали вопросов?

Когда мы проходили через эту комиссию, то серьезных замечаний или предложений по существу не было.

Наверное, они не понимали, о чем идет речь?

Я это и хотел сказать. Почему? Потому что это было настолько специальный вопрос, что депутаты, которые принимали участие в заседаниях комиссии, просто не могли бы по существу что-либо сказать иное. Были, конечно, некоторые вопросы, но они были настолько, я бы сказал, некомпетентными с точки зрения содержания, т.е. они проистекали из совершенно других соображений.

Не помните, какие это были вопросы?

Я помню, во время обсуждения один из депутатов — он был достаточно в то время известен, потому что, по-моему, был рабочим...

Шандыбин Василий Иванович?

Да, Шандыбин. Он был от Коммунистической партии. Я помню, он задал вопрос. И он говорил, что вся эта система не соответствует тому, что у нас в стране сложилось, что это все создает благоприятные условия для развития капитализма. И вопрос у него был — я не помню, как точно сформулирован, но смысл такой: «Как данный Закон регулирует вопросы защиты прав трудящихся?» Это чисто политический вопрос. И ответ на него был такой, что подобные проблемы не регулируются этим Законом.

Кстати, само по себе даже название Закона вызывало вопросы, опять же — по идеологическим соображениям...

«Коммерческий».

Да, коммерческий арбитраж. Уже это, я еще раз говорю, как бы указывало, что он предназначен для регламентации рыночных отношений. А не забывайте: это был 1993 г. — тогда было больше разговоров о том, что нас спасет внедрение рыночной экономики. И левые депутаты как раз везде, где только можно, подчеркивали, что все это ведет нас не в том направлении. То же самое, что и немножко позже, уже в Думе, когда рассматривали проект части первой Гражданского кодекса. Вы помните, что тогда единственной, по-моему, фракцией, не поддержавшей часть первую Кодекса, которая принималась в 1994 г., была фракция Коммунистической партии. И депутаты выступали довольно остро относительно того, что этот Кодекс, по сути, создает преимущества для капиталистического способа производства и завоевания трудящихся, которые были достигнуты на протяжении многих десятилетий, сводятся к нулю.

Но кроме таких словесных придинок со стороны коммунистов дело дальше не шло?

Нет, нет. Я еще раз говорю, с профессиональной точки зрения был, по сути, консенсус, потому что все понимали, что это благо, что это хорошо. Опять же, я еще раз повторяю, та-

ких специалистов было немного. Ведь кто в те времена занимался арбитражем? Юристы, связанные с внешнеторговой деятельностью. А все они были сосредоточены во всесоюзных внешнеторговых организациях, число которых в СССР составляло не больше сотни. И потому, я повторяю еще раз, авторитет и Сергея Николаевича Лебедева, и Владимира Сергеевича Позднякова, чьи имена олицетворяли теорию и практику международного арбитража у нас в стране, не вызывал сомнения — они пользовались непререкаемым авторитетом.

А депутаты не могли путать международный коммерческий арбитраж с госарбитражем?

Нет. Я думаю, что здесь сами депутаты как раз не путали. Но вот многие юристы, которые каким-то образом оказывались сопричастными, как раз задавали вопрос, что это такое. Ведь для юристов, занимавшихся внутренними делами, арбитраж всегда означал только одно — государственный арбитраж, и поэтому, когда здесь говорилось о международном арбитраже, они автоматически переносили на него свое ранее сложившееся понимание государственного арбитража. Тем более что, если вы помните, в 1992 г. было принято Постановление о третейских судах, которые могли рассматривать внутренние хозяйственные споры.

Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров.

Временное положение, да. Но это Временное положение предусматривало такие правила, которые были несовместимы с обычным понятием третейского суда, уже не говоря о том, что главное преимущество последнего — окончательность его решения по существу — там отрицалось: Положение предусматривало возможность оспаривать решение третейского суда не только по процессуальным основаниям, но и по существу.

При нарушении законодательства.

Не только при нарушении — там еще было написано: можно оспаривать, если неправильно было применено право или неправильно оценены материалы. То есть, по сути, так же как и в любой судебной процедуре, можно было оспорить решение по широкому кругу оснований. И еще долго потом многие годы российские юристы, которые занимались только внутренними спорами, до конца не могли усвоить принципиальные отличия, характерные для правовой природы третейского суда. И, как я сказал, если возникали какие-то не решенные в законе вопросы, они переносили понятия государственного арбитражного суда на то, что происходило в сфере международного арбитража.

Кроме того (мы, по-моему, с Вами как-то обсуждали), с самого начала специалисты считали, что использование термина «арбитражный суд» в отношении государственных судов было неудачным. И, более того, как я помню, в первоначальных проектах, разработанных еще в советский период, которые предполагали реформу государственного арбитража и его превращение в судебный орган, было написано, что это будут хозяйственные суды, т.е. предусматривалось создание системы хозяйственных судов. Слово «арбитраж» там не использовалось, потому что это готовили грамотные люди, и в данном случае все, казалось бы, было сначала правильно.

Но тут сыграла роль случайность. И если для Закона о МКА это был счастливый случай, то здесь не очень. Я помню, как смотрел телерепортаж об обсуждении проекта закона о реформе госарбитража. Калмыков Юрий Хамзатович, который был в то время председателем Комитета Верховного Совета СССР по законодательству, а позднее — министром юстиции Российской Федерации, докладывал на заседании Верховного Совета СССР этот проект, а в прениях выступил Анатолий Собчак. Помимо того, что он был доктором юри-

дических наук, он пользовался очень большой популярностью в Верховном Совете СССР, всегда говорил красиво, снискал авторитет, а ВС в то время во многом состоял из тех людей, которые не были профессиональными деятелями и при принятии законопроектов руководствовались принципом «одобрямс», хотя это и был первый Верховный Совет СССР, созданный в условиях «перестройки» на базе более-менее свободных выборов.

А Собчак выступил с возражениями, что называть такие суды хозяйственными нельзя, потому что это, по сути, будет означать возврат к концепции хозяйственного права, которое отрицает свободную экономику, и все прочее. Он сказал: «Почему бы их не называть „арбитражные суды“, раз они должны заменить государственный арбитраж?» Никто, к сожалению, не возразил, и не было тех, кто мог бы сказать, что это приведет к путанице с подлинным арбитражем, включая международный.

Но тогда международный коммерческий арбитраж успешно работал, никаких проблем с пониманием его природы и правовых особенностей у специалистов не было. И надо еще помнить, что в те времена государственный арбитраж вообще никакого отношения не имел к внешнеэкономическим сделкам, поэтому вопроса о коллизии для специалистов вообще не возникало. Но спасибо надо сказать Собчаку за то, что было изменено его название, которое так и закрепилось за государственными судами, что также было отражено в новой Конституции РФ.

И самое главное, что руководство Высшего Арбитражного Суда тоже очень долго не осознавало возникшую проблему. И я помню, как они мне говорили: «Но как же – Конституция ведь закрепляет это название за нами. И если менять название, то что – Конституцию менять?» Хотя потом мне уже Марк Моисеевич Богуславский рассказывал сам лично про случай на конференции в Западной Германии. Это был сентябрь 1993 г., и я не смог поехать на ту конференцию из-за известных событий. Честно говоря, мне не очень хотелось, и время было неподходящее. А Богуславский был там в то время, и один из руководителей ВАС должен был сделать доклад о коммерческих арбитражных судах. И в названии его доклада по-немецки действительно были указаны именно «арбитражные суды» («Schiedsgerichte»). И народ был готов слушать о том, как у нас регулируется арбитраж, тем более что уже в России был принят Закон о МКА, и, соответственно, все ждали информацию о нем. А он, естественно, стал рассказывать о том, что он хорошо знал, а именно о государственных арбитражных судах.

Я со слов Богуславского рассказываю. Он говорил, что по завершении доклада из аудитории народ с недоумением спрашивал: «Что же это у вас за арбитраж такой, который, по сути, жестко зарегламентирован?» И только тогда докладчик понял, в чем проблема. Богуславский мне рассказывал, что уже ему пришлось еще дополнительно выступить и сказать, что есть у нас арбитраж, который возглавляет господин Комаров (поскольку я был приглашен и там числился), а это – иной арбитраж. В данном случае не надо путать. Он мне так рассказывал. Не знаю, было ли так на самом деле.

Может, ВАС после этого начал так ревниво относиться к арбитражу? Шучу, конечно.

Я думаю, его толкали к неверному отношению к арбитражу отдельные известные лица изнутри, которые, почувствовав вкус к международным спорам, стали пробивать эти неправильные идеи.

И они пользовались, к сожалению, очень большим авторитетом у Вениамина Федоровича Яковлева. Более того, я помню, как на одном из заседаний в те времена я выступил с критикой таких идей. Они готовили какой-то документ, связанный с этим, и я сказал, что это не соответствует международным стандартам и все прочее, т.е. критиковал предложенный подход. И он, я помню, потом в ответ говорил, что он доверяет в этом отно-

шении специалистам ВАС. Тогда я тоже понял, что для него все-таки последняя инстанция здесь — это они. И это тоже, к сожалению, сыграло свою роль: в судебной практике неверный подход приводил к неверным решениям.

А я Вам не рассказывал, как в документах о присоединении России к ВТО перевели термин «арбитражные суды», имея в виду государственные суды? Знаете?

Нет, как?

Его перевели как «arbitration tribunals». Перепутали.

Естественно. То же самое — был большой скандал в Австрии. Может, Вы слышали об этом. Когда было одно решение, вынесенное Арбитражным судом города Москвы (истец — российское предприятие, выигравшее дело против австрийцев), которое надо было исполнять в Австрии. Но по Нью-Йоркской конвенции в суде решение надо перевести на язык суда. И они перевели название суда как «Schiedsgericht», т.е. «третейский суд». И, соответственно, было вынесено судебное решение о принудительном исполнении представленного решения государственного арбитражного суда на основании Нью-Йоркской конвенции. Только в апелляционной инстанции удалось показать, что это не арбитражный суд, не третейский суд, а государственный. И тогда только отменили такое решение. И я помню, спустя несколько лет наша делегация была в Австрии, и нас обслуживали там две женщины-переводчицы, которые нам как раз тоже рассказывали об этой истории: «Мы теперь знаем очень точно. Любой переводчик с русского на немецкий, который занимается юридической проблематикой, знает как Отче наш теперь, что в России существуют два вида арбитража».

Когда Коммунистическая партия оспаривала присоединение России к ВТО, я для них занимался жалобой в КС РФ и этот момент тоже подчеркнул, что как же так — это же неправильное словоупотребление. Конституционный Суд, наверное, пару абзацев этому посвятил в своем Постановлении № 17-П, сказав, что из смысла, в общем-то, ясно, что это государственные суды, и не страшно, что есть такая неточность.

Но это неудивительно, потому что наши суды не были готовы к такому повороту. И самое главное, суды не привыкли слушать специалистов, в то время как в развитых правовых системах, Вы знаете, если суд встречается с проблемой, которую он не знает, он приглашает специалистов. А наши суды... На первых порах вообще об этом даже и вопрос поднимать невозможно было, т.е. они начисто отрицали такую необходимость, особенно по правовым вопросам. Они считали, что они все знают, что и с арбитражем они сами разберутся.

Не помню, я Вас спрашивал, почему вообще госарбитраж называли арбитражем?

Это надо смотреть далеко в 20-е годы.

Понимаю. С 1922 г. стали называть соответствующие комиссии при госорганах «арбитражными». Но почему?

Я специально не изучал данный вопрос, хотя интересовался. Мне кажется, что главная причина была в том, чтобы показать, что это не суд, что там нет принципов буржуазного суда, формальности, формального подхода. Они же считали, что термин «арбитраж» освобождает от необходимости соблюдать эти принципы нейтральности и следовать всяким другим юридическим химерам. Ведь, Вы же помните, государство рассматривало споры между государственными предприятиями — это концепция хозяйственного управления: государство в данном случае выполняет и роль судьи, и роль игрока на поле. И термин «арбитраж» подошел здесь прежде всего с точки зрения возможности четко отделить, что

в области хозяйства для нас нет ничего частного. А суд для частных дел пусть упражняется во всех этих юридических химерах.

Если посмотреть назад, Александр Сергеевич, исходя из того, что Вы сейчас знаете, видели, Вы бы что-нибудь поменяли в 1993 г., если бы могли, конечно?

Дело в том, что предвидеть в 1993 г. то, что последовало потом, в последующие годы, было практически невозможно. Если Вы мне скажете, что был кто-то, кто предвидел это более или менее четко, я не поверю.

Я понимаю. Я предлагаю просто пофантазировать — «если бы».

Формулирование любого положения в любом законе должно основываться на практике. В то время практика не требовала такого глубокого и досконального подхода. И, соответственно, мы считали, что данный шаг (а это был очень важный шаг в развитии нашего национального законодательства — имплементация Типового закона) и так является большим достижением. Мы здесь впервые вводили возможность оспаривания арбитражных решений в государственных судах, т.е. мы вводили то, чего не было. Об этом не говорилось ни слова в действовавшем тогда законодательстве. То есть мы, по сути, подтягивали до международного уровня свое регулирование. И в этом смысле я думаю, что не только я, но и другие специалисты считали, что мы действительно очень серьезно продвинули наше право. Хотя, конечно, потом, когда данное законодательство стало применяться, я уже думал, что, конечно, хорошо было бы включить и то, и другое. Но почему? Потому что практика пошла своим путем.

Что именно включить?

То или иное положение, которое могло бы нам помочь дополнительно защитить арбитраж. Но в данном случае, я еще раз повторяю, мы исходили из того, что уже сам по себе текст Закона настолько ставит все на свои места, что надо посмотреть, как он будет работать, как будет сформирована практика. Конечно, если бы мы жили в другой среде, т.е. правовая действительность была иной, то, конечно, в этот Закон можно было включить много другого. Но, я еще раз повторяю, у нас не было предыдущего такого акта. Если Вы возьмете другие страны, которые тоже в первые десятилетия приняли Типовой закон, они в основном приспособливали национальное законодательство. Вернее как — принимали Типовой закон и его адаптировали, использовали терминологию, которая сложилась у них прежде.

У нас же не было такой необходимости. Это было, с одной стороны, наше преимущество, потому что мы имели текст Типового закона на русском языке — нам даже не пришлось искать какие-то особые термины, т.е. мы вводили, по сути, данным Законом некоторые очень важные положения, которых не было в российском или в предыдущем советском законодательстве. Поэтому мы считали, что и так был сделан очень большой шаг.

То есть ничего бы не меняли?

Вопрос не совсем, я бы сказал, корректен, что ли, потому что я не мог представить себе грядущие изменения. Потому что, когда была предпринята вторая попытка, уже в 2007–2008 гг...

Когда по поводу МАК пытались изменить?

Нет, нет. По поводу МАК — это, надо сказать, была забота Сергея Николаевича Лебедева. Он очень долго пытался расширить компетенцию МАК, сделать МАК более весо-

мой. Но это было еще раньше. И тогда пытались изменить не Закон, а Положение о МАК. А к Закону не было необходимости подступать.

Но уже после принятия ЮНСИТРАЛ редакции Типового закона 2006 г., когда я уже начал эту работу и убедил правовую службу Министерства экономического развития, то, надо сказать, они пошли навстречу. Потому что доверяли нам, доверяли мне как специалисту. И мы тогда вышли с предложением о том, чтобы включить новые положения Типового закона в наш Закон. И одновременно я как раз тоже предложил дополнить — внести не только те изменения, которые вытекали из новой редакции Типового закона, но и некоторые другие положения, в частности о возможности исключить оспаривание, об использовании суда для получения доказательств — ряд моментов, которые мне в то время казались необходимыми для того, чтобы сделать наше законодательство более совершенным. И опять же почему? Потому что мне давала основания для этого уже практика его применения. Я уже видел, чего здесь не хватает. И опять же не хватает почему? Потому что в основном судебные органы, в которые попадали арбитражные решения, были к этому не готовы, они не понимали некоторых вещей, которые сами собой разумелись. То есть они были достаточно очевидными в международном арбитраже, но, поскольку наши судьи не имели такого опыта, им нужно было дополнительно об этом сказать в законе, ведь они привыкли к тому, что в законе должно быть все написано. Вы же знаете, наши судьи очень в этом смысле догматичны, т.е. они привыкли применять букву закона прежде всего. И отсутствие прямого указания им не давало возможность принять то, что было очевидным.

И я могу еще вспомнить, что после того, как в 1993 г. был принят Закон о МКА, я предпринял некоторые действия — договорился с Московским городским судом о том, что я хочу к ним подъехать. Это было буквально через месяц или через два после того, как был принят Закон. Я предложил, что подъеду рассказать, что новый Закон предполагает уже новую практику и юрисдикцию суда. И мы договорились. Нынешний председатель Мосгорсуда Ольга Александровна Егорова как раз оказалась в числе тех двух судей, которым тогдашний председатель поручила заниматься этими делами. И я поехал в Мосгорсуд и рассказал, что предусматривает новый Закон в части судебного содействия и контроля в отношении международного арбитража и все прочее и что судей надо к этому готовить.

Я с ними договорился, что при необходимости могу прочесть лекцию для судей. Мы установили этот контакт. Если Вы помните, в первоначальном тексте Закона функции контроля были за судами общей юрисдикции. И, более того, не просто за судами общей юрисдикции, а за судами на уровне субъектов Федерации, как во многих странах, т.е. за судами не первой инстанции, а именно вышестоящей.

И тогда, я помню, первые решения, которые они принимали, были достаточно лояльными по отношению к арбитражу, потому что МКАС уважали. Более того, я договорился с Ниной Юрьевной Сергеевой, заместителем Председателя Верховного Суда РФ, которая была одним из старейших судей (и арбитров, кстати), — я тоже ее достаточно хорошо знал. Я договорился с ней о том, что могу подъехать и провести беседу с судьями Верховного Суда. И она это организовала, я приехал туда и прочитал лекцию, прежде всего о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Я рассказал о Нью-Йоркской конвенции. Я помню, я предупредил, что такой аргумент, как нарушение публичного порядка, нужно использовать очень-очень ограниченно и как последнее средство, потому что, иными словами, мы, по сути, дискредитируем этим юрисдикцию. Это все было сделано, но в рамках судов общей юрисдикции. Они тогда занимались данными вопросами, а не государственные арбитражные суды.

В 1993 г. Вы сразу все это делали?

Да, после принятия Закона я как раз это делал, для того чтобы обеспечить его исполнение...

Я еще обратил внимание, что ГПК, который в то время содержал еще советское регулирование вопросов исполнения арбитражных решений, при принятии Закона не изменили. А не изменили почему? Опасались, что нужно вовлекать Верховный Суд — и тогда это дело затянется?

Я не помню точно, но все же после принятия Закона в этих вопросах ориентировались больше на него, а не на ГПК.

Хотя помню, как Сергей Николаевич Лебедев упоминал, что в первое время суды часто в связи с решениями МАК просили его как председателя МАК ставить надписи о вступлении решений в законную силу: тогда ГПК приравнивал эти надписи к исполнительным документам. Такое вот было особое уважительное отношение в ГПК к МАК. Ему приходилось разяснять, что не вправе он это делать. Однако соответствующую норму действительно формально долго не отменяли.

А Верховный Суд как-то был вовлечен в процесс принятия Закона?

Был, но не очень активно, насколько я помню. Детали сейчас уже не расскажу.

А Вы уже на стадии обсуждения в Верховном Совете подключились к работе над Законом?

Немного раньше. Почему? Потому что я в 1989 г. был избран заместителем председателя Арбитражного суда, как он тогда назывался, — заместителем В.С. Позднякова. И уже в качестве заместителя Председателя выполнял некоторые виды работ. Я помню, я докладывал на Президиуме Торгово-промышленной палаты как раз вопросы, связанные с международным арбитражем. Но непосредственно к работе, связанной с Типовым законом, подключился уже на более поздних этапах, потому что, как я уже говорил, первую скрипку там играл Сергей Николаевич Лебедев. Более того, я бы сказал, что он был и всем оркестром, потому что он считал, что это его детище, и он, по сути, я бы сказал, осторожно подпускал других близко.

Но поддержка людей внутри ТПП разве не была нужна?

А как это — внутри ТПП? В ТПП никто, кроме тех, кто отвечал за арбитраж, и понятия не имел об этом процессе. Все знали, что этим занимаются С.Н. Лебедев, В.С. Поздняков; арбитраж работает, деньги приносит — все, значит, и так нормально. Так что здесь в данном вопросе к ним было полное доверие. И правильно: для этого были серьезные основания, потому что, например, Сергей Николаевич занимался арбитражем с самого начала и не только у нас в стране, но и за рубежом считался очень авторитетным специалистом в данной области. Поэтому по содержанию, может быть, у кого-то из сторонних лиц, кто знакомился с текстом, и могли возникать какие-то предложения, но на уровне тех инстанций в ТПП, которые должны были принимать решения о продвижении проекта Закона, они вряд ли бы привлекли серьезное внимание.

Отзывы каких-то министерств помните?

Да, был, например, от МИДа. Все они были в целом позитивные. Потому что, я еще раз говорю, ну кто там мог ответить, кто там мог написать что-либо противоположное? И потом, Вы не забывайте, была монополия внешней торговли: внешнеэкономической

деятельностью занималось только Министерство внешних экономических связей, да еще ТПП, поскольку там были арбитражные центры. Считалось, что проект, который подготовлен ТПП, проходит. И я еще раз повторяю, что здесь сыграл большую роль Президент ТПП С.А. Смирнов в том, что все проекты шли без задержки.

Как Вы думаете, если бы в 1993 г. не удалось Закон принять, то когда бы его все-таки приняли? Или вообще бы не приняли?

Я думаю, с учетом того, что уже в эти годы стал усиливаться Высший Арбитражный Суд, то он, наверное, все-таки попытался бы как-то ограничить его применение, и прежде всего через определение арбитрабельности. Я тоже думал над этим вопросом, что было бы, если бы в то время Закон не приняли. Наблюдая, анализируя законотворческую деятельность, которая проходила в те времена, нельзя было не почувствовать, что, конечно, такой закон, который носит специальный характер, имеет особую юридическую технику и нуждается в объяснении, предполагает формирование готовности к его пониманию — и прежде всего не у чиновников, которые принимают решения, а у предпринимателей, т.е. тех, кого мы называем пользователями арбитража.

И я в этом смысле, к сожалению, прихожу к выводу о том, что достоинства, необходимость третейского разбирательства, в том числе международного арбитража, большинством наших предпринимателей все-таки еще недостаточно осознаются. Главным аргументом, когда в те годы продвигался международный арбитраж, было то, что это естественное международное требование, что с нами никто не будет вести дела, если мы не будем соблюдать принятые в международном обороте принципы. А одним из них, безусловно, является то, что международные коммерческие споры рассматриваются в арбитражном порядке. И это был важнейший, однако, так сказать, внешний аргумент. Но вместе с тем не было внутреннего осознания того, что третейский суд нужен, полезен, востребован. Почему? Потому что он дает возможность достаточно быстро решить спор, обеспечивает конфиденциальность, более простую процедуру исполнения решений. Это рациональные аргументы, которые имеются прежде всего у пользователей арбитража и у юристов, т.е. они осознают, они чувствуют, что в данном случае есть преимущество разрешения спора в арбитраже по сравнению с государственным судом. У нас в тот момент, можно сказать, вообще этого не было, кроме, опять же, небольшой очень группки специалистов. А большинство юристов не осознавали этого, и единственный аргумент был, что так положено, так делается везде, потому что иначе быть не может.

Соответственно, и арбитражные оговорки вставлялись бездумно, т.е. такие выдумывали формулы, которые вообще трудно было даже представить.

Так что в тот момент, конечно, если бы мы не приняли Закон о МКА, то, я думаю, прошло бы много времени, по крайней мере где-то до середины 2000-х гг. Я бы еще связал это с принятием нового Гражданского кодекса, потому что все-таки развитие предпринимательства, элементов свободного рынка, рыночных отношений подталкивало снизу. Когда предприниматели столкнулись с государственными арбитражными судами и с их очень формальными подходами и сравнили с возможностью быстро решать свои споры в третейском суде, то они стали тяготеть к этому. Данное обстоятельство и привело к тому, что государственные арбитражные суды увидели в третейских судах конкурента, соперника, которого надо было приструнить.

Я, честно говоря, думаю, что понадобились бы многие годы, чтобы сейчас принять подобный акт. Ни одного закона, который носил бы примерно такой же характер, в последние годы, по-моему, не было принято. Была и другая альтернатива: приняли бы быстро, но в совершенно ином виде, доморощенном и не учитывающем международные стандарты.

Как Вы думаете, наличие у Закона двух отдельных приложений, т.е. положений о МКАС и о МАК, – это было правильно в 1993 г.?

Тогда это была необходимость. Я могу сказать, что как раз согласовывал данные положения, и, более того, я помню, как мы представили с приложениями проект. А причина была в чем? Во-первых, нужно было все-таки на уровне закона решить вопрос о правопреемстве, чтобы арбитражные оговорки со ссылкой на ТПП СССР действовали в арбитраже при ТПП Российской Федерации. Ведь, как я сказал, уже в те времена возникли проблемы, когда говорили, что такого арбитража нет, а значит, нет основания туда передавать споры. Это первая была важная задача – обеспечить не правопреемство, а правопродолжение, т.е. чтобы была по крайней мере легальная основа закона. Это первое было соображение.

А второе соображение касалось того, что в силу предыдущего положения о ВТАК председатель имел право принимать решение об обеспечительных мерах. А это тоже, сами понимаете, могло быть только на основе закона. В сам Закон о МКА не решились включить соответствующее положение. Почему? Потому что не хотели нарушать Типовой закон, потому что там прямо не предусмотрено, потому что это все-таки отдельный правовой институт, потому что речь идет об обеспечительных мерах, которые не трибунал принимает, а именно институт. И опять же здесь должна была быть законодательная основа. И именно потому пришли к выводу, что данный вопрос можно решить таким образом, т.е. в приложениях к Закону. Это было сделано не для того, чтобы выделить МКАС и МАК каким-то образом, а потому, что нужно было решить правовые проблемы.

И я помню, что как раз мне довелось все это излагать уже в Аппарате Верховного Совета, когда меня вызвали и сказали: «Что это такое у вас здесь? Статья 17 Закона говорит об обеспечительных мерах, и у вас в положениях то же самое?» И мне пришлось объяснять, что это разные обеспечительные меры – что там это обеспечительные меры, которые арбитраж принимает, а здесь обеспечительные меры, которые принимает институт. И я указал почему. Потому что у нас в Гражданском процессуальном кодексе и в Арбитражном процессуальном кодексе не было тогда нормы, которая давала бы возможность принять обеспечительные меры по начатому процессу в арбитраже. А ведь наличие арбитражной оговорки должно было бы давать основание принять обеспечительные меры. А у нас этого не было, это отрицалось. И все для того, чтобы те, кто пользуется арбитражем – МКАС и МАК, имели возможность принятия таких предварительных мер, даже когда еще не сформирован третейский суд.

И еще один момент, который был по крайней мере в Положении о МКАС, – по-моему, в Положении о МАК этого не было – то, что МКАС имеет право рассматривать споры, основываясь на международном договоре.

По МАК тоже было.

Тоже было. Да, правильно. А это было необходимо для того, чтобы реализовать Московскую конвенцию 1972 г. о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров.

В отношении МАК было одно соглашение с Норвегией, кажется, насчет рыболовных сетей. Других не было, насколько помню.

А председатель Комитета по законодательству Митюков Михаил Алексеевич – не помните, он как, тоже достаточно помогал?

Да, он как раз председательствовал на заседании Комитета, когда рассматривался проект Закона. Не то чтобы помогал, но по крайней мере понимал, что он в этом деле не очень большой специалист. И хотя тоже, я помню, вопросы какие-то задавались, но они не носили такого уж принципиального характера.

Насколько я знаю, перед принятием, перед 7 июля, Комитет разделился, и возглавлять его стал Шахрай, а Митюков в другой ушел.

Нет, я присутствовал на том заседании, на котором, по-моему, окончательное решение принималось. Там председательствовал Митюков.

Да, там несколько дней всего оставалось. Понятно.

Я могу сказать, я помню, что техническую часть вела Любовь Анатольевна Агеева. Она очень энергичная была в этом процессе и содействовала, конечно. И надо сказать, что иногда она задавала вопросы, в частности по этим обеспечительным мерам; это она, когда тексты просматривала, обычно спрашивала, зачем это нужно, ведь в 17-й статье уже написано – так зачем повторять? И я объяснил ей, что это необходимо, потому что это разные вещи. В принципе, понимаете, в тот момент весь Аппарат относился очень лояльно к проекту, потому что, еще раз говорю, за ним стоял С.А. Смирнов, в то время занимавший очень заметное, авторитетное положение, будучи не только формально членом Президиума, но и, самое главное, как все знали, находясь в тесном контакте с Ельциным.

А какие-нибудь еще курьезные случаи помните в процессе принятия? Кроме Шандыбина – ничего?

Нет, нет, ничего, ничего. Потому что, я говорю, в принципе, проходило все достаточно гладко в этом смысле. Потому что, я еще раз повторяю, главным аргументом было то, что это ооновский документ и, самое главное, что очень важно, доверяли специалистам, которые все это делали. И тут не было и оснований по-другому поступать, потому что Сергей Николаевич Лебедев был одним из его авторов. И потом, это проходило через Министерство внешних экономических связей, и в ТПП тоже позитивно относились.

А в процессе применения Закона не помните забавных, любопытных ситуаций?

Было довольно много таких курьезных случаев применения Закона о МКА.

Естественно, это было результатом отсутствия опыта, отсутствия знаний. Я уже не говорю о том, что во многих случаях была ангажированность суда принять то или иное решение, потому что зачастую за ним стояли не какие-то теоретические конструкции или какая-то логическая связь, а просто надо было найти способ отказать или, наоборот, признать решение. Хотя это уже не курьезы, а серьезные ошибки из-за непонимания, т.е. совсем уже не смешные вещи.

Особенно много было ошибок с применением концепции публичного порядка.

Как Вы думаете, можно ли какие-нибудь тенденции определить за эти 25 лет применительно к Закону, или пока еще даже рано говорить об этом?

Если подводить промежуточные итоги того, что имело место два года назад, т.е. когда были приняты новые законы о третейском разбирательстве, то я считаю, что пока рано, хотя в данном случае уже есть признаки того, что за последнее время третейское разбирательство стагнировало. Его развитие сейчас имеет достаточно большие проблемы в силу того, что у нас существует всего-навсего четыре арбитражных института. Соответственно, говорить о том, что стало больше третейских разбирательств, нельзя уже хотя бы по этой причине. А в целом я с самого начала был критиком концепции данной реформы. То есть я не возражал против того, чтобы внести серьезные изменения, дополнения – вот то, что Вы спрашивали, можно ли было. Ведь к тому времени уже стало ясным, что надо серьезно дополнять наше законодательство, потому что судебная практика, к сожалению, указывала на то, что недостаточно адекватно все это применяется.

Потому я считаю, что изначально концепция реформы была порочной. Ведь основой для этого было что? Что имеет место злоупотребление третейским судом — это главная идея. И стали бороться против того, что третейским судом злоупотребляют. Но этого во многом не было, это было надуманно, потому что да, были злоупотребления, но разве нет их в других сферах? Когда новый Гражданский кодекс ввели, принцип свободы договора приводил к тому, что возникали какие-то совершенно невообразимые конструкции. Это опять же объективное явление, потому что не может все с самого начала развиваться так, как хотелось бы. Так вот, я считаю, что идея, будто третейскими судами злоупотребляют, будто это один из способов и «обхода» закона, и нехороших дел, была неправильной. Потому что да, были злоупотребления, но пресловутая концепция «карманных» судов была надуманна.

Если посмотреть соответствующие дела, там заметно смещение понятия беспристрастности с арбитров, с арбитража на институт. И самое главное, что с помощью закона, действовавшего тогда, можно было решить эту проблему. Что такое отсутствие беспристрастности института? Это наличие какой-то связи между арбитром и институтом. И разве это не давало основания заявить ему отвод, не давало основания привести в судебном порядке в норму? Я потому считаю, что значение «карманных» судов было преувеличено и, по сути, было использовано как повод для того, чтобы навести порядок с ними, ограничить их деятельность. И, конечно, свою роль сыграло также во многом непонимание, что ли, или неосознание основных, фундаментальных принципов, на которых строится третейский суд. Это тоже стало причиной того, что были сформулированы соответствующие положения, которые стремятся детально регламентировать третейский суд, т.е., по сути, применительно к нему нивелируют значение автономии воли сторон, поскольку они ограничены в формулировании условий, на которых будет рассматриваться их спор.

Все это, с моей точки зрения, основания, которые были во многом преувеличены и надуманны, потому что, если посмотреть статистику, решалось очень большое количество дел в третейских судах — и решалось удовлетворительно, т.е. они не отменялись — они исполнялись добровольно. И примером этого является один из третейских судов, который подвергся атаке, а именно учрежденный Сбербанком. Он решал в год сотни дел. И они решались быстро, и это все способствовало нормальной предпринимательской деятельности. И другие внутренние арбитражные суды так же работали и приносили довольно много пользы.

Да, конечно, я еще раз повторяю, нельзя исключать того, что были злоупотребления, но самое интересное, что эти злоупотребления, как правило, были возможны в том случае, если была соответствующая поддержка со стороны государственного суда. Ведь вообще о злоупотреблениях институтом третейского суда можно говорить только тогда, когда затрагивается государственная юрисдикция, потому что если стороны исполнили решение, вынесенное третейским судом, добровольно, то у них никаких вопросов нет. Значит, они довольны этим, и это не препятствует им развивать дальнейшие отношения. И только в том случае, когда нужно было легализовать какую-то конструкцию через третейский суд, это было возможно, только если у сторон была уверенность в том, что третейский суд сделает так, как они хотят.

Иными словами, третейский суд использовался тогда, когда была уверенность в том, что дело, которое можно было провести через третейский суд, будет поддержано государственным судом. Третейский суд оказывается востребованным и уверенность сторон в нем только тогда присутствует, когда государственный суд относится к нему с доверием и благоприятно, *arbitration friendly*, т.е. в случае каких-то сомнений он отдает предпочтительные позиции в пользу третейского суда. А это, к сожалению, пока еще у нас отсутствует.

И я повторяю, что реформа во многом была идеологически построена на признании того, будто у нас сложилась ситуация, что лицом третейского разбирательства являются его злоупотребления, что это главное — злоупотребления. Но в действительности такого не было, ведь практика только формировалась. По сути, полноценный третейский суд начал развиваться с 2002 г., когда были приняты закон о третейских судах и новый АПК. По сути, прошло 10 лет с небольшим. И как можно уже на основе этого говорить о том, что была сформирована порочная практика и все это — результат злоупотребления в третейских судах? Злоупотребление третейским судом возможно только в том случае, если в дело вовлекается государственный суд. Ведь даже если третейский суд решил спор не в полном соответствии с законом, но тем не менее результат удовлетворяет стороны, то, в принципе, о государственном вмешательстве здесь вообще речи не может идти.

Поэтому я повторяю, что злоупотребление третейским судом возможно было только при попустительстве или при активной роли государственных судов. И, конечно, такая идеологическая основа была использована для того, чтобы усилить государственный контроль. И, по-моему, у Вас в вопросе там было, что не просто подразумевалось, а даже было подтверждено предпочтение институционных судов арбитражу *ad hoc*, хотя, по сути, именно последний является третейским судом в чистом виде. И правила, которые установили сейчас для создания и деятельности постоянно действующих арбитражных судов, конечно, слишком жесткие — и прежде всего это означает ограничение автономии воли сторон в формулировании условий рассмотрения их спора.

Я сейчас не буду вдаваться в детали, потому что там много моментов, которые заслуживают отдельного анализа, но самое главное, что столь подробная регламентация деятельности постоянно действующих арбитражных судов прежде всего означает ограничение воли сторон, т.е. ограничение деятельности третейского суда. Я уже не говорю о том, что такой механизм дает возможности государству в лице Министерства юстиции, по сути, влиять на эти постоянно действующие суды, ведь фактически оно дает разрешения на осуществление деятельности третейских судов...

Кстати, про арбитраж *ad hoc*. Как Вы считаете, ограничения, которые существуют сейчас в его отношении, оправданны?

Я думаю, что нет. Почему? Потому что они сделаны только для одного — для того, чтобы вынудить стороны, когда они выбирают рассмотрение спора в третейском суде, обратиться в постоянно действующий суд, т.е. все свести «под крышу» ПДАУ. Смешное, кстати, сокращение. Раньше как-то использовали «институт», «учреждение», а теперь ПДАУ. Главная цель ограничения возможностей третейского суда *ad hoc* именно в том, чтобы принудить стороны, когда они согласились безусловно с тем, что арбитраж более предпочтителен, к тому, чтобы идти в постоянно действующий суд, создав видимость гарантий, что там обеспечивается беспристрастность и независимость. Но я говорю, что если вникнуть в детали начиная с необходимости соблюдать установленные законом правила и процедуры и многие вещи, которые обязательны для регламентов, то окажется, что они просто сковывают третейские суды. Ведь одна из главных черт третейского суда — то, что он постоянно приспосабливается, отвечает интересам практики. То есть, когда на практике появляется какая-нибудь проблема, и она должна быть решена более эффективно, третейские суды, например, просто обновляют свой регламент. А теперь им надо докладывать в Минюст, менять это все. И, спрашивается, зачем это надо делать?

Как Вы полагаете, будущее у подлинного арбитража *ad hoc* в России есть?

В России надо жить долго, как известно. Теоретически есть, а на деле — многие сомнения. Арбитраж *ad hoc* — в чем-то квинтэссенция арбитража, арбитраж в чистом виде. А если у нас такие ограничения на создание ПДАУ, если специалистам не дают заниматься арбитражем, то как получать чистую субстанцию?

А как Вы относитесь к конструкции автономных третейских судей *ad hoc*, предложенной Арбитражным третейским судом г. Москвы?

Мне кажется, что это мимикрия под арбитраж *ad hoc*. Множество лиц, которые говорят о том, что занимаются *ad hoc*, и при этом объединенных, как они о себе пишут, в «коллекцию независимых автономных третейских судей» — это оксюморон, как горячий лед.

Да, звучит абсурдно. «В одну телегу впрячь не можно / Коня и трепетную лань». Тут арбитраж *ad hoc* выступает ланью, а ПДАУ — конем. ПДАУ может выполнять отдельные функции для содействия арбитражу *ad hoc*, но не подобным образом.

Все верно. Но не забывайте опять-таки, что все эти вещи появились не на пустом месте, а в качестве ответа на ограничительные нормы закона. Люди видят все эти запреты и начинают реагировать. Я не защищаю эту конструкцию автономных третейских судей. Но и ограничивать арбитраж так, как это было сделано и как это происходит, — неверно.

Как Вы думаете, Александр Сергеевич, сейчас актуально приведение Закона о МКА в соответствие с Типовым законом в части обеспечительных мер?

Да, я считаю, что это надо сделать.

Разве власти на это пойдут?

Это другой вопрос, пойдут они или не пойдут. Но в том, что это целесообразно, сомнений нет. Получается, что в преамбуле Закона о МКА написано, что он принят с учетом Типового закона в редакции 2006 г. Но главные изменения этой новой редакции в нем не были отражены. Там же было два вопроса. Первый — о форме арбитражного соглашения. И там было сформулировано очень либерально все это. Я уже не говорю о том, что там предусмотрена была возможность вообще отказаться от письменной формы. Это один вопрос. Но самый главный вопрос касается обеспечительных мер — я помню, я участвовал в работе ЮНСИТРАЛ над этим; почти два года ушло на создание одной ст. 17 — целой главы, в которую вошло, по-моему, 11 статей. И я сейчас наблюдаю, что практически все страны, которые свое законодательство об арбитраже реформируют, ссылаются на новую редакцию и имплементируют ее. Потому я считаю, что даже чисто политически неправильно игнорировать основное изменение Типового закона, касающееся таких мер; там же речь идет не только о предварительных мерах в арбитраже, но и об исполнении судом этих мер, а также о том, когда суд может принять соответствующее решение. Там достаточно широко не только то, что может быть принято арбитражем, — там вносится ясность по многим вопросам. Потому я считаю, что это было бы чрезвычайно полезно.

Однако проект, в который было включено регулирование обеспечительных мер, не получил согласования с ВАС. Чтобы спасти проект о внесении изменений в Закон о МКА, положения об обеспечительных мерах были исключены, имея в виду, что во втором чтении можно будет восстановить то, что было исключено. Но когда дело дошло до второго чтения, компромисса достичь не удалось, поскольку предлагаемые формулировки делали ситуацию еще более сложной, чем та, которая предусматривалась действующим законодательством.

А потом среди прочего все это привело к тому, что возникла концепция совершенствования третейского разбирательства и проект о внесении изменений в Закон о МКА прикрыли. Я считаю, что концепция реформы была с самого начала неправильная. Есть ощущение, что те, кто формулировал ее и последовавшее за ней законодательство, не понимали, каково должно быть направление развития современного законодательства в данной области. Они не были в курсе тех изменений, тех тенденций, которые существуют в международном арбитраже, т.е. на фоне того, что имело место за рубежом, мы шли в прямо противоположном направлении. Если везде создавались более благоприятные условия для арбитража, с тем чтобы превратить территорию того государства, где принимается соответствующий закон, в более благоприятную юрисдикцию, то у нас получилось так, что мы, наоборот, создали проблемы, сложности для развития третейского разбирательства, включая международный арбитраж, на территории России.

А еще что-то, Александр Сергеевич, кроме положения об обеспечительных мерах, думаете, в Федеральном законе «Об арбитраже (третейском разбирательстве)» сейчас имело бы смысл поменять?

Я бы вообще, честно говоря, исключил или по крайней мере серьезно переработал гл. 9, которая регулирует создание и деятельность этих ПДАУ. И я бы в принципе исключил возможность применения положений, которые записаны в отношении внутреннего третейского суда, к международному арбитражу, т.е. отделил бы это. Есть ряд моментов, которые полезны также и для практики международного арбитража, но они носят чисто юридико-технический характер, например, где хранить архивы. Это действительно полезно. Но, в принципе, данный вопрос решен в основном в той главе, которая касается деятельности постоянно действующих арбитражных судов и которая содержит неоправданно широкий круг ограничений для ПДАУ. Многие из них просто излишни. Я уже не говорю о моментах, связанных с необходимостью заключения «прямых соглашений». Это прямое ограничение автономии воли сторон, потому что подобные соглашения возможны только в отношении постоянно действующих арбитражных учреждений. Вообще, сейчас нужно приветствовать проведение серьезного реформирования, перезагрузки нашего законодательства в этой части, потому что если так дело пойдет, то ничего хорошего из этого не выйдет.

Александр Сергеевич, сейчас Вы бы оставили два приложения к Закону – о МКАС и о МАК? Нужны ли они?

В нынешних условиях это сложный вопрос. Понимаете, я не исключаю, что проблемы правопреемства могут оставаться еще. Не надо, может быть, было так подробно расписывать, как это сейчас они там расписали. Но пока, мне кажется, имеет смысл оставить именно исходя из таких соображений.

А как же принцип равенства?

В этом не проявляется неравенство, а отражается необходимость решить правовую проблему. Очень важный юридический момент – вопрос правопреемства. С этой точки зрения ни один арбитражный институт в России не может сравниться с МКАС и МАК, действовавшими на протяжении многих десятилетий до реформы.

Но этот момент можно урегулировать во вводимом законе.

Да все равно – что впереди, что сзади. Все равно закон, понимаете?

Вопрос в ином: зачем такое резкое выделение? Неприлично выглядит даже.

Мне кажется, что важнее другой вопрос — вообще исключение процедуры получения разрешения. И кстати, если она есть, то все должны быть равны в этом отношении, включая МКАС и МАК.

А как же довод, что генерал не должен с первоклассниками экзамен проходить?

Так я еще раз говорю, не надо было устанавливать требования для всех тех, кто уже действует. Вот вновь создаваемый арбитражный центр пусть подвергается такой процедуре. Но самое главное, я повторяю, способы контроля за деятельностью должны быть не такими прямолинейными, как сейчас. Вообще, одним из принципиальных расхождений с Типовым законом является введение этой лицензионной процедуры.

В данном контексте я хотел бы обратить внимание на следующее.

Одним из главных вопросов на прошедшем в апреле нынешнего года в Сиднее конгрессе Международного совета по коммерческому арбитражу (International Council for Commercial Arbitration (ICCA)) стал вопрос о «легитимности международного арбитража». Обсуждали само понятие легитимности арбитража, что в него включается. В целом, можно сказать, легитимность — это то, что считается приемлемым с точки зрения общественного сознания применительно к самой идее арбитража. Речь идет о том, чтобы он не выходил за рамки того, что связано с сутью, с существом такого общественного института, как арбитраж. И в процессе обсуждения указывалось, что легитимность в разных странах понимается по-разному. Например, в России, как сказал один из авторитетных международных специалистов, считается, что арбитраж может действовать только тогда, когда арбитражный институт получил соответствующее разрешение. Таково, резюмировал он, понимание легитимности арбитража в России, что довольно далеко от того, как трактуется легитимность арбитража в других странах.

Рабство тоже было когда-то законным. Как и репрессии. Законность — характеристика прежде всего власти, а не права.

Да. Вот как раз в этом смысле у нас есть проблема. Дело в том, что у нас термин «легитимность» уже довольно затаскан. И в данном случае здесь возникает интересная проблема, а именно: что в современных условиях представляет собой международный арбитраж? Эту проблему анализирует в своей книге «Legal Theory of International Arbitration» авторитетный специалист в данной области Эммануэль Гайяр (Emmanuel Gaillard). Ян Паулссон (Jan Paulsson) также сосредоточил свое внимание на выяснении того, в чем состоит идея арбитража: несколько лет назад вышла его книга «The Idea of Arbitration». Он как раз подходит к тому, что понятие арбитража — это нечто уже сформировавшееся и, в принципе, достаточно автономное. Он использует понятие «прототип»: арбитраж, характер взаимоотношений внутри данного института — это прототип, несколько основных моментов, а все остальное выстраивается как раз в рамках того, что ограничено таким прототипом. Это философское понятие, на котором основано многообразие явлений.

А как Вы думаете, в свете того, что Вы сказали, новое законодательство конкурентоспособность российского арбитража снижает или никак на нее не влияет? Повышает, может быть?

Снижает, снижает. Объективно снижает. Почему? Потому что арбитраж основан на автономии воли, на свободе воли сторон, на свободе выбора не только самого средства разрешения споров, но и способа, каким будет осуществляться это разбирательство, по-

нимаєте? В основе лежит именно такая возможность. И самое главное, что это реальная альтернатива судебному разбирательству. То есть должно быть нечто такое, что отличает в лучшую сторону арбитраж от судебного разбирательства, понимаете? Ведь если не будет отличий одного от другого, то и не будет смысла в существовании подобной альтернативы: зачем к ней прибегать, когда это по сути не альтернатива? Но сейчас она в наших условиях практически отсутствует, потому что, я повторяю, многие преимущества, которые дает арбитраж по определению, сведены к минимуму нашим законодательством.

И от этого никуда не денешься, а потому говорить о том, что наше законодательство создало предпосылки для того, чтобы развивался как третейский суд вообще, так и международный арбитраж в частности, что российская юрисдикция имеет определенные преимущества, не приходится. Какие преимущества, скажите мне? Практически никаких. Единственное, что я видел, — сейчас в статьях пишут, что решен позитивно вопрос о корпоративных спорах. Мало национальных юрисдикций, где прямо это записано, но дело в том, что там нет и ограничений; там, где принципы арбитража действуют, они регулируют данный вопрос. А у нас, подумайте, что получилось? Вы вспомните прежде всего, какие ограничения. Кроме того, только в арбитражных судах, постоянно действующих. И то лишь в таких, которые имеют специальные правила, только на территории России.

Только по особым правилам.

Да, только по правилам. И получается, где тут что-то хорошее? И потом, те условия по поводу корпоративных споров, которые перечислены там, далеко не исчерпывают все возможности, а наоборот, как раз создают предпосылки для того, чтобы оспаривать арбитражные решения и чинить разные препятствия. Поэтому я, когда буду писать что-нибудь, однозначно выскажусь за то, что новое законодательство не принесло результата, призванного сделать российскую юрисдикцию более благоприятной для проведения арбитража. При этом я сошлусь на такой документ, как *London Centenary Principles*. Они были сформулированы на конференции, посвященной столетию лондонского Королевского института арбитров (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)). Эти 10 принципов отражают, какие характеристики национальной юрисдикции отвечают требованиям благоприятных условий для арбитража. И первое, с чего все начинается, — что неудивительно — это арбитражное законодательство. Затем следуют указание на поддержку арбитража со стороны судебных органов и наличие квалифицированных, опытных участников арбитражного процесса, юридическое образование и ряд других важных для развития арбитража моментов.

Да, конечно. Что мне еще давно бросилось сразу в глаза, в английском Законе 1996 г. одна из трех прямо названных целей — это невмешательство в арбитраж.

Правильно. Там действительно написано, что арбитраж — это способ, в соответствии с которым рассматривается дело, причем быстро, как они пишут, с точки зрения временных затрат, эффективно и без вмешательства государства. Это я тоже помню. И англичане тем не менее критикуют свой Закон и считают, что есть резервы для того, чтобы развиваться дальше. И вот совсем недавно мне попала статья, в которой обсуждаются влияние на английский международный арбитраж и вообще на арбитраж ст. 69 Закона, которая предусматривает обжалование арбитражного решения по вопросам права, и возможность его исключения. Рассматривается вопрос о том, способствует ли эта норма кардинальному изменению в отношении к английскому арбитражу. И довольно сдержанно указывается, что едва ли в ней есть смысл, учитывая, что фактически сейчас *LCIA* и другие арбитражи, действующие в Англии, в своих регламентах уже исключили соответствующее положение.

Исключение возможности обжалования уже считается само собой разумеющимся, вполне нормальным. А у нас, наоборот, специально установили, что в каждом конкретном случае, даже если регламент предусматривает окончательность арбитражного решения, нужно отдельно договариваться об исключении возможности его оспаривания.

Если резюмировать, то Вы вообще за отмену разрешительного порядка?

Да, я считаю, что это прежде всего не соответствует логике Типового закона ЮНСИТРАЛ, главной идее, заложенной в нем. А кроме того, возникают большие сомнения и в конституционности данных положений. Ну что такое постоянно действующий арбитражный суд? Это способ, направленный на более широкое применение арбитража сторонами, поскольку они освобождаются от необходимости самим подробно формулировать процедуру рассмотрения спора. Вот смысл – в облегчении, создании более благоприятных условий. А у нас получается, что, по сути, стороны загоняют в сферу, где они могут выбрать только один арбитражный центр из четырех.

А что Вы думаете о перспективах арбитража в БРИКС? Особенно российского арбитража?

Здесь, понимаете, опять же больше политики, потому что надо показывать деятельность. Вы же знаете, в БРИКС нет ни одного документа, который имеет обязательную силу. Там одни только декларации – о том, что будут сотрудничать там-то и там-то. Может быть, что-то и осуществляется. Но с точки зрения международно-правовой ничего обязывающего. Но, правда, для публициков хорошо, когда там делаются совместные заявления: они считают это достаточно серьезным. Но по сути ничего такого, что постоянно и эффективно работало бы, пока нет. Я специально этим занимался, потому что пару лет назад был приглашен участвовать в Рабочей группе по выработке единообразного документа для регламентации коммерческих договоров в рамках БРИКС.

Договоров поставки?

Нет, вообще. Понимаете, это была концепция, инициатором выступал Кейптаунский юридический факультет – отдельные лица, ученые, профессура Кейптаунского университета, выступившие с предложением разработать документ наподобие Принципов УНИДРУА.

Но для БРИКС только?

Да, только для стран БРИКС.

Почему? Они говорят, что среди стран БРИКС две (Индия, Южно-Африканская Республика) относятся к англо-американской системе (хотя в отношении ЮАР надо делать оговорки: там смешанная система) и три (Россия, Китай, Бразилия) – к континентальной (но и тут оговорки нужны по Китаю). И меня пригласили в силу того, что я участвовал в разработке Принципов УНИДРУА. И у нас в Кейптауне состоялась два года назад первая встреча.

Вы туда ездили?

Да. И там как раз думали, что это будет за документ. Короче говоря, на первых порах решили сделать что-то вроде справочника, обзора законодательства, применимого к международному коммерческому договору, по всем странам. Сделать общий такой материал и по отдельным странам. Потом я видел, что в документах последних юридических форумов БРИКС отмечалось, что полезно было бы сотрудничество в области арбитража, даже

более того, создание специального органа, который рассматривал бы коммерческие споры. Но это не вполне реальные проекты. Ну представляете, хорошо, создадут такой арбитражный центр, но чтобы он работал, нужно, чтобы были дела, а никто же не пойдет на установление обязательной юрисдикции этого арбитражного суда.

Кстати, как Вы думаете, сейчас можно говорить о каких-то обозримых перспективах арбитража в России, или пока ситуация настолько неопределенная, что рано даже строить какие-то предположения? Что-то планировать можно или же нет?

Тут проблема еще в том, что арбитраж не существует изолированно. Он зависит от интенсивности развития международных экономических связей. И если в этой части будет все нормально, будут увеличиваться объемы международной торговли, то, естественно, можно ожидать объективно, что будет возрастать и количество соответствующих споров. Сейчас ситуация такова, что ожидать в ближайшее время какого-то бурного роста внешнеэкономической деятельности, наверно, не приходится. И опять же, видите, сейчас во внешнеторговой деятельности участвуют, как правило, крупные предприятия.

То есть наш арбитраж, в принципе, нацелен и должен помогать мелким и средним предприятиям, потому что для крупных предприятий, для больших предприятий, конечно, уже сложилась система: это прежде всего крупные, ведущие арбитражные центры. И в свое время в МКАС иногда были такие заявления, что мы должны сравниться, соревноваться с ICC, с Лондоном по авторитету. На определенном этапе это было так, потому что у нас были преимущества, прежде всего небольшой арбитражный сбор, но все равно к нам шли в основном небольшие — мелкие и средние — предприятия. И, в принципе, главная цель национальных арбитражных центров в том, чтобы создать предпосылки для того, чтобы предприниматели, мелкие и средние, получали такую возможность, потому что степень их участия сейчас тоже далека от желаемой. Поэтому говорить, что международный арбитраж будет принимать все большие и большие размеры, по крайней мере в ближайшее время, я думаю, нет оснований. Другой аспект — это инвестиционный арбитраж. Вот здесь можно ожидать того, что будет увеличение.

Сейчас инвестиции скорее за счет государственных средств. А это натывает опять на проблему арбитрабельности и позицию Верховного Суда.

Нет, я имею в виду инвестиции международные — иностранные инвестиции.

Но к нам иностранные инвесторы не идут и не захотят идти.

Нет, но они есть у нас, понимаете? Есть и могут возникнуть проблемы с ними. Я уже не говорю о том, что на сегодняшний день у нас достаточно арбитражных дел с Украиной, в частности несколько дел, связанных с Постоянным третейским судом в Гааге. Еще по ЮКОСу возникают некоторые дела. Так что тут может быть развитие, но опять же это не тот масштаб, так сказать. Здесь может быть дополнительно два, три, четыре дела. А если говорить в целом, как об отрасли, то, я повторяю, увеличение количества международных споров напрямую связано с деятельностью наших небольших и средних предприятий. Но сейчас в России, по-моему, число таких предприятий не то что не растет, а уменьшается даже, потому что условий для этого мало, потому что, как правило, их контрагентами являются тоже средние и мелкие предприятия из-за рубежа. И они, в принципе, заинтересованы в том, чтобы споры эти рассматривались в арбитраже.

А какие-нибудь перспективы, думаете, могут быть связаны с Евразийским экономическим союзом? Или ситуация примерно такая же?

Если посмотреть на сегодняшнее положение дел, то подавляющее большинство споров, которые возникают в рамках бывших советских республик, все-таки решаются государственными судами, потому что еще бытует общее представление о том, что полноценная внешняя торговля между этими государствами не сложилась. То есть даже торговля с бывшими советскими республиками не рассматривается как полноценная внешняя торговля. Ближнее зарубежье. Все-таки там действуют иногда иные правила, принципы и практика, которая складывалась в течение предшествующих десятилетий в торговле с западными странами. И пока еще нет оснований говорить, что в данном случае отношения между контрагентами из стран братских, так сказать, являются примерно такими же, как отношения с западными странами, т.е. дальним зарубежьем. Поэтому здесь тоже имеет смысл развивать такие отношения, и вот тут, я считаю, у ТПП есть резерв очень большой, потому что она – и, соответственно, Москва, и Россия в целом – может стать тем нейтральным местом, где будут рассматриваться споры между предприятиями из разных стран-участниц, например из Белоруссии и Казахстана. Вот тут у нас есть все объективные предпосылки для того, чтобы стать таким местом для рассмотрения споров – нейтральным, потому что даже сам по себе фактор русского языка как *lingua franca* в этом регионе играет очень большую роль. Я уже не говорю о близости законодательства – наш менталитет, правосознание и действующее законодательство, материальное законодательство, очень близки. Поэтому в целом тут данный фактор может сыграть очень большую роль. Опять же, ТПП могла бы сосредоточиться на том, чтобы превратиться в такой нейтральный центр, чтобы, например, спор между белорусами и казахами рассматривался в Москве; притянуть к себе споры российско-иностранные тоже неплохо, потому что у нас арбитраж опытный в этом плане. И вот тогда речь идет о нейтральном месте. Сейчас у нас там пять участников в ЕАЭС: Россия, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Армения. Но ТПП в этом плане, к сожалению, неактивна.

Так что, может быть, данное направление и будет расширяться, если нормально работать. В этом смысле стать таким центром реально, и, самое главное, есть соответствующие объективные предпосылки. Но повторю: с этим надо много работать. Посмотрите на тот же Стокгольм. Он ежегодно проводит семинары в странах СНГ, т.е. работает сейчас на нашем поле – и в Грузии, и в Казахстане, и в Киргизии, я уже не говорю о Белоруссии, Украине: они постоянно организуют там свои мероприятия. Естественно, людям, у которых возникает вопрос, а где решать споры, конечно, в первую очередь придет на ум Стокгольм. Так вот, нам нужно сесть на эту лошадку и постоянно, постоянно работать в том смысле, чтобы такие нейтральные споры, – как правило, нейтральные, а может быть, спор и российско-иностранный – шли тоже к нам. Соответственно, сказать, что нас ждет радостное будущее, сейчас однозначно нельзя, потому что в целом экономика не указывает на дальнейшее развитие, расширение в этом направлении.

Я правильно Вас понимаю, Вы думаете, что смысла нет конкурировать на равных с крупными иностранными центрами, а нужно просто найти свою нишу и правильно себя позиционировать в ней?

Да, именно так я и думаю. Речь идет не о том, чтобы конкурировать с ними, а о том, чтобы набираться опыта, понимаете? В принципе, я об этом говорил и раньше: международный арбитраж подчиняется каким-то единым правилам и стандартам. Но тем не менее он в каждой национальной юрисдикции имеет свои особенности и за счет них раз-

вивается. Соответственно, говорить сейчас о том, что нам имеет смысл конкурировать с *ICC* или с Лондоном, не следует. Надо учитывать это. Надо с открытыми глазами идти на это. Например, в тех случаях, когда мы больше заинтересованы в сделке с иностранным контрагентом, у него и больше возможностей согласовать арбитраж, который, с его точки зрения, будет нейтральным. Или по крайней мере не соглашаться на арбитраж в месте нахождения одной из сторон. В принципе, конечно, тут существуют довольно серьезные различия в практике арбитража, в его проведении, организации между МКАС и Стокгольмом или *LCIA*. Это все равно что сравнивать экономику Соединенных Штатов сейчас и российскую экономику. Это объективно. Да, мы будем стремиться, но что мы можем поставить в Америку? Можем кое-что, но совсем сделать их зависимыми от нас в данном плане у нас пока не получится.

Как Вы думаете, уже с точки зрения преподавания сейчас имела бы смысл, была бы востребована отдельная магистерская программа только по арбитражу, как во многих западных университетах, или все-таки это пока преждевременно?

В принципе, я думал об этом. Более того, мне поступали предложения от некоторых лиц.

Но я в настоящее время не могу сказать, что здесь сложились благоприятные условия, потому что набрать людей, которые заинтересованы только в международном арбитраже, — а это не бесплатно все — будет очень сложно, понимаете? Все-таки международный арбитраж пока еще остается делом достаточно узкого круга специалистов.

Для отдельной магистерской программы в стране предпосылки не сложились?

Да, я думаю, довольно большое количество людей, чтобы сформировать группу в 10 или 15 человек, мы, к сожалению, просто не найдем. Ведь кто будет заинтересован в этом? Будут заинтересованы юристы из юридических компаний, которые хотят или уже занимаются соответствующими делами. Таких компаний — Вы знаете это лучше меня — сейчас очень мало. Если говорить о юристах, которые работают в зарубежных компаниях, международных компаниях или, как их сокращенно называют, *ILF*, то думаю, что они отдадут предпочтение скорее каким-то другим формам. Вы знаете, что *ICC* проводит такие курсы и еще, по-моему, кто-то тоже.

Я не говорю, что нельзя попробовать. Можно попробовать. Но здесь тогда нужно говорить не просто о международном арбитраже, а о международном арбитраже в Российской Федерации, чтобы в данном случае создать интерес и для иностранцев. Кроме того, здесь нужно, чтобы мы могли привлечь прежде всего русскоязычных, потому что вряд ли имеет смысл только на английском языке проводить мероприятия, касающиеся Российской Федерации. Значит, здесь будет не так много таких иностранцев. А из наших, я говорю, пока немного тех, кто был бы заинтересован и тем более был бы готов платить деньги за это. То есть мы еще не стали взрослыми в данном плане, я скажу. Ведь меньше 20 лет прошло с тех пор, как стал развиваться арбитраж. Поэтому едва ли стоит ждать того, что сейчас будет такой интерес. И опять же, если сравнить количество людей, которые занимаются международным арбитражем в России, например, с любой страной западноевропейской, даже с теми, которые считаются центрами, а я уже не говорю про Англию, Францию, Германию, у нас их на порядок меньше. В принципе, попробовать можно было бы. Но в данном случае я хочу сказать, что с финансовой точки зрения это рискованное предприятие, потому что вряд ли оно окупится. Конечно, может быть, есть кто-то, готовый пожертвовать своими деньгами, чтобы устроить это. Надо будет и пре-

подавателям платить, но прежде всего платить за помещения и всякое прочее. Конечно, можно было бы попробовать. В принципе, полезная вещь. И я повторяю, придется конурировать со школами арбитража, той же *ISS*.

На Ваш взгляд, арбитраж – это сфера услуг или нечто связанное с правосудием, «квазиправосудие»?

Скорее правильно и то, и другое. Отвечать, что это или то, или другое, я бы не стал, потому что во всяком случае арбитраж, если мы посмотрим, является услугой в плане того, что два спорящих человека обращаются к третьему, чтобы он проявил свои знания и рассудил спор между ними. Так это началось. Но, с другой стороны, это связано и с тем, что такие лица ожидают, что решение будет отвечать определенным сложившимся в обществе представлениям о справедливости, что разрешающее их спор третье лицо будет, кроме того, беспристрастным. А данное качество присуще правосудию в широком смысле, в котором создаются условия для того, чтобы все решали свои споры цивилизованным путем. Поэтому здесь и тот, и другой элемент. И нельзя отдавать предпочтение либо коммерческому подходу, либо подходу, связанному с осуществлением социальной функции.

Получается 50/50, причем если понимать правосудие широко, не отождествлять его отправление с деятельностью государственных судов?

Где-то так. Но в некоторых случаях этот баланс, конечно, может меняться, потому что третейский суд дает такую возможность. В том-то и смысл, потому что конструкция государственной юрисдикции жесткая. Здесь очень трудно бывает найти такой подход, который учел бы особенности возникшей ситуации. И третейский суд предоставляет соответствующую возможность, потому что дает арбитру в данном случае большую свободу действий. Надо помнить, что это альтернатива судебному разбирательству. Если бы не было раздельного представления о них, то не было бы вообще смысла иметь такую альтернативу. Потому в данном случае, когда Вы говорите о судебной власти, это именно власть – власть, которая исходит от государства. А третейский суд обладает полномочиями, которыми наделили его спорящие стороны.

Да, но мне кажется, что такая природа арбитража свидетельствует как раз в пользу того, что это все-таки сфера оказания услуг. И это совсем не противоречит тому, что такие услуги должны быть оказаны беспристрастно и качественно, с обеспечением справедливости.

Да, я об этом и говорю, что, конечно, это сфера услуг, но тем не менее их осуществление должно подчиняться определенным представлениям и нормативам, которые устанавливаются и поддерживаются государством. В таком плане можно говорить о том, что и государственный суд оказывает услуги.

Да, в развитых странах как раз и используется такая точка зрения – сервисное государство. Чиновники – слуги народа, оказывают ему услуги.

Правильно. В данном случае в этом и проявляется сходная черта, что и там, и там услуги, но только в одном случае услуги предоставляются государством и более жестко с точки зрения формы. Такой недостаток – негибкость – компенсируется тем, что сторонам дается возможность договориться о более свободном способе, о том, чтобы это касалось людей, а именно, что самое главное, конкретных людей. Осуществление государственных услуг имеет значение не только для спорящих сторон, потому что отсюда складываются и общая практика, и понимание, и толкование законов для всех. А в случае с третей-

ским судом устанавливается мир между двумя конкретными лицами, но с соблюдением тех минимальных стандартов, которые в обществе признаны как необходимые для достижения согласия между спорящими сторонами.

Мне кажется, что в развитых государствах именно из-за того, что природа арбитража реализуется в большей степени, и господствует его концепция как сферы услуг.

Правильно. Я думаю, проблема в том, что у нас в России традиционно «оказание услуг» воспринималось довольно узко и сугубо утилитарно.

У нас все-таки государство пытается без нужды быть везде, в том числе в арбитраже. Чиновники — не слуги народа, а господа, диктующие, как кому жить.

Да, но Вы не будете отрицать, что и здесь, и там, на Западе, есть некоторые элементы, которые говорят о некоей близости, о родстве, пусть отдаленном, этой формы с государственной, потому что арбитражный центр называют «court» и речь идет о «jurisdiction» — юрисдикции арбитража. Вы никуда не денетесь от того, чтобы не воспользоваться реально сложившимся словарем, таким механизмом. Хотя я согласен и считаю, что это, безусловно, вид оказания услуг. Просто в данном случае такие услуги должны оказываться с учетом тех представлений, которые общество связывает со справедливостью. Возьмем слово «justice»: в данном случае его можно переводить и как «справедливость», и как «отправление правосудия» в широком смысле.

Кстати, что Вы думаете по поводу недавней идеи, появившейся в Верховном Суде, о том, что отсутствие государственной регистрации дополнительного соглашения к договору аренды недвижимости влечет незаключенность этого соглашения, а если в нем имеется арбитражное соглашение, то и оно также оказывается незаключенным (дело № А40-209731/2014)?

Здесь, по сути, нарушается подход, основанный на автономности арбитражного соглашения, потому что арбитражное соглашение в данном случае продолжает оставаться, его не надо регистрировать. Арбитражное соглашение дает начало процессу, в котором как раз и может быть рассмотрен вопрос, а кто несет материальные последствия из-за того, что договор не был зарегистрирован (или, например, не была получена лицензия применительно к нему). Третейский суд и будет решать вопросы о юридической силе такого договора. Это, по-моему, типичный пример случая, когда работает принцип автономии арбитражного соглашения.

А Верховный Суд решил рассуждать иначе. Вот, смотрите, его единственный довод: «Поскольку в настоящем случае о факте предъявления предпринимателем дополнительного соглашения третейскому суду в качестве основания для подачи иска заявителю было известно на стадии третейского разбирательства, отсутствие заявления о том, что третейский суд не обладал компетенцией, в начале третейского разбирательства и дальнейшее бездействие заявителя в процедуре третейского разбирательства не может рассматриваться, исходя из обстоятельств конкретного правоотношения и при отсутствии доводов по существу спора, как добросовестное процессуальное поведение и влечет за собой утрату права на возражение (эстоппель) в государственном суде».

Что же, это может быть дополнительным аргументом, но никак не единственным. Верховный Суд тут неправ. Опять же, этот подход находится в русле недоверия к арбитражу, которое никак из судов не уходит.

Как Вы думаете, как все-таки бороться с ошибками государственных судей, с несурзностями, предубеждением в отношении арбитража? Только распространяя данные, предлагая наилучшие примеры, убеждая? Или как-то иначе?

Вы назвали основные возможные варианты воздействовать на них. Главное — это образование и информация. Начать надо с того, что в институтах, на юридических факультетах, все-таки должна быть базовая дисциплина, спецдисциплина, хоть какая-то соответствующая подготовка. Если мы будем выпускать юристов, которые будут владеть достаточно хорошо всеми такими вещами, то они в судебных процессах, в арбитражных процессах смогут реализовать свои знания. И тогда это будет воздействовать и на арбитров, и на судей. Правильно Вы сказали, но тут понадобится время.

Государственные судьи в отставке, может быть?

И судьи в отставке тут могут помочь. Но тут есть две стороны, потому что эти судьи могут привнести консерватизм, привычки, которые они ранее усвоили. Но все-таки, будучи судьями, они способны правильно применять и иной метод работы. Главное — это, конечно, образование, публикации, естественно. Понимаете, речь идет о чем? О том, что у нас еще не создалась критическая масса — количество, которое переходит в новое качество. Количество людей, количество практики — пока этого еще мало для того, чтобы совершить такой качественный переход, для того, чтобы это все работало более эффективно. Если мы вспомним Лондонские принципы, там на четвертом месте стоит образование. Надо менять менталитет.

Я помню, что одна из конференций *ИССА* называлась «Арбитражная культура» и касалась вопросов ее развития. У нас пока говорить о том, что арбитражная культура серьезно присутствует среди практикующих юристов, нет оснований. Я бы больше сказал: арбитражная культура или культура арбитража является производной от общей правовой культуры. А тут у нас тоже много чем еще надо заниматься — общей правовой культурой, в том числе и воспитанием правосознания, т.е. осмысленного и ответственного отношения к праву. Отношение к праву, его восприятие у нас пока еще не такое, на котором основано то, что действует в международной практике. Можно, конечно, навязать какие-то вещи, но данный процесс, с моей точки зрения, должен развиваться снизу. Это должно вырабатываться практикой и образованием. Здесь, конечно, нужна интенсивная работа, надо начать с того, чтобы в вузах была дисциплина, посвященная арбитражу. Я уверен, к сожалению, что на сегодняшний день есть еще достаточно много российских юристов, которые Вам не скажут, чем отличается государственный арбитражный суд от международного, не говоря уже о тех деталях, которые наполняют понятие «международный арбитраж». Еще слишком далеко — здесь понадобятся годы. Годы не сидения и ожидания, а каких-то активных действий.

Вы, кстати, за то, чтобы арбитражем охватывались споры не только частноправовые?

Я думаю, что в принципе любые споры могут охватываться арбитражным соглашением. В данном случае имеет значение не столько характер отношений между сторонами, сколько то, каким образом возникло арбитражное соглашение. Если оно возникло добровольно, т.е. обеими сторонами было выражено согласие с этим и не было никаких пороков воли, то в принципе любой спор на основе такого соглашения может рассматриваться в арбитражном суде.

Это касается и государства, и контролируемых им лиц. Почему, например, существует межгосударственный арбитраж при наличии в нем публичного элемента? Есть же арбитраж между государствами? Есть. И здесь никого не смущает, что оба участника — это су-

верены и присутствуют публичные интересы. Почему сейчас главный аргумент против того, чтобы с участием государства рассматривались споры в арбитраже, — это то, что тем самым затрагиваются публично-правовые моменты? Здесь ведь речь идет не о том, что, например, арбитражное решение может повлиять на государство, будет касаться его финансов. Смысл-то не в этом. Государство имеет право заключить соглашение об арбитраже и таким образом быть подчинено решениям арбитров. Поэтому в развитых юрисдикциях споры, например, по налоговым вопросам между налоговым органом и налогоплательщиком по соглашению могут передаваться в арбитраж. С другой стороны, есть соображения транспарентности (прозрачности), когда вовлечены в спор общественные средства и затрагиваются деньги налогоплательщиков; конечно, в этом плане можно сказать, что да, здесь можно обеспечить нечто такое, что коммерческий арбитраж не дает, в частности транспарентность. Поэтому, если есть необходимость в ней и без нее не обойдешься, в данном случае можно сказать, что коммерческого арбитража по определению не должно быть. Хотя я думаю, что даже и здесь такой арбитраж может иметь место, если стороны дополнительно договорятся об отсутствии конфиденциальности — о транспарентности.

Но, само собой, здесь многое связано с политикой в области права, с определением легитимности арбитража. Если государство объявляет арбитрабельными только частно-правовые споры, это говорит не о том, что иные споры неарбитрабельны, а о степени доверия государства к арбитражу, к обществу, к людям.

Как Вы думаете, в нынешних условиях в России институт чрезвычайного арбитра имеет перспективу или он, может быть, был бы даже опасен, чреват?

Если исходить из того, что компетенция чрезвычайного арбитра ограничена только принятием мер, которые, как правило, обеспечивают в дальнейшем нормальное рассмотрение обеспечительных мер, то, конечно же, я думаю, что это не помешает. Опять же, надо сторонам дать возможность решать самим, нужно им это или нет.

А если стороны не договорятся о кандидатуре и им назначат того, кто может оказаться не вполне подходящим?

Дело в том, что практика нашего арбитража, я думаю, еще не достигла того уровня, когда чрезвычайного арбитра следует назначать.

Я думаю, что возможность использования конкретного арбитра в этой ситуации должна определяться по соглашению сторон. Предусмотреть возможность назначения арбитра для всех случаев будет, я думаю, нерационально и может привести к злоупотреблениям, учитывая уровень нашей арбитражной культуры, уровень правовой культуры в целом.

Александр Сергеевич, теперь про Нью-Йоркскую конвенцию: в этом году ей 60 лет. Вы думаете, надо в ней что-нибудь менять?

В принципе, объективно говоря, есть моменты, которые следовало бы урегулировать в Нью-Йоркской конвенции, потому что за 60 лет многое изменилось, но здесь проблема в другом. На сегодняшний день данная Конвенция охватывает более 150 стран. И хотите Вы этого или нет, существует все-таки единообразный режим. И принятие новой конвенции повлечет за собой создание дополнительного режима, усложнит во многих случаях ее применение. Хотя я знаю, что Альберт Ян ван ден Берг (Albert Jan van den Berg) уже давно, еще когда отмечали 50-летие Конвенции, предложил конкретные положения, которые могли бы быть внесены. Они рациональные, полезные, но я еще раз повторяю, что проблема заключается в том, как это все потом будет вступать в силу. Ведь здесь все-таки много

лет понадобилось, чтобы создать более или менее единообразный режим. Поэтому он сам тоже высказывал мнение, что, конечно, надо очень хорошо подумать, потому что наличие двух режимов нежелательно. Может быть, это будет короткий период, и большинство стран, которые предпочтут новый вариант, быстро все сделают. То есть нужно соглашение на уровне международного публичного права. А этого достичь очень сложно. Так что на сегодняшний день все-таки считается (я слышал, читал об этом), что будет больше вреда, чем пользы, если заняться этим, потому что уже давным-давно рассматривали вопросы актуальные, чтобы заняться таким делом. И там предлагались и эти вопросы. Но изменения в Нью-Йоркской конвенции большинством не одобрялись. Считается, что пусть лучше все останется как есть. Я помню, тогда сформировалось мнение: «Don't touch it!» Смысл в том, что если что-нибудь работает, то зачем еще что-то менять? Хотя все осознают, что проблема есть. И я думаю, что главное в том, что касается Нью-Йоркской конвенции, — обеспечить единообразие применения. Для этого сейчас делается очень много. Вы знаете, что ICCA выпустил такое руководство для судей. Кроме того, Секретариат ЮНСИТРАЛ выпустил Руководство по применению Нью-Йоркской конвенции под редакцией Гайара и Берманна. Сейчас, я считаю, главное — добиться единообразия применения, потому что это будет реальный вклад в успешное продвижение Конвенции.

Вспомним изменения, касающиеся формы арбитражного соглашения; Вы знаете, что ст. II устанавливает как раз такую форму. Когда рассматривался вопрос об изменении в этой части Типового закона, естественно, возник вопрос в связи с тем, что он предусматривал практически то же, но немного шире, чем написано в Нью-Йоркской конвенции. Тогда посчитали необходимым все-таки принять особое заявление, где было рекомендовано судам, которые будут применять Нью-Йоркскую конвенцию в части, связанной с формой арбитражного соглашения, считать, что это положение не исчерпывает всех возможностей, которые могут использоваться для формулирования арбитражного соглашения. И соответствующим примером является новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ. Тогда ломали голову над этим и согласились, что вносить изменения в Конвенцию нереально, и, соответственно, пришли к тому, что ЮНСИТРАЛ должна сделать заявление, обращенное к судам, чтобы они учитывали, применяя Конвенцию, имели в виду, что указанные в ней способы заключения арбитражного соглашения не являются исчерпывающими. Там данные требования сформулированы очень лаконично: это либо письменный документ, либо обмен письмами или телеграммами. И все.

Может быть, странный, некорректный вопрос, но пофантазируем: если бы Вам пришлось выбирать, — повторю, пришлось — Вы бы что оставили для России — Нью-Йоркскую конвенцию или Венскую конвенцию о договорах международной купли-продажи товаров, с которой часто ассоциируется тот же МКАС? Разные сферы абсолютно, но тем не менее?

Здесь как в анекдоте: какая разница между роялем и умывальником? Есть разница: один черный, а другой белый. Здесь я бы не стал отдавать предпочтение — просто отказался бы от того, чтобы принимать такое решение. Я бы сказал, что это некорректно и нужно отказаться от подобной постановки вопроса.

Это как дилемма: «Кого ты больше любишь — папу или маму?»

Правильно. Так что это вопрос, не имеющий под собой основания.

Я задал этот вопрос лишь по той причине, что, когда в 2014 г. арбитражи *ad hoc* в Гааге вынесли решения, обязавшие Россию выплатить свыше 50 млрд долл. бывшим акционерам

ЮКОСа, в некоторых маргинальных политических кругах звучали кулуарные соображения о том, что Нью-Йоркскую конвенцию надо денонсировать. Опять же в связи с ЮКОСом уже в Совете Федерации чуть ли не официально охотно обсуждали идею отказа от Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Сейчас вот объявлено, что зреет идея выхода РФ из Совета Европы. Как Вы думаете, есть риск того, что Россия откажется от участия в Нью-Йоркской конвенции? Она ведь несет в себе риски для государства, в отличие от Венской конвенции.

Нет, я думаю, что до этого не дойдет. Хотя были заявления, к сожалению, от лиц, занимающих достаточно высокое положение, о том, что мы не должны быть связаны международными договорами и для нас главное — наш собственный интерес. Вы помните, это заявил несколько лет назад председатель Следственного комитета.

Да, для многих товарищей во власти это популярная тема.

Суть такая: говорили, что американцы не соблюдают международные договоры, они руководствуются собственными интересами, так что давайте и мы, мол, тоже не будем исполнять такие соглашения, если это противоречит нашим интересам.

Я, честно говоря, надеюсь, что все-таки до этого не дойдет, чтобы так напрямую заявить, что мы не будем соблюдать, нет. Хватает того, что мы до сих пор не ратифицировали и уже едва ли ратифицируем Вашингтонскую конвенцию. Хотя она была подписана от имени Правительства России еще в 1992 г. Уже больше 25 лет прошло.

Я думаю, что в нынешней ситуации шансов на ратификацию нет.

Ее, в принципе, сейчас бы уже и не подписали, это очень трудно представить.

Но от уже действующих договоров не откажутся. Тогда все рухнет; это как в 17-м году отказаться от всех договоров. То есть должна быть своего рода революция.

А если кратко охарактеризовать Нью-Йоркскую конвенцию, ее значение для российской системы права, то как бы Вы это сделали? Очень коротко.

Это источник, который в определенной степени формирует наше национальное право в соответствующей отрасли. Более того, в свое время мы принимали участие в ее разработке и были одним из первых государств, которые ее ратифицировали. Приверженность этой Конвенции — объективная необходимость, я бы так сказал. Если мы хотим быть частью международного сообщества и того, чтобы с нами имели дело другие государства, мы должны следовать ей.

Тогда последние вопросы. Что бы Вы порекомендовали начинающему юристу, желающему заниматься арбитражем? Что ему делать, какие шаги предпринять, какие действия?

Прежде всего изучать действующие нормативные акты и практику. Проявлять активность, участвуя в различного рода мероприятиях на первых порах, на которых обсуждают соответствующие вопросы, например в семинарах, каких-то мероприятиях учебного плана. Начинать с этого, чтобы познавать. Но для того, чтобы каким-то образом завоевать положение, место, роль свою в данной области, нужно публично выступать, публиковать статьи, чтобы знали люди о том, что вы являетесь специалистом и на вас можно положиться.

Но еще раз напоследок я бы сказал — я тоже много думал об этом: что делает арбитра арбитром? И я прихожу к выводу, что это не исключительно профессиональные знания, а прежде всего знание жизни, реальное восприятие действительности. То есть жизненный опыт — не столько профессиональный, без которого, конечно, тоже не обойдешься, сколь-

ко именно жизненный опыт, т.е. способность понять, подняться выше формальной какой-то вещи. Я уже говорил, что арбитраж тем и ценен, что он дает возможность арбитру быть гибким и учесть те ситуации, которые закон упускает: он не в состоянии все охватить. Вот это человеческое, что ли, отношение должно присутствовать обязательно. Я еще раз говорю: чем дальше я иду, тем больше убеждаюсь в этом. Начиная с того, как вы общаетесь с коллегами, если вы, например, входите в состав арбитров. Мне приходилось участвовать в таких составах, где действительно требовалось усилие для того, чтобы наладить контакт прежде всего с арбитром, который был назначен другой стороной. Я уже не говорю о том, что к нам, российским юристам, часто предвзято относятся до сих пор. Еще можно вспомнить, что когда уже речь идет о финальной стадии, когда вы обсуждаете решение и вдруг видите — а это часто бывало, — что двое не столько по соображениям логическим или профессиональным, а именно из-за предвзятости... Тут важно проявить и терпение, и находчивость чисто по-человечески, опять же, установить прямой контакт и быть в состоянии донести свою позицию, чтобы вас поняли, чтобы вы могли добиться того, с чем вы согласны. Ну а если уж не получается, по крайней мере есть особое мнение. Я повторяю, что убеждаюсь все больше и больше, что здесь очень важным моментом, особенно когда речь идет о крупных арбитражах, в которых действительно очень большие задействованы интересы, оказываются чисто человеческие отношения. Демонстрировать превосходство в знаниях, цитировать кого-то, какие-то концепции бывает недостаточно, наоборот, даже вредит. Гораздо важнее установить внутренний контакт, чтобы состав арбитражный в идеале был един, един в понимании этого дела — именно так. То есть стать арбитром можно не только благодаря тому, что вы знаете, изучили все, но и все-таки благодаря пониманию действительности во всем ее многообразии. Такому не учат в университете — нужно готовить себя к этому, самостоятельно формировать соответствующим образом в процессе своей жизни.

Кстати, в бизнес-литературе есть два вида книжек: одни можно назвать «К успеху через компромисс», а другие — «К успеху через конфликт». А как Вы думаете, в арбитраже какой вариант?

Я думаю, что оба ущербны, неполноценны. Я в этом смысле больше ценю интуицию. Мне кажется, что часто надо ее использовать, полагаться на нее. А ведь это в том числе предполагает, что событие или ситуация уже достаточно хорошо продуманы. Но в итоге все-таки стоит прислушаться к внутреннему голосу.

Раз на раз не приходится: когда-то компромисс, а когда-то конфликт?

Да, да. Третейский суд, арбитраж дает возможность арбитру предпринимать шаги и принимать решения, в которых он больше отвечает сам перед собой. Ведь если речь идет по существу, его никто не может опровергнуть, обжаловать его решение. Это осознание, что он принимает окончательное решение, является определяющим.

Вы упомянули про предвзятое отношение к российским арбитрам. Как Вы думаете, у них какие-нибудь шансы на успех за границей есть, или такие времена уже прошли?

К сожалению, я думаю, только у тех, кто находится в контакте с иностранцами, кто показал себя как опытный, знающий специалист; в таком случае будет иметь значение не национальность, а профессиональные качества. Поэтому здесь можно предположить, что только человек, у которого есть выход на зарубежные круги, опять же, в результате того, что он выступает, показывает себя и говорит о своей точке зрения, аргументированно высказывает ее или пишет статьи на профессиональные темы, имеет такие шансы. Надо себя показать.

Общее правило «встречают по одежке – провожают по уму»?

Да, да, потому что здесь по-другому и быть не может. Я просто вспоминаю, как шел к этому. Первое дело международное у меня было в 1981 г. Это было в Стокгольме – необычное такое дело. Хотя я знал до того все теоретически, тем не менее было довольно сложно, и, может быть, даже неудобны были некоторые вещи. У меня, я помню, болела голова даже от напряжения, когда я думал, как сформулировать свою позицию и представить ее своим коллегам-арбитрам. Здесь надо было быть в определенной степени дипломатом. И, что самое главное, не надо было раскрывать себя полностью – заранее не обзоруживать себя, не выкладывать все сразу.

Впрочем, довольно часто мне приходит мысль, что арбитрами не становятся, а рождаются. Может, это и так.

Обладание врожденной интуицией.

И интуицией в том числе. Вы знаете, часто успешные бизнесмены вообще высшего образования никакого не имеют.

Многие были троечниками.

Ну да. Так что все эти книги о технологии бизнеса очень относительны, потому что человек сам выбирает это.

И, кстати, здесь система моральных ценностей тоже, естественно, играет очень большую роль.

Как здорово, что Вы об этом сказали, про мораль. Сейчас такие времена, что вот смотришь на многие фигуры, которые ранее казались приличными, но предпочли лицемерие и трусость, и думаешь: «Что такое?»

Знаете, это сейчас такая для всех сложная и болезненная тема, что давайте подождем.

Безусловно, Александр Сергеевич, время покажет все еще ярче. Спасибо Вам за это интервью!

Из истории принятия Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»

Ниже публикуются некоторые документы по поводу проекта закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»:

- 1) пояснительная записка к проекту Закона;*
- 2) предложения ВС РФ по проекту Закона;*
- 3) предложения ВАС РФ по проекту Закона;*
- 4) замечания МИД РФ по проекту Закона;*
- 5) предложения Генеральной прокуратуры РФ по проекту Закона;*
- 6) справка по отзывам на проект Закона.*

Эти документы позволяют лучше понять историю и судьбы международного коммерческого арбитража в РФ.

Ранее они нигде не публиковались. Они приводятся по оригиналам, хранящимся в Государственном архиве РФ (фонд 10026, опись 4, дело 1068). В воспроизводимых текстах исправлены некоторые грамматические и пунктуационные неточности. В остальном они приводятся максимально близко к оригиналам, с сохранением их стилистических особенностей.

При этом, например, в первом документе любопытно указание на конкурентную борьбу между торгово-промышленными палатами, в отзыве МИДа — упоминание о возможности монополизации ТПП определенных видов деятельности. В данных документах также имеется масса иных любопытных моментов и нюансов (например, упоминание о «Нью-Йоркской конвенции о прекращении и исполнении иностранных арбитражных решений»).

Вместе с тем следует отметить, что содержание всех отзывов четко демонстрирует существовавшее в то время у органов власти непонимание особенностей международного коммерческого арбитража (зачастую весьма серьезное). Что же касается позиции ВАС РФ, то является очевидным, что уже тогда он относился к этому арбитражу, мягко говоря, весьма небеспристрастно.

From the History of Adoption of the Law of the Russian Federation “On International Commercial Arbitration”

Published below are some documents regarding the draft Law of the Russian Federation No. 5338-1 dated 7 July 1993 “On International Commercial Arbitration”:

- 1) Explanatory note on the draft Law;*

- 2) *Proposals of the Supreme Court of the Russian Federation on the draft Law;*
- 3) *Proposals of the Supreme Commercial (Arbitrazh) Court of the Russian Federation on the draft Law;*
- 4) *Remarks of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation on the draft Law;*
- 5) *Proposals of the Prosecutor General's Office of the Russian Federation on the draft Law;*
- 6) *Note regarding the comments on the draft Law.*

These documents enables the better understanding of the history and destiny of the international commercial arbitration in the Russian Federation.

They have never been published before. The documents reproduce the originals kept in the State Archive of the Russian Federation (stock 10026, inventory 4, case 1068). Certain grammar and punctuation mistakes have been corrected in the reproduced texts. In all other aspects they are as close to the originals as possible, preserving their stylistic features.

It is curious that, for example, in the first document there is a reference to the competition between chambers of commerce and industry, and in the remarks of the Ministry of Foreign Affairs – indication to possibility of monopolization of certain types of activity by the Chamber of Commerce and Industry. These documents contain a lot of other interesting points and nuances (e.g., reference to the “New York Convention on the Termination and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”).

It should be noted that the content of all proposals clearly demonstrates the misunderstanding (often quite serious) by the public authorities at that time of character features of the international commercial arbitration. As regards the position of the Supreme Commercial (Arbitrazh) Court of the Russian Federation, it is evident that its attitude to that arbitration already was, to say the least, rather biased.

**ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА
К ПРОЕКТУ ЗАКОНА РФ
«О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»**

**EXPLANATORY NOTE
ON THE DRAFT LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION
“ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION”**

В рамках правового обеспечения внешнеэкономических связей важное значение приобретает вопрос о механизме разрешения споров гражданско-правового характера.

При Торгово-промышленной палате СССР более 60 лет функционировали постоянно действующие третейские суды: Арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия. Арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия действовали на основании положений о них, утвержденных Верховным Советом СССР, которые обеспечивали рассмотрение споров, возникших в области внешнеэкономических связей. В связи с этим одной из важных задач формирования рыночной экономики в Российской Федерации и ее интеграции в мировое хозяйство является обеспечение условий для арбитражного разрешения споров, возникающих в сфере внешнеэкономических связей, к осуществлению которых в настоящее время подключаются десятки тысяч российских предпринимателей. Ни в бывшем союзном, ни в российском праве не имеется специального закона о Международном коммерческом арбитраже, повсеместно признаваемым в качестве одного из инструментов рыночного оборота.

Международные коммерческие арбитражи в большинстве стран осуществляют свою деятельность, как правило, при торговых палатах, и каждая торговая палата стремится обеспечить рассмотрение споров, возникающих в области внешнеэкономических связей, в коммерческом арбитраже своей страны, что выливается в конкурентную борьбу между палатами.

Торгово-промышленной палатой Российской Федерации представлен проект Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже», в основу которого положен «Типовой закон о международном коммерческом арбитраже», разработанный при активном участии наших экспертов в Комиссии ООН по праву международной торговли /ЮНСИТРАЛ/. Типовой закон ЮНСИТРАЛ был одобрен резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/72 от 11 декабря 1985 года и направлен государствам, торговым палатам и т.д., как возможный образец, отвечающий мировым стандартам, для учета при принятии национального законодательства.

Следует отметить также, что Итоговый документ Венской встречи 1989 года содержит в экономическом разделе /п.12/ прямую рекомендацию о принятии арбитражных законов, основанных на документе ЮНСИТРАЛ, имея в виду обеспечение справедливого урегулирования споров в международной торговле и промышленности.

ВЕРХОВНЫЙ СУД
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
103289, Москва, ул. Ильинка, д.7/3

Верховный Совет
Российской Федерации
Комитет по законодательству

12.01.93. № 5369-НУ/2
на № 7.1/20-98

Председателю Комитета
А.М. Митюкову

Уважаемый Михаил Алексеевич!

В Верховном Суде Российской Федерации рассмотрен проект Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

По проекту имеются следующие замечания.

По статье 2 проекта

В Российской Федерации в соответствии со статьей 163 Конституции Российской Федерации и Законом РСФСР «Об арбитражном суде» действует арбитражный суд, входящий в судебную систему Российской Федерации в качестве органа судебной власти. Поэтому в Законе «О международном коммерческом арбитраже» недостаточно указать, что для целей закона понятие «арбитражный суд» — это единоличный арбитр или коллегия арбитров (как это сделано в статье 2 проекта), а [следует] более подробно раскрыть само понятие «арбитражный суд» применительно к проекту. Например, можно указать, что под употребляемым в тексте закона термином «арбитражный суд» следует понимать «Международный коммерческий арбитражный суд». Международный коммерческий арбитражный суд действует в составе арбитра или коллегии арбитров. Это позволило бы разграничить арбитражный суд, действующий в качестве международного коммерческого арбитража, и арбитражный суд — орган государственной судебной власти.

По статье 4 проекта

После слов: «продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве» пропущено отрицание «не». Должно быть: «не заявив возражений...».

По пункту 3 статьи 13 проекта

В пункте 3 статьи 13 проекта одно и то же слово «решение» употребляется несколько раз, но имеются в виду решения разных органов. В одном случае имеется в виду решение арбитражного суда об оставлении заявления об отводе арбитра без удовлетворения, в другом — решение органа, указанного в пункте 1 статьи 6 проекта, об отказе в пересмотре решения арбитражного суда. Однако об этом можно только догадываться, поскольку в тексте пункта об этом не указано. Это может затруднить применение закона.

По статье 21 проекта

Любое разбирательство конкретного спора, в том числе и арбитражное, должно начинаться лишь после того, когда стороны в споре представят свои доводы и возражения со ссылками на доказательства, либо, когда такие доводы и возражения не будут сообщены в установленный для этого срок, но возможно принять решение по тем материалам, которые представлены сторонами. В статье 21 проекта указывается, что арбитражное разбирательство конкретного спора должно начаться в день, когда просьба о передаче этого спора в арбитраж получена ответчиком. Такое предложение вызывает возражение. Прежде всего, возникает сомнение, что о получении ответчиком просьбы о передаче спора в арбитраж арбитражу станет известно в тот же день. Вместе с тем, принятие такого предложения означает (в абсолютном большинстве случаев), что арбитр или коллегия арбитров должны начать разбирательство по конкретному спору, имея лишь материалы, представленные одной стороной. Интересы другой стороны нарушаются.

Следует отметить, что в статье 24 проекта авторы указывают (совершенно справедливо), что сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании дела.

По проектам Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации и Положения о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации замечаний не имеется.

Заместитель Председателя
Верховного Суда Российской Федерации

Н.Ю. Сергеева

ВЫСШИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
101000, г. Москва, Центр
ул. Грибоедова, д. 12

23.02.93. № С-8/ОСЗ-28
На № 7.1/20-98 от 28.12.92

Председателю Комитета
по законодательству
Верховного Совета
Российской Федерации

М.А. Митюкову

**ПРЕДЛОЖЕНИЯ
ПО ПРОЕКТУ ЗАКОНА РФ «О МЕЖДУНАРОДНОМ
КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»**

**PROPOSALS
ON THE DRAFT LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION
“ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION”**

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации изучил проект Закона «О международном коммерческом арбитраже» и сообщает свои предложения.

I. Формирование рыночной экономики влечет дальнейшее развитие третейских судов. В настоящее время действует Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, которое должно быть заменено Законом РФ «О третейском суде». По нашему мнению, целесообразно разработать единый закон о действующих на территории Российской Федерации третейских судах, в том числе и для рассмотрения споров с участием иностранных предприятий и предпринимателей (коммерсантов). В этом Законе могут быть предусмотрены особенности для третейских судов, рассматривающих споры с участием иностранцев.

II. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации имеет ряд предложений и по представленному проекту.

1. Проект производит впечатление неудачного перевода с другого языка и требует редакционной доработки.

2. В проекте применяется термин «арбитражный суд», хотя Закон разработан о коммерческом арбитраже и эта терминология должна быть выдержана по всему тексту. Кроме того, в Российской Федерации в соответствии с Конституцией РФ уже действует арбитражный суд. В связи с этим во всем тексте слова: «арбитражный суд» заменить словами «коммерческий арбитраж».

3. В статье 1 и по всему тексту слова: «место арбитража» заменить словами: «место нахождения арбитража».

4. В пунктах 2 и 3 статьи 1 следует более четко определить субъекты, споры которых рассматривает международный коммерческий арбитраж: кто понимается под стороной, имеющей коммерческие предприятия, и стороной, не имеющей коммерческие предприятия.

5. В статье 2:

заголовок изложить в следующей редакции:

«Определения терминов, применяемых в настоящем Законе, и правила их толкования»;
исключить абзац 3;

в абзаце 4 слова «учреждение или» заменить словом «соответствующий»;

абзац 5 уточнить, что имеется в виду: обращение к учреждению во время третейского разбирательства или вместо третейского разбирательства; расшифровать, что понимается под словом «учреждение»;

дополнить статью определениями понятий «арбитражное соглашение» и «арбитражная оговорка» (см. ст. 8).

6. В ст. 3:

в п. 1 слова: «попытки доставки» и «такой доставки» заменить соответственно словами: «отправления» и «получения»;

п. 2 изложить позитивно: когда сообщения считаются полученными во время рассмотрения споров.

7. В ст. 4 слова: «заявив возражений» заменить словами: «не заявив возражений», слова «против такого несоблюдения без недолжного промедления» заменить словами: «против таких отступлений».

8. Заголовок ст. 6 уточнить, имея в виду, что Президент ТПП не является органом, и внести соответствующее уточнение в другие статьи, где упоминается орган, предусмотренный в ст. 6, а также исключить слова: «содействия и контроля», поскольку эти слова не корреспондируются с функциями, предусмотренными в тексте статьи.

9. Из ст. 8 определение понятия арбитражного соглашения перенести в ст. 2.

10. В ст. 8:

п. 1 исключить, поскольку права и обязанности суда и арбитражного суда разрешены в соответствующих статьях ГПК РСФСР и Арбитражного процессуального кодекса РФ; соответственно уточнить редакцию п. 2.

11. Заголовки ст. 12, 13 дополнить словом «арбитра».

12. Из п. 3 ст. 13 исключить последнюю фразу либо заменить текстом следующего содержания: «До решения вопроса об отводе арбитра спор не рассматривается».

13. В ст. 14:

заголовок изложить в следующей редакции:

«Статья 14. Прекращение полномочий арбитра»;

в п. 1 слова: «недолжного промедления» заменить словами: «без уважительных причин».

14. Заголовок разд. V изложить в следующей редакции:

«Рассмотрение споров»;

в тексте проекта слова «арбитражное разбирательство» заменить словами: «рассмотрение споров».

15. Статью 18 изложить в следующей редакции:

«Статья 18. Равенство сторон

Стороны пользуются равными правами и каждой стороне предоставляются равные возможности для изложения своей позиции и представления доказательств».

16. В ст. 20:

в заголовке и п. 1 слова: «место арбитража» заменить словами: «место рассмотрения спора»;

в п. 2 после слова: «может» включить слова: «определить место рассмотрения спора».

17. В ст. 24:

слова: «слушание и разбирательство», «слушание дела», «слушание» заменить словами: «рассмотрение спора»;

уточнить слова: «надлежащей стадии», поскольку в Законе не определены стадии рассмотрения спора;

в пункте 3:

слова: «документы или другая информация» заменить словами: «доказательства (документы или другая информация)», слова: «документы доказательственного характера» заменить словом: «доказательства».

18. В ст. 25 и других слово: «документов» заменить словом: «доказательств».

19. В п. 2 ст. 26 уточнить понятие «свидетелей-экспертов».

20. В ст. 27 вряд ли целесообразно возлагать на суд сбор доказательств для коммерческого арбитража.

21. В заголовке разд. VI и по всему тексту слова: «вынесение решения» заменить словами: «принятие решения».

22. В ст. 29 и по всему тексту слова: «члены арбитражного суда» заменить словами: «состав арбитража».

23. Вызывает сомнение предусмотренное в ст. 34 право обжалования решения арбитража в общий суд, поскольку стороны доверили этому арбитражу решение спора.

24. Заголовок ст. 35, 36 дополнить словами: «арбитражного решения».

25. Из подп. 2 п. 1 ст. 36 исключить последний абзац, поскольку в Российской Федерации не сложились правовые обыкновения, связанные с применением публичного порядка.

26. В Законе предусмотреть порядок создания постоянно действующего арбитража, кто может быть его учредителем и устанавливает Регламент рассмотрения споров, а оснований для приложения к Закону Положений о действующих в настоящее время арбитражах не имеется.

Председатель
Высшего Арбитражного Суда
Российской Федерации

В.Ф. Яковлев

МИНИСТЕРСТВО
ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

121200, г. Москва, Г-200
Смоленская-Сенная площадь, дом 32/34
Телефон 244-16-06
29.01.1993 № 216/дн
На № _____ от _____

Председателю Комитета
по законодательству
Верховного Совета
Российской Федерации

М.А. Митюкову

Уважаемый Михаил Алексеевич,

В связи с Вашим письмом № 7.1-19-11 от 18.01.93 г. направляю замечания по проектам законов «О международном коммерческом арбитраже и «О торгово-промышленных палатах» в части, касающейся Министерства иностранных дел Российской Федерации.

Заместитель министра
Б. Колоколов

**ЗАМЕЧАНИЯ
ПО ПРОЕКТАМ ЗАКОНОВ РФ
«О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»
И «О ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННЫХ ПАЛАТАХ»**

**REMARKS
ON THE DRAFT LAWS OF THE RUSSIAN FEDERATION
“ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION” AND
“ON CHAMBERS OF COMMERCE AND INDUSTRY”**

1. Основное замечание по проекту Закона «О международном коммерческом арбитраже» касается положения, в котором предусматривается, что арбитражное решение, «независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение...» (ст. 35).

В проекте следовало бы соответствующим образом предусмотреть, что не может быть исполнено арбитражное решение, влекущее действия, нарушающие экономические или иные санкции, применяемые к той или иной стране по решению Совета Безопасности ООН.

Кроме того, можно было бы дополнить изложенные в статье 36 основания для отказа в исполнении в России арбитражного решения, вынесенного в любой другой стране, отсутствием взаимности в отношении признания и исполнения арбитражных решений, принятых в России.

Наконец, если арбитражное решение состоялось в стране, которую Россия не признает, то это также может явиться основанием для отказа в приведении в исполнение вынесенного в такой стране решения.

2. По проекту Закона «О международном коммерческом арбитраже» имеется также ряд других замечаний:

а) текст ст. 4 следует тщательно выверить, в частности, перед словом «заявив», видимо, пропущено отрицание «не», а конец статьи нуждается в редакционной обработке;

б) в конце ст. 11 (на стр. 9) слово «желательность» очень слабо выражает ненормальность положения, когда в составе арбитражного присутствия из трех арбитров двое были бы гражданами одной из спорящих Сторон, поэтому в контексте соответствующего положения вместо «желательности» следовало бы говорить по меньшей мере о «целесообразности»;

в) слово «мнения» в начале ст. 12 явно требуется заменить словом «сомнения»;

г) положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение № 1 к упомянутому Закону) предусматривает, что этот суд является «постоянно действующим арбитражным учреж-

дением (третейским судом)», осуществляющим свою деятельность в соответствии с этим законом. Последний, однако, предусматривает, что «мандат арбитражного суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства» (п. 3 ст. 32). Видимо, в это положение после слова «суда» необходимо включить слова «по рассматривавшему им делу», иначе упоминание о постоянно действующем арбитраже при Российской Торгово-промышленной палате приходит в противоречие с положением закона о прекращении мандата арбитражного органа;

д) в пункте 4 Положения следует более четко указать, каким образом «приводятся в исполнение» «не исполненные в срок решения»;

е) следует взвесить еще раз упоминание в пункте 6 о том, что арбитраж при Российской Торгово-промышленной палате «является правопреемником» арбитража при аналогичной палате СССР. Такого рода общая ссылка на правопреемство может повлечь и непредсказуемые последствия. О праве российского арбитража разрешать споры на основании прежних соглашений сторон о передаче их в Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате бывшего СССР в пункте 5 можно сказать и вне связи с вопросом о правопреемстве между новым и прекратившим существование арбитражными судами;

ж) содержащиеся в подпунктах «д» и «е» замечания относятся также к пунктам 6 и 7 Положения о морской арбитражной комиссии при Российской торгово-промышленной палате.

3. В п. 2 ст. 19 проекта Закона «О торгово-промышленных палатах» необходимо вместо слова «представляет» написать «может представлять»; после слова «других» добавить слово «соответствующих». Данные изменения необходимы для того, чтобы, во-первых, исключить возможность монополизации ТПП определенных видов деятельности, а во-вторых, более четко учесть статус ТПП как негосударственной организации в ее отношениях с международными организациями.

ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА
Российской Федерации

25.01.93. № 22-5/36-93
Москва

Председателю Комитета
Верховного Совета
Российской Федерации
по законодательству
Митюкову М.А.

О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Уважаемый Михаил Алексеевич!

Актуальность предлагаемого проекта Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» особенно очевидна в современных условиях развития межгосударственных экономических связей и повышения эффективности работы экономики России.

В проекте Закона удачно нашли свое решение методологические основы практики международной торговли. Однако, несмотря на общую положительность, проект, отдельные его статьи в силу своей коллизии, а также юридической проблематичности нуждаются в уточнении и дополнении. Необходимая конкретность законопроекта, на наш взгляд, только совершенствует правовой механизм разрешения хозяйственных споров и придаст ему характер обязательности исполнения.

В международно-правовом значении юрисдикция такого арбитража должна определяться междугосударственными договорами либо конвенцией, к которой присоединяются государства, признающие юрисдикцию международного арбитража. В тексте проекта, в частности в статье 6, предлагаются различные виды – третейский и судебный – разрешения споров, которые только усложняют процедуру рассмотрения хозяйственного вопроса. По нашему мнению, в целях соблюдения правовых принципов системности и подведомственности более правильным и последовательным было бы определение в качестве таких органов только арбитражных судов, исключив из законопроекта городские, областные и верховные суды.

Торгово-промышленная палата России в качестве третейского суда может определяться соглашением сторон. Допустим вариант и включения приложений №№ 1 и 2 в виде нескольких норм и статей в законопроект для повышения их правового статуса. Особо следует остановиться на вопросах исполнения решений международного коммерческого

арбитража. В законопроекте использована правовая аналогия с внутригосударственными арбитражными правоотношениями. При рассмотрении и принятии Закона «О международном коммерческом арбитраже» необходимо будет сразу же внести соответствующие изменения в раздел V «Исполнительное производство» ГПК РСФСР, в ст. 339 «Исполнительные документы».

Заместитель Генерального прокурора
Российской Федерации

С.Г. Кехлеров

**СПРАВКА
ПО ОТЗЫВАМ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РФ
«О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»**

**NOTE
REGARDING THE COMMENTS ON THE DRAFT LAW
OF THE RUSSIAN FEDERATION “ON INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION”**

Торгово-промышленной палатой внимательно изучены предложения и замечания Минюста РФ, МИД, МВЭС, Верховного суда РФ, Высшего арбитражного суда РФ, Генеральной прокуратуры РФ, Института законодательства и сравнительного правоведения при Верховном Совете РФ, МГИМО МИД РФ по проекту Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже». Многие предложения и замечания заслуживают внимания и более 20 из них приняты и включены в текст проекта Закона, что, несомненно, улучшает его содержание и редакцию.

Вместе с тем ряд замечаний концептуального характера ТПП Российской Федерации не могут быть приняты, т.к. они не учитывают специфику деятельности международных коммерческих арбитражей и противоречат Типовому закону ЮНСИТРАЛ, который принят в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли и одобрен Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве.

1. В отзыве, весьма подробном, Высшего арбитражного суда высказана мысль о принятии закона на базе предложенного проекта, который бы относился не только к международному, но и внутреннему арбитражу. Думается, что такой подход не соответствовал бы той идее, которая стоит за принятием предлагаемого Закона и связана, в частности, с достижением международной унификации в данной области, разработки такого нормативного регулирования в РФ, которое бы отвечало стандартам, принятым в практике международного арбитража, позволяло бы российским предпринимателям настаивать в деловых отношениях с иностранными партнерами на проведении арбитража не за границей, а в РФ. Что касается внутреннего арбитража, т.е. разбирательств, споров российских предприятий между собой, то он мог бы стать предметом самостоятельного урегулирования впоследствии, по мере накопления необходимого опыта, которого в этой области, насколько известно, пока нет. Как известно, в зарубежных странах в настоящее время наметилась четкая тенденция в сторону раздельного регулирования международного и внутреннего арбитража, в том числе с учетом национальных особенностей (например, Франция, Швейцария, Болгария, Нигерия, отдельные штаты США и т.д.). Наконец, принятие

в РФ специального Закона о международном арбитраже на базе Типового проекта соответствовало бы и выполнению наших обязательств по Итоговому документу Венской встречи, о котором упоминалось выше. Следует отметить, что в отзывах других ведомств и организаций поддерживается идея принятия именно такого специального закона.

2. В отзыве ИЗСП высказано сомнение по поводу пункта 1 ст. 8 проекта Закона (где говорится о последствиях предъявления в суде иска несмотря на наличие Третейского арбитражного соглашения сторон, поскольку этот вопрос урегулирован в российском законодательстве п. 7 ст. 219 ГПК и ст. 104 АПК). Дело, однако, в том, что по указанным статьям суд прекращает производство по собственной инициативе, в то время как в целом в практике и в международных договорах прекращение судопроизводства происходит только по просьбе стороны, заявленной в определенный срок, и с проверкой судом действительности арбитражного соглашения. Такой порядок установлен в частности в ст. 2 Нью-Йоркской конвенции о прекращении и исполнении *[sic!]* иностранных арбитражных решений 1958 г. и в ст. VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., участницей которых является Россия. Этот особый порядок подлежит применению и сейчас в отношениях с партнерами из более чем 80 стран, также участвующих в указанных конвенциях, несмотря на указанные статьи нашего закона. Этот порядок воспроизведен в п. 1 ст. 8 обсуждаемого проекта Закона.

3. Верховный суд выразил замечание по ст. 21 проекта, в которой предусмотрено, что арбитражное разбирательство считается начатым в момент получения ответчиком просьбы истца о передаче дела в арбитраж. Следует отметить, однако, что это положение обусловлено тем, что в зависимости от момента начала арбитражного разбирательства определяется перерыв срока исковой давности. Сам же этот момент во многих случаях зависит от арбитражного соглашения сторон. Чтобы внести ясность в этот вопрос, и была принята ст. 21. Помимо прочего, она соотносится со ст. 14 Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. (подписанной Советским Союзом), согласно которой срок давности прерывается началом арбитражного разбирательства в порядке, предусмотренном соглашением сторон, либо нормой права, применимого к этому разбирательству. Таким образом, ст. 21 устанавливает такую норму права для международного арбитража. В этих условиях озабоченность Верховного суда по поводу того, что сами арбитры могут начать разбирательство по документам, представленным одним истцом, не должна вызвать опасений.

4. Важный вопрос о целесообразности установления возможности оспаривания в суде арбитражных решений (ст. 34 проекта) поднят в отзыве Высшего арбитражного суда со ссылкой на то, что согласие сторон по взаимной договоренности подчиниться арбитражу должно исключить такую возможность. Следует, однако, отметить, что в арбитражных законах практически всех стран предусматривается возможность обжалования арбитражных решений в большей или меньшей степени. Более того, такая возможность предусмотрена и в международных конвенциях (например, ст. IX Европейской конвенции 1961 г.). В рамках ЮНСИТРАЛ была найдена на этот счет компромиссная формула, при которой арбитражные решения могут оспариваться в суде по ограниченному кругу оснований, которые причем касаются не существа решений, а только оснований и процедуры разбирательства (действительность арбитражного соглашения, уведомление сторон о проведении разбирательства, порядок избрания арбитров и т.п.).

Непринятие такой процедуры, направленной на ограничение прав и интересов лиц, согласившихся на арбитраж, противоречило бы как существующему регулированию в других странах, так и международным договорам, в которых участвует Россия.

5. Едва ли возможно согласиться с предложением МИД о включении в ст. 36 проекта пункта о непринятии арбитражного решения, которое предусматривало бы совершенные действия, которые нарушали бы экономические или иные санкции, установленные Советом Безопасности. Помимо прочего, однако, на практике, в зависимости от обстоятельств конкретного дела, существовала бы возможность избежать приведения такого решения в исполнение на том широком основании, которое предусмотрено в п. 1.2 ст. 36 и которое охватывает случаи когда, по мнению российского суда, имело бы место нарушение принципов публичного порядка.

Что касается условия о взаимности (т.е. требования того, чтобы в стране, где вынесено представленное к исполнению арбитражное решение, равным образом исполнялись иностранные решения), то, от чего большинство стран, в том числе все крупные державы, отказались. Думается, нет оснований вносить такое дополнение в Закон, тем более что практически маловероятно, чтобы споры с участием российских предпринимателей рассматривались в странах с неблагоприятным нам арбитражным режимом.

6. Еще по одному вопросу высказаны замечания, хотя и различные, Генеральной прокуратурой и Высшим арбитражным судом. По мнению Генеральной прокуратуры, Приложение 1 и Приложение 2, касающиеся Положений о международном коммерческом арбитражном суде (МКАС) и Морской арбитражной комиссии (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ, следовало бы в целях повышения их значимости включить в самый текст Закона, а по мнению Высшего арбитражного суда, нет необходимости сохранять эти Приложения.

Думается, что включение в новый Закон Положений МКАС и МАК представляется исключительно важным. Речь идет о постоянно действующих арбитражах, которые существуют более 60 лет и которые завоевали за это время широкий авторитет в иностранных деловых кругах. Как указано в п. 5 Приложения 1 и в п. 7 Приложения 2, названные арбитражи продолжают свою деятельность на основе новых нормативных актов. Важное обстоятельство, закрепленное в законе и свидетельствующее, что речь идет об арбитражах, имеющих многолетнюю известность, поможет российским предпринимателям продолжать настаивать на включении во внешнеторговые, инвестиционные, транспортные и иные контракты условий о передаче возможных споров в эти, а не иностранные арбитражи, что, помимо прочего, связано с проблемой больших расходов при проведении разбирательства за границей.

Кроме того, включение в Закон Положений о МКАС и МАК, на основе которых ТПП РФ примет затем регламенты для них, важно и с точки зрения установления предметной компетенции этих судов и некоторых других функций, включая возможность принятия обеспечительных мер (п. 4 Положения о МАК).

В свете изложенного представляется наиболее целесообразным сохранить в новом Законе Положения о МКАС и МАК, не внося, однако, их в сам текст Закона, а в виде двух приложений к нему.

В пользу такого решения высказались авторы других отзывов.

Кай Хобер,

председатель Совета директоров
Арбитражного института Торгово-
промышленной палаты г. Стокгольма,
профессор международного права
в области инвестиций и торговли
Уппсальского университета,

Ховард С. Зусман,

советник юридической фирмы
«Wrobel Markham LLP»

**Не позволять свидетелю объяснять что-либо
(глава из книги «Перекрестный допрос в международном
арбитраже: девять базовых принципов»
(Oxford University Press, 2015))**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.66>

Ниже публикуется одна из глав книги «Перекрестный допрос в международном арбитраже», которую планируется выпустить в РФ в 2019 г. Авторы рассматривают ряд тактических приемов, применимых в наиболее часто встречающихся ситуациях, которые позволяют в ходе перекрестного допроса сохранять контроль над свидетелем, а также избегать типичных ошибок, таких как спор или дискуссия со свидетелем, и получать от него ответы, выгодные для позиции клиента представителя. При этом авторы выделяют две категории свидетелей: готовых к сотрудничеству и не намеренных сотрудничать. Свидетели второй категории часто встречаются при рассмотрении дел в международном арбитраже, и во время перекрестного допроса они обычно занимают как минимум противоположную, а иногда и откровенно враждебную позицию по отношению к клиенту представителя.

Утрата контроля над свидетелем в процессе перекрестного допроса может выражаться в том, что он будет давать какие-либо объяснения или произносить речь, вместо того чтобы отвечать на поставленные вопросы. Если свидетель просто начинает говорить на любые темы вместо ответа на вопрос, представитель, в зависимости от ситуации и реакции арбитров, прежде всего должен решить, давать ли ему такую возможность, а также продумать варианты своего отношения к такой свободной речи. При этом далеко не всегда наилучшим вариантом будет ее простое игнорирование, ведь в рассказе свидетеля может быть что-то, что может послужить основой для цепочки вопросов, которые будут выгодны для позиции клиента представителя.

Кроме того, авторы рассматривают то, как можно использовать обычно испытываемый свидетелем в ходе допроса дискомфорт, чтобы установить над ним контроль и склонить к сотрудничеству, даже независимо от его собственного нежелания.

Ключевые слова: международный арбитраж; перекрестный допрос; свидетель: готовый к сотрудничеству; свидетель, не намеренных сотрудничать; сохранение контроля над свидетелем; речь свидетеля, объяснения свидетеля; беспокойство свидетеля.

Библиографическое описание: *Хобер К., Зуссман Х.С.* Не позволять свидетелю объяснять что-либо (глава из книги «Перекрестный допрос в международном арбитраже: девять базовых принципов» (Oxford University Press, 2015)) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 66–75. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.66>

Kaj Hobér,

Chairperson of the SCC Board, Professor
of International Investment and Trade Law,
Uppsala University,

Howard S. Sussman,

Of Counsel at Wrobel Markham LLP

Do Not Let the Witness Explain (a chapter from the book “Cross-Examination in International Arbitration: Nine Basic Principles” (Oxford University Press, 2015))

The following is a chapter from the book “Cross-Examination in International Arbitration” which is intended for publication in Russia in 2019. The authors consider a number of tactical techniques applicable in most common situations to allow control to be maintained over a witness during cross-examination; to avoid typical mistakes, such as a dispute or discussion with a witness; and to obtain from them answers that will be favorable to your client’s position. In so doing the authors identify two categories of witnesses: the cooperative and the recalcitrant. The second category of witness is the one most often met with at an international arbitration and during cross-examination they will usually be at least antagonistic, and may even be truly hostile to a counsel’s client.

Loss of control over a witness during the cross-examination process means that he/she will offer an explanation or make a speech instead of answering the questions put to them. If a witness simply starts speaking on a subject instead of answering the question the counsel, depending on the situation and the reaction of the arbitrators, must first decide whether to give them such an opportunity, as well as try to work out how to respond to such free speech. In this case it is not always the best choice to simply ignore it, because in a witness’s speech there may be something that could be jumping-off point for a series of questions that would be favorable to the position of a counsel’s client.

In addition, the authors consider how the discomfort usually experienced by a witness being cross-examined can be used to maintain control over a witness and to persuade them to cooperate, regardless of their unwillingness to do so.

Keywords: international arbitration; cross-examination; cooperative witness; recalcitrant witness; maintaining control over witness; witness's speech; witness's explanations; witness's anxiety.

Recommended citation: Kaj Hobér & Howard S. Sussman, *Ne pozvolyat' svidetelyu ob'yasnyat' chto-libo (glava iz knigi "Perekrestnyy dopros v mezhdunarodnom arbitrazhe: devyat' bazovykh printsipov" (Oxford University Press, 2015)) [Do Not Let the Witness Explain (chapter from the book "Cross-Examination in International Arbitration: Nine Basic Principles" (Oxford University Press, 2015))]*, 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 66. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.66>

1. Сохранение контроля

Необходимо держать свидетеля под контролем настолько, насколько это возможно. Поэтому не следует предоставлять ему возможность давать объяснения относительно ответов на вопросы, заданные на перекрестном допросе, а также любые другие объяснения. Необходимо также не допускать того, чтобы свидетель начинал произносить речь, вместо того чтобы отвечать на поставленные вопросы. Смысл в том, чтобы получить возможность контролировать свидетеля и процесс перекрестного допроса, а не рисковать тем, что такой контроль перейдет к нему.

Из этого вывода есть одно важное исключение. Если вы достаточно уверены в том, что объяснения, которые хочет дать свидетель, будут полезны для доказывания позиции вашего клиента, может быть желательно предоставить свидетелю возможность дать такие объяснения. Однако данное исключение содержит в себе очевидный риск потери контроля над свидетелем и процессом перекрестного допроса, так как никогда нельзя полностью быть уверенным в том, что именно он скажет. Поэтому такое исключение применимо в редких случаях, и необходимо все тщательно обдумать, прежде чем дать свидетелю возможность представить свои объяснения.

Существует множество различных ситуаций, в которых свидетели пытаются давать свои объяснения. Некоторые из таких ситуаций являются очень сложными, в то время как другие можно разрешить относительно легко. Ниже представлены наиболее часто встречающиеся ситуации.

2. «Я не могу ответить „да“ или „нет“»

В некоторых случаях ответом свидетеля на поставленный вопрос будет нечто вроде: «Я не могу ответить на это „да“ или „нет“». Это может быть абсолютно добросовестный ответ готового сотрудничать свидетеля, который просто хочет как можно точнее ответить на ваши вопросы. Однако это также может быть попытка враждебно настроенного и неговорчивого свидетеля найти возможность рассказать о чем-то, что может неблагоприятно сказаться на позиции вашего клиента, что вы не хотели бы слышать и что не следует слышать арбитрам.

Вашей немедленной реакцией на подобный ответ свидетеля должна быть попытка понять, почему он дал его. Таковую реакцию, разумеется, не должны заметить ни свидетель,

ни арбитры, ни кто-либо еще. Вы должны продумать свои дальнейшие действия и найти решение так быстро, чтобы никто, кроме вас, не успел заметить эти размышления.

2.1. Готовый к сотрудничеству свидетель

Представим, что вы пришли к заключению о намерении свидетеля сотрудничать, и свидетель действительно полагает, что не может ответить на ваш вопрос «да» или «нет». В таком случае существуют как минимум два возможных объяснения того, почему свидетель так думает.

Одним из них является то, что по какой-то причине на вопрос действительно нельзя ответить только «да» или «нет». Так может случиться, если вопрос был непонятным, двусмысленным или имел любой другой изъян. Поэтому в первую очередь необходимо проанализировать, есть ли на самом деле у данного вопроса изъяны.

Если вы пришли к выводу, что это действительно так, вам просто следует задать другой вопрос, лишенный такого изъяна.

В зависимости от того, в каком, по вашему мнению, эмоциональном состоянии находится свидетель и какова атмосфера в зале заседания, перед тем как задать другой вопрос, вы можете сказать нечто вроде: «Позвольте мне перефразировать свой вопрос» или «Позвольте мне задать вам другой вопрос». Однако такое вводное предложение не является обязательным. Оно используется в основном для того, чтобы показать свидетелю и арбитрам, что вы справедливы и объективны.

Другим возможным объяснением является то, что свидетель не понял вопрос, хотя в нем не было никаких изъянов. То, что вопрос не понят свидетелем, можно определить по его интонации, мимике и жестам (или по всему вышперечисленному вместе).

В данном случае наиболее мудрым решением будет, опять же, просто задать другой вопрос, с использованием вводной фразы или без нее. Однако с учетом того, что свидетель не понял вопрос, во многих случаях будет разумным еще больше упростить его.

Тем не менее это может оказаться непростой задачей. Если вопрос был коротким, простым, недвусмысленным, наводящим и касающимся только одного простого факта и при этом содержал около 25 слов, упростить его может быть невозможно. В таком случае вам придется искать другой способ получить ответ, возможно, вернувшись к предыдущему ряду соответствующих вопросов и попытавшись как-то иначе подойти к проблемному вопросу.

Однако если свидетель намерен сотрудничать, то вам редко придется спрашивать что-то вроде: «Понятен ли вам мой вопрос?» Задать такой вопрос — значит предложить свидетелю рассказать о том, что он думает по поводу первоначального вопроса. Это, скорее всего, приведет к дискуссии, в ходе которой вы можете легко потерять контроль над свидетелем и ходом допроса. Даже если этого не случится, едва ли начавшаяся дискуссия поможет вам достичь целей, ради которых проводится допрос.

Вам ни в коем случае не следует спрашивать «почему нет?» в ответ на реплику свидетеля: «Я не могу ответить на этот вопрос „да“ или „нет“». Данный вопрос, сформулированный очень широко и в «журналистском» стиле, дает свидетелю возможность сказать абсолютно все, что он хочет сказать. Он может привести к еще более непродуктивной дискуссии, которая с еще большей вероятностью негативно повлияет на ход перекрестного допроса.

2.2. Не намеренный сотрудничать свидетель

Предположим теперь, что вы пришли к выводу о том, что свидетель не намерен сотрудничать. Такое часто происходит, если дело рассматривается в международном арби-

траже, когда во время перекрестного допроса свидетель обычно занимает как минимум противоположную, а иногда и откровенно враждебную позицию по отношению к вашему клиенту. Вместо того чтобы давать максимально точные ответы, у такого свидетеля вполне может быть (и, вероятнее всего, будет) иной план относительно того, как отвечать на вопросы. Он может воспользоваться фразой «я не могу ответить на этот вопрос „да“ или „нет“» для того, чтобы получить возможность рассказать о чем-то, что может неблагоприятно сказаться на позиции вашего клиента.

Несмотря на различия между свидетелем, который готов к сотрудничеству, и не намеренным сотрудничать свидетелем, вам все равно нужно определить, есть ли в заданном вопросе какой-либо изъян. Если такой изъян есть, вам нужно задать вопрос, не содержащий указанного изъяна, предварив его одной из вводных фраз, описанных в п. 2.1, или обойдясь без нее.

Как и в случае с готовым к сотрудничеству свидетелем, но в еще большей степени не следует спрашивать «почему нет?», когда свидетель говорит, что не может ответить на вопрос «да» или «нет».

Однако, в отличие от случая с готовым к сотрудничеству свидетелем, иногда имеет смысл спросить у свидетеля, который не намерен сотрудничать: «Поняли ли Вы мой вопрос?» Поступить таким образом можно для того, чтобы недвусмысленно показать, что такой несговорчивый свидетель хочет уклониться от ответа, если проводящий перекрестный допрос представитель задает этот вопрос, получает положительный ответ, а потом спрашивает: «Почему же Вы тогда не ответили на него?» Это особенно верно в ситуации, когда вы сначала задаете вопрос и не получаете ответа, а затем спрашиваете: «Услышали ли Вы мой вопрос?», потом: «Понятен ли Вам мой вопрос?» и, наконец: «Почему же Вы тогда не ответили на него?» Однако этот прием не следует использовать слишком часто.

Представим теперь, что не намеренный сотрудничать свидетель ответит отрицательно относительно того, понятен ли ему заданный вопрос. В этом случае вы оказываетесь в другой ситуации. Вам не следует вступать в дискуссию относительно причин, по которым свидетель не понял вопрос.

Вам нужно просто продолжать его допрашивать, используя цепочки вопросов, не включающих в себя тот, о котором свидетель заявил, что его не понимает.

Если вместо того, чтобы просто ответить «нет», свидетель начнет распространяться о том, почему он так ответил, тогда вы столкнетесь с ситуацией, описанной в следующем разделе.

3. «Мне непонятен вопрос»

Свидетель может сказать: «Я не понимаю вашего вопроса» или ответить как-то иначе, но со схожим смыслом. В таком случае вы должны действовать практически так же, как и в ситуации, когда свидетель говорит: «Я не могу ответить на Ваш вопрос „да“ или „нет“», но с одним важным исключением: вам никогда не нужно спрашивать у свидетеля, почему он не понял вопрос.

В том случае, если свидетель говорит: «Я не понимаю вопроса», вы должны провести такой же анализ, который описан в предыдущем разделе, чтобы решить, говорит ли он правду или действует по своему плану. Однако ваши действия после того, как вы сделаете вывод о правдивости или лживости ответа свидетеля, отличаются от тех, что были описаны выше.

Если свидетель говорит: «Я не понимаю вопроса», просто задайте другой вопрос. Вы можете предварить такой вопрос вводной конструкцией, такой как «позвольте мне пе-

рефразировать этот вопрос» или «позвольте мне задать Вам другой вопрос». Вы также можете проигнорировать ответ свидетеля и просто задать другой вопрос. Однако вне зависимости от того, использовали вы вводную конструкцию или нет, вы всегда должны стремиться задать новый вопрос, а не вступать в дискуссию со свидетелем относительно вопроса, о котором он заявил, что его не понял.

Обсуждение со свидетелем причин, по которым он не понял вопроса, никогда не приносит особенных плодов. Этот вывод справедлив в отношении случаев, когда свидетель на самом деле не понимает вопроса, и как минимум в той же степени справедлив, если в таком ответе свидетель видит возможность помешать проведению вами перекрестного допроса.

Конечно же, имеет значение то, действительно ли свидетель понимает или не понимает заданный ему вопрос. Если свидетель понял вопрос, но отрицает это, вам придется иметь дело со свидетелем, который пытается помешать вам провести перекрестный допрос. Поэтому полезно попытаться определить, действительно ли свидетель не понял вопрос. Однако независимо от того, понял свидетель вопрос или нет, вам необходимо задать другой вопрос.

4. «Позвольте объяснить»

В некоторых случаях свидетель может сказать что-то вроде: «Позвольте мне это объяснить» и начнет говорить о чем-то, не дожидаясь вашего ответа. Иногда свидетель просто начинает говорить на любые темы вместо ответа на ваш вопрос, обходясь без какого-либо вступления. Иногда свидетель может ответить на ваш вопрос «да» или «нет», а затем добавить нечто вроде «но при этом» или «но также нужно обратить внимание» и перейти к собственному рассказу.

Если свидетель действует одним из вышеуказанных способов, вы должны для начала решить, давать ли ему возможность сказать все, что он желает сказать, или же попытаться остановить или ограничить его речь.

При этом необходимо внимательно следить за реакцией арбитров, поскольку она может вам в принятии решения.

4.1. Речь свидетеля

В свободной речи свидетеля есть определенные преимущества.

Во-первых, позволяя свидетелю свободно говорить, вы избегаете необходимости пытаться прервать его речь. Вы, безусловно, можете перебить свидетеля и сказать что-то вроде: «Прошу вас просто ответить на мой вопрос», но свидетель, скорее всего, заявит примерно следующее: «Но это именно то, что я пытаюсь сделать, уважаемый представитель». В таком случае вам вряд ли удастся придумать убедительный ответ. Неудачным решением также будет вступить со свидетелем в дискуссию о том, является ли его речь надлежащим ответом на заданный вопрос.

На самом деле у вас в любом случае не получится остановить свидетеля, который уже настроился на то, чтобы рассказать о чем-либо. Вышеуказанная тактика иногда может сработать, но чаще всего она бывает неэффективной. Попытки объяснить, что повторный прямой допрос даст свидетелю возможность высказать все, что он пожелает, также вряд ли его остановят, если он твердо решил продолжать. Более того, может создаться впечатление, что вы говорите со свидетелем высокомерно и снисходительно, что также нежелательно.

Помимо того, у арбитров может возникнуть желание выслушать речь свидетеля. В таком случае не следует их разочаровывать. Если вы попытаетесь перебить свидетеля, один

из арбитров вполне может сказать: «Подождите, уважаемый представитель, я хочу послушать, что скажет свидетель».

Вы, безусловно, хотели бы избежать такой реакции арбитров. Гораздо безопаснее позволить свидетелю высказаться и подождать, пока арбитры не услышат то, что хотят, и сами его не остановят.

Более того, тот факт, что свидетель решил произнести речь, многое говорит о самом свидетеле. Арбитры сами сделают выводы о нем, исходя из самого факта произнесенной речи и из ее содержания. Вы также можете постараться узнать о свидетеле как можно больше на основании его решения выступить с речью и ее содержания.

Таким образом, вам следует внимательно слушать, что и как говорит свидетель. Вам нужно постараться понять, что значит речь свидетеля как с точки зрения его собственного плана, так и с точки зрения того, как вы будете с ним взаимодействовать по завершении его речи.

Вы можете решить для себя, показывать ли, что вы внимательно слушаете свидетеля и наблюдаете за тем, как он говорит. Вы можете посчитать, что с точки зрения интересов вашего клиента правильнее изображать незаинтересованность и пренебрежение к тому, что говорит свидетель во время своей речи. Но в любом случае вам следует смотреть и слушать очень внимательно.

4.2. *Ваша реакция*

После того как свидетель закончит свою речь, вам будет необходимо решить, как отреагировать на его действия.

Одним из возможных вариантов будет проигнорировать рассказ свидетеля и продолжать допрос таким образом, как будто никакой речи не было. Во многих случаях этот вариант является наиболее предпочтительным. Он подразумевает, что рассказанное свидетелем не имеет значения применительно к позиции вашего клиента. Это даст понять свидетелю, что такие речи не помогут ему добиться намеченных целей. Также он поможет избежать риска вступить в неконтролируемую дискуссию со свидетелем и сопутствующего ему риска потерять контроль как над свидетелем, так и над ходом перекрестного допроса.

Однако в некоторых случаях игнорировать сказанное свидетелем будет более рискованно, чем попытаться как-то отреагировать на него. Существует много возможных подходов к тому, как вести себя в таком случае. Ниже рассмотрены некоторые из них.

4.2.1. *Использование содержания речи*

Первый способ заключается в том, чтобы найти в рассказе свидетеля что-то, что может послужить основой для цепочки вопросов, которые, по вашему мнению, будут выгодны для позиции вашего клиента. В частности, если свидетель был невнимателен в своей речи и сообщил о каком-либо факте, который явно не соответствует действительности, то при помощи данного способа свидетеля можно загнать в угол.

Этот способ, однако, содержит в себе существенный риск возникновения неконтролируемой дискуссии со свидетелем, что, разумеется, нежелательно.

4.2.2. Использование простых вопросов

В качестве альтернативы вы можете выбрать тактику коротких, простых вопросов, перед которыми можно сказать что-то вроде: «Вы закончили?»

Данный короткий и простой вопрос может быть дословным повторением того вопроса, который спровоцировал рассказ свидетеля.

Если вы зададите такой вопрос, свидетель вполне может заметить: «Я только что ответил на данный вопрос». Однако, если свидетель поступит таким образом, проводящий перекрестный допрос представитель стороны может столь же обоснованно попросить свидетеля: «Пожалуйста, ответьте еще раз». Так может повторяться до тех пор, пока арбитрам не станет очевидно, что свидетель не отвечает на вопрос, а уклоняется от ответа на него. При этом существует риск того, что арбитры сочтут такую тактику бесполезной тратой времени, что может настроить их против вас.

В качестве альтернативы можно предложить перефразировать первоначальный вопрос как с использованием слов, сказанных свидетелем, так и без них. Это позволит снизить риск того, что вас обвинят в напрасной трате времени. Также это может облегчить задачу по составлению последующих вопросов, призванных поставить свидетеля в неловкое положение.

Еще одним возможным вариантом будет задать вопрос о чем-то, не связанном с тем, что спровоцировало монолог свидетеля, а затем продолжить задавать вопросы в данном ключе. Таким образом, свидетелю опять придется иметь дело с вопросами, на которые можно ответить только «да» или «нет», но при этом относящимися к другой теме. Это поможет постепенно дисциплинировать свидетеля или, иными словами, отучить свидетеля от произнесения речей.

4.2.3. Степень беспокойства свидетеля

Использование таких простых вопросов может заставить свидетеля больше беспокоиться, тем самым позволяя вам дисциплинировать его. Свидетели, как правило, довольно редко чувствуют себя комфортно во время проведения перекрестного допроса. Вы можете использовать такой дискомфорт для того, чтобы впервые установить или вернуть себе контроль над свидетелем.

Вы сможете почувствовать, если беспокойство свидетеля усилится и на него станет проще оказывать воздействие. Если вы почувствуете, что это происходит, может возникнуть возможность склонить свидетеля к сотрудничеству, независимо от его собственного нежелания.

Ваши действия могут существенно повлиять на душевное состояние свидетеля, испытываемый им психологический комфорт или дискомфорт. Ранее уже упоминалось о приеме, заключающемся в произнесении имени свидетеля. Рассмотрим еще один пример¹.

Свидетелем был высокопоставленный офицер Разведывательного управления в отставке, считающий себя по-настоящему «крутым парнем». Он был вызван на перекрестный допрос, проведенный английским королевским адвокатом с целью демонстрации особых техник перекрестного допроса.

В ходе проведения перекрестного допроса королевский адвокат заметил, что у свидетеля есть эмоциональная и психологическая потребность смотреть адвокату в глаза в тот

¹ Данный пример взят из работы одного юриста из США, подготовленной при финансовой поддержке Национального института судебного представительства.

момент, когда задаются вопросы и даются ответы на них. Отметив про себя такую потребность и желая привести свидетеля в замешательство, адвокат начал смотреть не на свидетеля, а на стену. Конечно, он продолжал наблюдать за свидетелем краем глаза и старался максимально полно следить за всем, происходящим в зале заседания. Однако свидетель не понял того, что адвокат все равно следит за ним, и стал чувствовать себя все более некомфортно. Таким образом, в ходе проведения допроса свидетель становился все менее уверенным в своих уклончивых ответах, и в итоге в большей или меньшей степени его сопротивление было сломлено.

От лица, проводящего перекрестный допрос, требуется определенный уровень смелости для того, чтобы использовать такую тактику, и, возможно, она будет эффективна только для узкого круга свидетелей, но достигаемый с ее помощью эффект примечателен. Данная тактика представляет собой еще один пример власти, которой обладает проводящий перекрестный допрос представитель стороны над свидетелем, и того, как такая власть может быть использована для получения контроля над ним.

Однако некоторые свидетели крайне несговорчивы и просто не поддаются никакому воздействию. Если вы имеете дело с подобным свидетелем, то вам нужно будет использовать иной подход. При допросе такого свидетеля полезно дать ему говорить до того момента, когда станет очевидно, что свидетель пытается манипулировать системой. Во время этих манипуляций свидетеля вам не раз представится возможность поймать свидетеля на том, что он говорит не всю правду. После этого вы сможете продемонстрировать арбитрам, что свидетель не заслуживает доверия либо в отношении какого-то определенного вопроса, либо в целом.

4.2.4. Чего следует избегать

Вам не следует говорить свидетелю что-то вроде: «То есть Вы хотите сказать, что...?» Свидетель может просто сказать «нет» или начать новый монолог.

Также следует избегать таких фраз, как: «То есть Ваш ответ — „да“, не так ли?», потому что это приведет либо к отрицательному ответу, либо к дальнейшей речи, либо к тому и другому одновременно.

Это дополнительные примеры принципа, который обсуждался в § 11.01 настоящей книги, в соответствии с которым вам не следует просить свидетеля согласиться с теми выводами, к которым вы хотите, чтобы пришли арбитры.

5. «Позвольте задать Вам вопрос»

В некоторых случаях свидетель может сказать что-то вроде: «Позвольте мне задать Вам вопрос». Иногда свидетель просто может задать вам вопрос, предварительно не спрашивая разрешения. Часто такая ситуация может создать немало сложностей.

Как правило, наиболее удачным выходом из указанной ситуации будет просто игнорировать такое поведение свидетеля и задать свой следующий вопрос. Арбитры понимают, что именно вы задаете вопросы, а свидетель на них отвечает.

Соответственно, арбитры понимают, что у свидетеля нет права задавать вам вопросы.

Игнорирование просьбы свидетеля или фактического вопроса, если он был задан, позволит вам избежать риска вступления в неконтролируемый диалог или даже спор со свидетелем. Вы, безусловно, заинтересованы в том, чтобы свести подобный риск к минимуму.

Однако отсутствие реакции на вопрос свидетеля не всегда является лучшим способом для продолжения перекрестного допроса. Можно представить себе ситуации, в которых арбитры посчитают вопрос свидетеля к вам полностью обоснованным с учетом хода перекрестного допроса. Также свидетель может проявлять настойчивость и продолжать задавать вам один и тот же вопрос или даже сказать что-то вроде: «Почему Вы не ответили на мой вопрос?» Игнорирование свидетеля в таких ситуациях будет затруднительно и, вероятно, не принесет пользы для позиции вашего клиента.

Если игнорирование вопросов свидетеля невозможно, можно воспользоваться другими вариантами. Один из них – использовать вопрос свидетеля для того, чтобы продолжить перекрестный допрос, как это сделал адвокат в деле *X-ray* в разделе «С» главы 8. Безусловно, это наиболее удачный способ, если только вам удастся его реализовать. Еще одним способом будет сказать свидетелю, что он сможет высказать все, что пожелает, в рамках повторного прямого допроса. В-третьих, можно объяснить свидетелю, что в соответствии с правилами именно вы задаете вопросы в ходе допроса. При этом довольно сложно не выглядеть снисходительно или надменно, используя любой из вышеперечисленных способов. Поэтому, за исключением случаев, когда вы можете использовать ответ на вопрос в пользу вашего клиента, лучше просто проигнорировать вопрос свидетеля и продолжать задавать ему вопросы.

Information about the authors

Kaj Hober (Uppsala, Sweden) – Chairperson of the SCC Board, Professor of International Investment and Trade Law, Uppsala University (1, 20 Trädgårdsgatan, 24, 26 Västra ågatan, Uppsala, 75120 (P.O. Box 512), Sweden; e-mail: Kaj.Hober@jur.uu.se).

Howard S. Sussman (New York, USA) – Of Counsel at *Wrobel Markham LLP* (360 Lexington Av., 15th Floor, New York, 10017, USA; e-mail: sussman@wmlawny.com).

А.А. Панов,

М. Jur. (Оксфорд), сопредседатель Рабочей группы по подготовке Пражских правил, советник Совета европейских пользователей ЛМТС, сопредседатель Группы молодых специалистов по международному арбитражу ЛМТС, председатель Комитета по назначениям Комиссии по международному арбитражу ICC Russia, действительный член Королевского института арбитров, старший юрист московского офиса международной юридической фирмы «Norton Rose Fulbright»

Пражские правила¹ – альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.76>

В данной статье рассматриваются основные положения проекта так называемых Пражских правил – Правил эффективной организации процесса в международном арбитраже. Рабочая группа по подготовке Пражских правил стремится создать инструмент «мягкого права», который позволит прямо наделить арбитров широкими полномочиями по ведению процесса, в том числе в отношении доказательств, установления содержания применимого права и помощи сторонам в мирном урегулировании спора. Ожидается, что активная роль третейского суда позволит проводить арбитражные разбирательства быстрее и дешевле. Пражские правила частично рассматриваются некоторыми в качестве своего рода «конкурента» такого известного и нередко применяемого документа, как Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже: их предлагается использовать в тех арбитражных разбирательствах, в которых участвуют арбитры, приверженные к традициям гражданского права континентальной Европы. В арбитражном сообществе проект Пражских правил сегодня активно обсуждают. Их окончательное принятие ожидается в декабре 2018 г.

Ключевые слова: международный арбитраж; Пражские правила; Правила МАЮ по получению доказательств; активная роль арбитров; состязательный подход в международном

¹ Подробнее о Пражских правилах, в том числе текст их проекта, информацию о мероприятиях, на которых они обсуждались или будут обсуждаться, а также посвященные им и смежным вопросам материалы см. официальный сайт Пражских правил: www.praguerules.com.

арбитраже; доказывание; раскрытие доказательств; свидетели; эксперты; jura novit curia; урегулирование споров.

Библиографическое описание: *Панов А.А.* «Пражские правила» – альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 76–91. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.76>

Andrey A. Panov,

M. Jur. (Oxford), Co-Chair of the Working Group on the Prague Rules, Councillor of the LCIA European Users' Council, LCIA YIAG Co-Chair, Chariman of the Nominations Committee, ICC Russia Commission on International Arbitration, FCI Arb, Senior Associate in the Moscow office of *Norton Rose Fulbright*

The Prague Rules – an Alternative Approach to the Conduct of Proceedings in International Arbitration

This article discusses the main features of the draft of the so-called Prague Rules – Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration. The Working Group for the Prague Rules aims to develop a soft law instrument which would expressly provide broad case management powers for an arbitral tribunal, including in the areas of evidence, establishing the content of applicable law and facilitating an amicable settlement. It is expected that a proactive role by arbitral tribunals would allow for quicker and more cost-efficient arbitral proceedings. The Prague Rules are partly regarded by some as a sort of “competitor” to such well-known and not infrequently applied instruments as the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: it is suggested they be used in arbitral proceedings involving arbitrators committed to the traditions of civil law in continental Europe. The Prague Rules are being actively discussed in the arbitration community today. Their final approval is expected in December 2018.

Keywords: international arbitration; Prague Rules; IBA Rules on the Taking of Evidence; active role of arbitrators; adversarial approach in international arbitration; evidence; discovery; witnesses; experts; jura novit curia; disputes settlement.

Recommended citation: *Andrey A. Panov, Przhskkiye pravila – al'ternativnyy podkhod k organizatsii protsessa v mezhdunarodnom arbitrazhe [The Prague Rules – an Alternative Approach to the Conduct of Proceedings in International Arbitration], 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 76. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.76>*

1. Введение

Международный арбитраж уже давно стал наиболее популярным способом разрешения коммерческих споров, особенно в области трансграничных сделок. Жестким и основанным на национальном процессуальном законодательстве процедурам в государственных судах стороны предпочитают гибкую и основанную на автономии воли процедуру в международном арбитраже.

Международное арбитражное разбирательство позволяет сторонам передать спор на разрешение независимым и нейтральным арбитрам, а также избежать неожиданностей и сюрпризов при применении к их спору незнакомого сторонам национального законодательства. Однако было бы заблуждением считать, что существует какая-то универсальная и общепринятая процедура рассмотрения спора в международном арбитраже. Безусловно, на процедуру арбитражного разбирательства влияют арбитражное законодательство по месту арбитража (*lex arbitri*), применимые к спору правила арбитража, но в первую очередь процессуальная культура арбитров и представителей сторон. На самом деле международный арбитраж в России существенным образом отличается от арбитража в Швейцарии, который, в свою очередь, отличается от арбитража в Англии, и все они вместе будут совершенно непохожи на арбитражное разбирательство в США или Канаде. Подходы разнятся очень сильно во всех аспектах разбирательства, начиная от использования и подготовки свидетелей, отношения к запросам о раскрытии доказательств и традициям устного слушания и заканчивая поведением арбитров во время разбирательства.

Тем не менее в последние пару десятилетий начали формироваться более-менее глобальные подходы к арбитражному разбирательству, и значительную роль в этом сыграли инструменты так называемого «мягкого» права (*soft law*), разработанные и принятые различными ассоциациями и некоммерческими организациями (например, Международной ассоциацией юристов (*International Bar Association (IBA)*) или Королевским институтом арбитров (*Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)*)).

Одним из наиболее популярных инструментов «мягкого» права стали Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) (далее – Правила МАЮ)². Согласно недавнему исследованию МАЮ, по всему миру Правила МАЮ используются в 48% арбитражных разбирательств, хотя только в 20% случаев в качестве обязательных, в то время как в 80% случаев в качестве руководящих начал³. Исследование, проведенное Школой международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета совместно с юридической фирмой «White & Case», показывает еще более внушительные результаты: 77% респондентов сталкивались с использованием Правил МАЮ на практике⁴.

² Перевод Правил МАЮ на русский язык (в подготовке которого автор принимал участие) доступен в Интернете по адресу: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18>.

³ Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (September 2016) (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=105d29a3-6261-4437-84e2-1c8637844beb>). P. 8–9.

⁴ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf). P. 35. Аналогичное исследование 2012 г. показало использование Правил МАЮ в 60% арбитражных разбирательств с участием респондентов (см.: 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process (http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf). P. 11).

2. Зачем нужны Пражские правила?

Правила МАЮ были разработаны Рабочей группой, в состав которой вошли ведущие международные эксперты — представители разных стран и правовых систем. Целью их работы было достижение разумного компромисса между процессуальными подходами, принятыми в англо-американской правовой традиции, и подходами стран континентального права. Следует признать, что компромисс Рабочей группе найти удалось, и это заложило основу для создания более-менее глобальной системы процессуальных подходов в международном арбитражном разбирательстве.

Но если все так, то зачем разрабатывать какие-то новые или альтернативные правила?

Дело в том, что мир международного арбитража намного разнообразнее, чем многие считают. Международный арбитраж не всегда означает пересечение сторон, юристов и арбитров из разных правовых систем и традиций. Дела, в которых, например, стороны из Австрии и Германии (представляемые юристами из соответствующих стран) разрешают свои споры перед арбитром из Швейцарии, далеко не редкость. При этом — вне зависимости от мейнстримовских практик международного арбитража — участникам таких разбирательств не нужно «наводить мосты» между англо-американскими и континентальными правовыми традициями.

Например, в уже упомянутом выше Докладе МАЮ отмечается, что в Латинской Америке только в 30% разбирательств использовались Правила МАЮ, а в Африке — и вовсе только в 25%⁵. Автор принимал участие в подготовке этого документа в качестве докладчика по России. Тогда ему не удалось обнаружить ни одного упоминания Правил МАЮ в опубликованных выдержках из российских арбитражных решений или судебных актах. Автор также не сталкивался с использованием Правил МАЮ на практике в российских арбитражных разбирательствах, в то время как в иностранных арбитражах они действительно используются довольно часто.

Кроме того, необходимо понимать, что арбитраж по Правилам МАЮ зачастую является весьма недешевым удовольствием. Так, Правила МАЮ предполагают возможность истребования доказательств у другой стороны (ст. 3) и перекрестный допрос свидетелей (ст. 4) и экспертов (ст. 5) на слушании. Не секрет, что именно рассмотрение заявлений об истребовании доказательств и процедура их раскрытия (особенно доказательств в электронном виде), а также длительные устные слушания являются чуть ли не главными причинами увеличения стоимости арбитражного разбирательства.

Безусловно, существует множество дел, в которых такие дополнительные расходы полностью оправданны, учитывая размер или важность спора. Однако существует огромный пласт дел, которые требуют более дешевых и эффективных процедур. Речь идет в первую очередь о небольших делах. Но и споры на относительно крупные суммы могут не оправдывать излишне дорогое и длительное разбирательство.

Однако в тех случаях, когда использование Правил МАЮ оказывается по каким-то причинам неуместным, стороны и арбитры не имеют альтернативного источника, которым они могли бы руководствоваться в вопросах организации процесса и получения доказательств.

В эпоху, когда пользователи арбитража постоянно жалуются на длительность и высокую стоимость разбирательства, повышение эффективности должно играть ключевую

⁵ Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (September 2016). P. 12–13.

роль в повестке международного арбитражного сообщества. При этом по крайней мере часть вины за неэффективность арбитражного разбирательства ложится на арбитров, которые часто не готовы уделить делу должное внимание с самого начала или не решаются использовать свои полномочия для более эффективного структурирования и управления процессом арбитражного разбирательства. Такую нерешительность арбитров часто связывают с «параноидальным» стремлением обеспечить соблюдение процессуальных гарантий («due process paranoia»), когда арбитры, опасаясь отмены решения, стремятся максимально удовлетворить все запросы сторон по процессуальным вопросам⁶. При этом отсутствие надлежащего контроля и организации процесса часто отмечается в качестве основного фактора задержек и увеличения расходов на арбитраж⁷.

Очевидно, что, кроме создания «касты» смелых и решительных арбитров, способствовать повышению эффективности разбирательства могло бы соглашение сторон арбитража о наделении арбитров полномочиями по активному управлению процессом и об установлении требований к ним в отношении такого активного управления.

Соответственно, побудительным мотивом разработки новых правил эффективной организации процесса в международном арбитраже (так называемых Пражских правил) стало, с одной стороны, желание создать альтернативу Правилам МАЮ на случай, когда использование последних оказывается по тем или иным причинам неуместным, с другой стороны, желание прямо наделить арбитров правами и обязанностями по активному управлению процессом и определению порядка сбора доказательств.

Необходимо понимать, что на данном этапе речь идет пока только о проекте Пражских правил (далее — Проект)⁸. Окончательный текст должен быть доработан и принят 14 декабря 2018 г. в Праге.

3. Применение Пражских правил

Поскольку арбитраж является порождением воли сторон, применение Пражских правил возможно прежде всего по их соглашению (ст. 1.1 Проекта). При этом стороны вольны согласовать применение как Пражских правил целиком, так и отдельных их положений (либо исключить применение отдельных положений), которые наилучшим образом подходят для конкретного спора.

Статья 1.2 Проекта также предусматривает возможность для третейского суда⁹ применить Пражские правила «по собственной инициативе, но после консультаций со Сто-

⁶ См. об этом, например: *Berger K.P., Jensen J.O. Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators // Arbitration International. 2016. Vol. 32. Issue 3. P. 415–435. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020>*

⁷ См., например: 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration (http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf). P. 32.

⁸ Текст последней на дату написания настоящей статьи редакции Проекта (от 1 сентября 2018 г.) на русском языке доступен в Интернете по адресу: http://praguerules.com/prague_rules/ Рабочая группа с благодарностью примет любые комментарии и замечания на Проект. Все ссылки на статьи Проекта, если не оговорено иное, являются ссылками на статьи указанной редакции.

⁹ Реформированное российское законодательство о третейском разбирательстве теперь оперирует термином «третейский суд» вместо сложившегося и привычного выражения «состав арбитража». При этом в переводе Пражских правил на русский язык все еще используется термин «состав арбитража», как более распространенный в русскоязычной арбитражной среде. Однако для целей настоящей статьи мы будем использовать термин «третейский суд».

ронами». Это положение предполагает два варианта. Во-первых, инициатива применения Пражских правил может исходить от арбитров, а не от самих сторон. В том случае, если стороны соглашаются на применение Пражских правил в ответ на предложение третейского суда, они применяются в силу соглашения сторон. Во-вторых, стороны могут не согласиться на применение Пражских правил в качестве обязательного документа, но могут не возражать, чтобы арбитры руководствовались их положениями в качестве руководящих начал (guidelines)¹⁰.

4. Активная роль третейского суда в процессе

В отличие от сторон и их представителей, которые преследуют в процессе свои собственные и не всегда с первого взгляда очевидные цели¹¹, арбитры, участвуя в разбирательстве, должны быть нейтральными и незаинтересованными. Соответственно, их активная роль в организации и управлении процессом может способствовать повышению эффективности арбитража. С этой точки зрения показательным является последнее исследование Школы международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета: «Респондентов попросили предложить изменения, которые могли бы повысить эффективность арбитража. <...>

Некоторые из респондентов и интервьюируемых указали на особую практическую значимость проведения раннего процессуального совещания; они подчеркнули, что арбитры и адвокаты должны „подходить креативно“ к делу с самого начала, чтобы разработать процедуру, отвечающую потребностям конкретного дела, а не использовать стандартный проект первого (и последующих) процессуального приказа. Другой ход мыслей некоторых арбитров и представителей сводился к указанию на то, что слишком часто арбитры разрешают сторонам чересчур много раундов обмена документами, которые зачастую оказываются чрезвычайно длительными, но не фокусируются на ключевых вопросах спора. Такие респонденты указывали, что арбитры должны ограничивать (в зависимости от потребностей конкретного дела) как объем процессуальных документов, так и количество раундов обмена ими¹².

Устанавливая требования играть активную роль в области организации арбитражного разбирательства к третейскому суду, Проект как раз стремится продвигать процитированные подходы.

В частности, ст. 2.1 Проекта обязывает третейский суд провести организационное совещание без неоправданной задержки после получения материалов дела. Хотя данное требование содержится в большинстве ведущих арбитражных регламентов¹³, во многих дру-

¹⁰ В большинстве случаев обращения к Правилам МАЮ они применяются не как обязательные правила, а именно как «руководящие принципы». При этом даже в таких случаях третейский суд, как правило, следует их положениям неукоснительно.

¹¹ Не секрет, что многие истцы начинают процесс не для того, чтобы получить окончательное решение в свою пользу, а для того, чтобы создать или улучшить свою переговорную позицию. Равным образом многие ответчики не рассчитывают выиграть спор по существу, но могут пытаться сделать процесс неподъемно дорогим или неоправданно длительным для истца.

¹² 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration ([http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)). P. 26.

¹³ Ср., например, ст. 24 Арбитражного регламента Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)).

гих процессуальное совещание не является обязательной стадией разбирательства¹⁴. При этом именно проведение процессуального совещания на раннем этапе позволяет наиболее эффективным образом выстроить процесс и структурировать его наилучшим образом для нужд конкретного спора. Таким образом, данное положение Проекта направлено прежде всего на восполнение пробела в тех правилах арбитража, которые не содержат соответствующего требования.

Одной из основных целей проведения организационного совещания является составление и согласование процессуального графика. Однако дополнительно арбитры должны стремиться (насколько это будет целесообразно и возможно на данной стадии) прояснить со сторонами их позиции в отношении:

- исковых требований сторон;
- фактов, которые не оспариваются, и фактов, которые оспариваются сторонами;
- правовых оснований, на которых стороны строят свою позицию (ст. 2.2 Проекта).

Получение необходимых пояснений от сторон позволит третейскому суду уже на раннем этапе получить более детальное представление о предмете спора и спорных вопросах, что, в свою очередь, должно способствовать более эффективной организации процесса рассмотрения дела.

Получение этой информации также позволит арбитрам сформировать точку зрения и дать указания сторонам в отношении таких вопросов, как:

- доказательства, которые третейский суд считает необходимыми для обоснования позиций сторон по спорным вопросам;
- действия, которые могут быть предприняты сторонами и третейским судом для установления фактической и правовой основы позиции истца и позиции ответчика;
- предварительная точка зрения относительно распределения бремени доказывания между сторонами (ст. 2.3 Проекта).

Безусловно, указания по данным вопросам могут даваться только постольку, поскольку третейский суд посчитает это возможным. Однако такие указания будут способствовать более эффективному использованию ресурсов сторон в ходе представления позиции по делу.

Некоторые комментаторы скептически относятся к возможности арбитров на столь ранней стадии предложить сторонам указания по названным вопросам, поскольку для этого от арбитров требуется редкое сочетание опыта, организационных и лидерских качеств, а также способность составить детальное представление о споре на очень ранней стадии¹⁵. В ответ хотелось бы спросить: а не таким ли всем нам представляется наш идеальный арбитр? И если среди действующих арбитров сложно найти людей, обладающих всеми указанными качествами, то не должно ли это стать поводом скорее для расширения круга потенциальных кандидатов, чем для отказа от техник, которые должны способствовать эффективности разбирательства?

Кроме того, если арбитры не обладают всеми необходимыми данными для того, чтобы сформировать точку зрения по упомянутым вопросам, они могут дать соответствующие указания на более поздней стадии процесса (ст. 2.3 Проекта).

¹⁴ Ср., например, § 27(1) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ. Необходимо отметить, что хотя в практике МКАС при ТПП РФ организационные совещания стали иногда проводиться, но они все еще не превратились в распространенную и устоявшуюся практику.

¹⁵ *Newman L.W., Zaslowsky D. The Russians Are Coming and They Want to Change How We Conduct International Arbitration (May 23, 2018)* (<http://praguerules.com/upload/iblock/a12/a1273233f7a9eb7f893c9ee4e6112da3.pdf>). P. 3.

При установлении процессуального графика третейский суд может, в частности, решить рассмотреть определенные вопросы права или факта в качестве вопросов предварительного характера (ст. 2.4 Проекта). Речь идет о разделении процесса на стадии, которых на практике может быть две и более. Например, часто в отдельную стадию выделяют вопрос о наличии юрисдикции или вопрос о нарушении ответчиком договора (а вопрос ответственности за такое нарушение оставляют для второй стадии). Но на самом деле многие спорные моменты могут разрешаться в качестве вопросов предварительного характера. Наиболее очевидными примерами могут быть вопросы о применимом к спору праве, о толковании тех или иных положений договора, об истечении срока исковой давности и т.п.

Разрешение всех этих вопросов в качестве предварительных позволяет более эффективно выстроить процесс и сфокусировать аргументы сторон с учетом принятого арбитрами решения по тому или иному спорному моменту. Если третейский суд соглашается разделить процесс на стадии, следует также определиться, необходимо ли вынесение частичного арбитражного решения по соответствующему вопросу (обычно это имеет смысл для вопроса о юрисдикции, нарушении договора, истечении срока исковой давности) или он может быть разрешен в рамках процессуального постановления либо приказа (например, вопрос о применимом к спору праве).

Третейский суд также может ограничить количество раундов обмена письменными заявлениями сторон и объем таких заявлений, а также установить жесткие сроки их подачи (ст. 2.4 Проекта). При этом арбитры, разумеется, обязаны обеспечить равное и справедливое отношение к сторонам, а также предоставить им разумную возможность представить свои объяснения. Третейский суд также должен учитывать императивные положения применимого *lex arbitri* и возможные требования правил арбитража (ст. 1.3 Проекта).

Пражские правила также исходят из того, что устное слушание лучше не проводить, если это возможно (ст. 8.1 Проекта). Безусловно, существуют многочисленные аргументы в пользу его проведения. Однако не следует забывать, что заседание (особенно многодневное) является чуть ли не самым дорогим этапом арбитражного разбирательства. При этом в ряде случаев дело может быть разрешено исключительно на основании письменных документов, что позволяет значительно сократить издержки и сроки разбирательства. Сторонам и арбитрам стоит помнить об этой возможности и не пренебрегать ей.

Если же слушание оказывается необходимым, то ст. 8.2 Проекта призывает стороны и арбитров к его проведению наиболее эффективным способом, в том числе и с применением электронных средств связи, чтобы избежать ненужных командировочных расходов.

Одной из причин увеличения стоимости и продолжительности арбитражного разбирательства является необходимость обеспечения и финансирования присутствия всех арбитров, представителей и свидетелей в одном месте (месте арбитража или месте проведения слушания) в течение длительного времени. Безусловно, личное присутствие всех участников в одном месте является более эффективным с точки зрения динамики взаимодействия и психологии убеждения. Однако использование средств видеоконференцсвязи, а иногда и телефонной связи позволяет оптимизировать расходы и графики участников, когда это необходимо.

Кроме того, нужно учитывать, что Пражские правила также содержат положение о том, что при распределении расходов в арбитражном решении

«[Третейский суд] также может принимать во внимание поведение Сторон в ходе арбитражного разбирательства, включая любое содействие и помощь (или отсутствие таковых) в проведении разбирательства рациональным с точки зрения расходов и временных затрат способом» (ст. 11 Проекта).

5. Широкие полномочия арбитров по установлению фактических обстоятельств

Третейскому суду надлежит играть активную роль не только в организации разбирательства, но и в установлении имеющих значение для спора обстоятельств. При этом он не должен подменять собой стороны и пытаться освободить их от бремени доказывания (ст. 3.1 Проекта). Соответственно, стороны все так же обязаны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются. Однако если стороны делают это недостаточно рачительно или эффективно или по каким-то причинам не пытаются представить арбитрам необходимые доказательства, то третейский суд может, в частности:

- требовать от любой из сторон представить соответствующие документальные доказательства или обеспечить дачу показаний указанными третейским судом свидетелями по вопросам факта на слушании по делу;
- назначить одного или нескольких экспертов или поручить любой из сторон назначить эксперта, в том числе по правовым вопросам;
- распорядиться о проведении осмотра;
- совершать другие действия по установлению фактов, которые он сочтет целесообразными (ст. 3.2 Проекта).

Остановимся немного подробнее, в чем должна заключаться активная роль третейского суда в установлении обстоятельств спора.

5.1. Раскрытие доказательств

Процедура истребования и раскрытия доказательств играет ключевую роль в рамках англо-американского судебного разбирательства, поскольку состязательность сторон предполагает возможность получить доступ к информации, которая находится в распоряжении противоположной стороны. Эта процедура приобрела особое значение сейчас, когда практически все документы и информация хранятся в электронном виде. Гигантские объемы данных породили отдельную индустрию, которая с помощью технологии самообучаемых нейронных сетей помогает анализировать и искать необходимые сведения.

При этом в континентальном процессе возможности истребования доказательств у другой стороны или у третьих лиц существенно ограничены.

Однако в рамках международного арбитражного разбирательства процедура раскрытия доказательств применяется довольно часто, несмотря на то что многие специалисты признают ее малую эффективность в большинстве случаев. Не последнюю роль в установлении такого подхода сыграли Правила МАЮ, ст. 3 которых посвящена данной процедуре¹⁶.

Пражские правила также не могли обойти эту тему стороной, однако их положения направлены в первую очередь на минимизацию использования указанной процедуры.

Так, Пражские правила призывают стороны и арбитров по возможности избегать этой процедуры, во всяком случае в форме *e-discovery* (ст. 4.2 Проекта).

Тем не менее Пражские правила допускают заявления сторон с требованием о раскрытии доказательств другой стороной, но только в случае, если запрашиваются конкретный документ или документы (но не категория документов, как допускается ст. 3(a)(ii) Правил МАЮ), которые при этом соответствуют следующим критериям:

- имеют отношение к делу и являются существенными для его исхода;

¹⁶ Примечательно, что именно ст. 3 является наиболее часто цитируемой нормой из Правил МАЮ (приблизительно 21% от всех ссылок) (см.: Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (September 2016). P. 9).

- не являются общедоступным; и
- имеются в распоряжении другой стороны (ст. 4.3 Проекта).

У запрашиваемой стороны должна быть возможность представить свои комментарии на запрос, после чего третейский суд принимает по нему решение (ст. 4.4 Проекта).

В отличие от Правил МАЮ, которые устанавливают широкий перечень оснований для заявления возражений против раскрытия запрошенных доказательств (ст. 9.2), Пражские правила не содержат такого перечня. Рабочая группа посчитала его установление нецелесообразным, поскольку это будет создавать риск чрезмерной формализации процесса обсуждения запросов о раскрытии доказательств. Однако Пражские правила устанавливают обязанность сторон арбитража и арбитров сохранять конфиденциальность представленных в процессе арбитражного разбирательства документов (ст. 4.7 Проекта), тем самым снимая возможные возражения против раскрытия, основанные на конфиденциальности истребуемых документов.

Как уже говорилось, третейский суд также может по своей инициативе потребовать от стороны разбирательства представления какого-либо документа (ст. 3.2 Проекта). Кроме того, он может по просьбе стороны или по своей инициативе запросить документы у лица, не являющегося стороной разбирательства, в том числе обратившись за содействием к компетентному суду (ст. 4.5 Проекта).

Таким образом, третейский суд наделен широкими полномочиями по получению документов, которые он посчитает необходимыми для правильного разрешения спора. При этом, если сторона не предоставит запрошенные арбитрами документы, третейский суд может сделать из этого факта «негативные выводы» (negative inferences), т.е., например, признать доказанным тот факт, который должен быть установлен с помощью не представленного стороной документа (ст. 10 Проекта).

5.2. Свидетели

Свидетели традиционно играют важную роль в англо-американском процессе, но редко участвуют в рассмотрении коммерческих споров в континентальном праве.

Правила МАЮ подробно описывают требования к свидетельским показаниям, а также порядок участия свидетелей в слушании (ст. 4).

Пражские правила также не исключают участие в процессе свидетелей, но оставляют арбитрам ведущую роль как в отношении вопроса о целесообразности заслушивания свидетелей, так и в отношении порядка их допроса на слушании.

Во-первых, стороны должны указать свидетелей, на показания которых они намерены опираться, и фактические обстоятельства, в отношении которых соответствующее лицо может свидетельствовать (ст. 5.1 Проекта). Предполагается, что стороны должны сделать это как можно раньше, но у третейского суда остается усмотрение в отношении определения подходящего момента. Если стороны не заявили о своих свидетелях в рамках просьбы об арбитраже и ответа на просьбу об арбитраже, арбитрам надлежит включить крайний срок для заявления свидетелей в процессуальный график.

Во-вторых, третейский суд должен определить, кого из свидетелей следует пригласить на слушание для допроса (ст. 5.2 Проекта). При этом третейский суд может отказать вызывать свидетеля для допроса, особенно если посчитает показания такого свидетеля нерелевантными, не имеющими значения для разрешения спора, неразумно обременительными, повторяющими показания иных свидетелей или по любой иной важной причине не являющимися необходимыми для разрешения спора (ст. 5.3 Проекта).

Целью установления этих ограничений является борьба со злоупотреблениями сторонами своими процессуальными правами, когда приглашаются свидетели, которым нечего пояснить по относящимся к делу вопросам или которые просто повторяют показания других свидетелей по тому же вопросу. Разумеется, такие положения вызывают крайне негативную реакцию у некоторых представителей арбитражного сообщества, в особенности из стран общего права. Однако следует иметь в виду, что наличие таких полномочий не должно приводить к волюнтаристскому подходу к ходатайствам сторон о вызове свидетелей. Поскольку арбитры обязаны обеспечить сторонам возможность представить свои объяснения, третейский суд должен быть полностью уверен в бессмысленности вызова свидетелей, чтобы отказать стороне в такой возможности.

В отличие от Правил МАЮ, Пражские правила исходят из того, что письменные свидетельские показания обычно не представляются, а свидетели дают показания на слушании. Это сделано с целью сокращения неэффективных расходов на оплату работы юристов по подготовке свидетельских показаний и шлифовке их содержания. Предполагается, что опрос свидетеля в рамках слушания может быть более эффективным инструментом для установления истины, чем составленные заранее письменные показания.

Тем не менее даже после отказа арбитров вызвать свидетеля сторона все же может представить его письменные показания. После этого у третейского суда будет возможность еще раз рассмотреть вопрос о необходимости вызова свидетеля (ст. 5.6 Проекта). В частности, если другая сторона после изучения письменных показаний свидетеля настаивает на необходимости его допроса, третейскому суду следует внимательно отнестись к такому требованию. Третейский суд также может принять решение не вызывать свидетеля на слушание и ограничиться изучением его письменных свидетельских показаний (ст. 5.6 Проекта). Данное правило объясняется тем, что в качестве цели слушания предполагается не перекрестный допрос свидетелей представителем другой стороны, а допрос свидетеля прежде всего вызвавшей его стороной и самими арбитрами. Это также должно позволить арбитрам минимизировать участие в слушаниях свидетелей, которые не могут сообщить имеющей значение для дела информации.

Пражские правила не устанавливают порядок проведения допроса свидетелей, ограничиваясь указанием на то, что он производится под контролем арбитров, которые могут, в частности, отклонить поставленный перед свидетелем вопрос, а также ограничить продолжительность его опроса или виды вопросов, которые свидетелю могут быть поставлены (открытые или наводящие). Предполагается, что опрос будет проводиться прежде всего вызвавшей свидетеля стороной или арбитрами, если они сочтут это более приемлемым. Однако это не означает, что у представителя другой стороны не будет возможности задать вопросы свидетелю с разрешения третейского суда. Опять-таки предполагается, что третейский суд должен ограничивать злоупотребления, а не добросовестное использование сторонами своих процессуальных прав.

5.3. Эксперты

Традиционно в международном арбитражном разбирательстве каждая из сторон назначает эксперта¹⁷. Тем не менее Пражские правила фокусируются прежде всего на возможности третейского суда назначить своего эксперта или экспертов (ст. 6.1 Проекта). При этом, однако, стороны не лишаются возможности также представить экспертные заклю-

¹⁷ Ср. ст. 5 Правил МАЮ.

чения (ст. 6.4 Проекта). Важно понимать, что назначение эксперта — это право, а не обязанность третейского суда. В зависимости от обстоятельств дела, он может посчитать предпочтительным традиционный подход, когда каждая из сторон представляет заключение своего эксперта.

Если же третейский суд посчитает целесообразным назначение своего эксперта, он должен запросить мнение сторон относительно кандидатуры последнего, но не связан предложенными ими кандидатурами. В частности, третейский суд может:

- назначить эксперта, предложенного одной из сторон;
- назначить эксперта, определенного им самим;
- сформировать экспертную комиссию из предложенных сторонами кандидатов; или
- запросить предложения по кандидатуре эксперта у нейтральной организации

(ст. 6.2(а) Проекта).

Третейский суд также формулирует инструкции эксперту (после консультаций со сторонами), требует от сторон уплаты аванса на выплату гонорара эксперту, требует от соответствующей стороны предоставить эксперту доступ к предмету экспертизы и любой необходимой информации и документам, а также контролирует работу эксперта (ст. 6.2 Проекта).

Эксперт также может быть вызван для дачи показаний на слушании (ст. 6.3 Проекта). При этом, если стороны представили свои экспертные заключения, их эксперты также могут быть вызваны на слушание (ст. 6.4 Проекта).

Кроме того, третейский суд может поручить всем экспертам провести совещание и предоставить участникам процесса:

- список вопросов, по которым эксперты сходятся во мнении;
- список вопросов, по которым эксперты расходятся во мнении;
- основания для расхождения мнений экспертов (ст. 6.7 Проекта).

Это должно помочь участникам процесса подготовиться к слушанию и направить свои усилия на обсуждение именно тех вопросов, по которым эксперты не соглашаются друг с другом. Также необходимо отметить, что третейский суд может предписать проведение такого совещания даже в том случае, если в деле участвуют только эксперты, назначенные сторонами.

6. *Jura novit curia*

Международное арбитражное разбирательство отличается от разрешения спора в государственном суде в том числе и тем, что арбитрам часто приходится разрешать споры по праву, в котором они не являются специалистами. Поэтому нередко стороны представляют экспертные заключения по вопросам применимого права¹⁸. Тем не менее в последнее время вопрос об эффективности использования экспертов по праву в рамках международного арбитражного разбирательства ставится все чаще. Таким образом, практика включения соответствующего специалиста по применимому праву в качестве члена команды, представляющей интересы стороны в споре (а не формально независимого эксперта), будет распространяться все больше.

¹⁸ См. подробнее об этом подходе: *Панов А.А.* Принцип «*jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 270–296.

При этом использование принципа *jura novit curia* в арбитраже особенно распространено в Швейцарии: с точки зрения швейцарского арбитражного законодательства и практики его применения арбитры могут самостоятельно применять нормы права вне зависимости от того, ссылались на них стороны или нет. Единственным исключением будет являться ситуация, когда примененная арбитрами норма права настолько неожиданная, что объективно становится сюрпризом для сторон¹⁹.

В Пражских правилах предпринята попытка установить разумный баланс между необходимостью дать арбитрам возможность выходить за пределы позиций сторон по правовым вопросам и необходимостью предоставления сторонам возможности прокомментировать применение арбитрами иных норм права.

Пражские правила признают, что стороны несут обязанность по доказыванию своей позиции (ст. 7.1 Проекта), что также включает в себя обязанность стороны представить доказательства содержания подлежащих применению норм права. Это, однако, не означает, что стороны должны представлять экспертные заключения в обоснование своей позиции по применимому праву.

При этом третейский суд, если сочтет это необходимым, может применить нормы права, не заявленные сторонами. Однако в таком случае он обязан испросить мнение сторон относительно норм права или юридических источников, которые он намеревается применить (ст. 7.2). Необходимость проконсультироваться со сторонами должна снизить вероятность совершения арбитрами ошибки в применении правовых норм, особенно в ситуации, когда они не являются специалистами в соответствующем праве. Это положение также обеспечивает возможность сторонам представить свои объяснения по вопросам применимого права, что сокращает возможности для последующего оспаривания решения.

Критики могут возразить, что такой подход может нарушить принцип равного отношения сторон, поскольку несложно представить себе ситуацию, когда арбитры фактически «помогают» одной из сторон, которая сама по каким-то причинам не сослалась на соответствующую норму права.

Однако, если стороны договорились о применении Пражских правил без каких-либо оговорок, это будет означать, что они в том числе согласились, что арбитры могут действовать так, как указано в ст. 7.2 Проекта. Кроме того, представляется, что ситуация, в которой арбитры спрашивают мнение сторон о применении той или иной нормы, в любом случае более предпочтительна для последних, чем ситуация, когда они узнают о применении третейским судом соответствующей нормы только из решения. Как минимум заинтересованная сторона сможет попытаться переубедить арбитров в необходимости применения такой нормы права.

Кроме того, следует отметить, что третейский суд может назначить эксперта по применимому праву, если сочтет это необходимым (ст. 3.2(b) Проекта). В таком случае арбитрам надлежит действовать в соответствии со ст. 6 Проекта.

7. Содействие мирному урегулированию спора

Далеко не все коммерческие споры должны разрешаться путем вынесения окончательного решения по существу. Многие из них могут быть урегулированы мирным пу-

¹⁹ См. подробнее: *Панов А.А.* Доктрина «неожиданного решения» в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2(6). С. 74–88.

тем даже после подачи иска в третейский суд. При этом во многих государствах, особенно в Германии, Швейцарии, а также странах Азии, арбитры активно способствуют мирному урегулированию споров.

В соответствии с Пражскими правилами арбитры должны содействовать мирному урегулированию спора сторонами, за исключением случая, когда одна из сторон против этого возражает (ст. 9.1 Проекта). Такое содействие может оказываться в самых разных формах, начиная от предоставления сторонам необходимых отсрочек для проведения мирных переговоров и заканчивая более активным участием арбитров в процессе мирного урегулирования.

Распространенной техникой среди немецких и швейцарских судей и арбитров является высказывание предварительного мнения относительно позиций сторон в целях стимулирования мирных переговоров. Предполагается, что после того, как стороны узнают, какими видятся их позиции по спору судьбе или арбитру, у них может возникнуть больше причин для его мирного урегулирования.

Высказывание предварительного мнения относительно позиции сторон отличается от предрешения спора (*pre-judgement*), которое может являться основанием для заявления отвода арбитру.

Слова, указывающие на предрешение спора, намекают на окончательно сформировавшееся мнение арбитра по поводу того или иного вопроса, имеющего значение для урегулирования спора по существу, в то время как предварительное мнение касается только того, какими арбитрам представляются доказательства и аргументы сторон в каждый конкретный момент.

Однако возможность повлиять на предварительное мнение арбитров зависит от этапа, на котором оно высказывается. Так, автор участвовал в процессе, в котором третейский суд предложил сторонам высказать свое предварительное мнение по их позициям после проведения устного слушания. Поскольку на этом этапе все доказательства и аргументы сторон уже представлены, изменить мнение арбитров с помощью объяснений по результатам слушаний (*post-hearing briefs*) уже крайне сложно. Неудивительно, что решение по существу данного дела в итоге не отличалось от высказанного предварительного мнения.

На практике высказывание предварительного мнения не может являться основанием для заявления отвода не потому, что такое мнение провозглашается «предварительным», а потому, что оно высказывается только по просьбе или с согласия обеих сторон.

Этого требует и ст. 9.2 Проекта:

«Постольку, поскольку это допустимо с точки зрения применимого *lex arbitri*, [Третейский суд] после получения согласия всех Сторон вправе выразить свое предварительное мнение относительно соответствующих позиций Сторон... <...>».

Вместе с тем в данной статье прямо оговаривается, что

«[в]ыражение такого предварительного мнения не должно считаться предрешением спора и не может служить основанием для отвода какого-либо члена [Третейского суда]».

Вторым способом содействия мирному урегулированию спора может быть выступление арбитра в качестве медиатора (ст. 9.3 Проекта). Эта техника распространена в Азии,

а также в Австралии и предполагает, что стороны в рамках процесса обращаются к арбитру с просьбой провести медиацию. Пражские правила предполагают, что для проведения арбитром медиации требуется письменное согласие всех сторон.

Если в результате проведенной медиации стороны достигают мирового соглашения, то в зависимости от их потребностей они могут формализовать его в виде решения на согласованных условиях или просто прекратить производство по делу.

Сложность возникает в случае, если медиация не увенчалась успехом. Дело в том, что в рамках медиации стороны делятся с медиатором конфиденциальной информацией, которая не подлежит передаче другой стороне и, соответственно, не стала бы известна арбитру в рамках арбитража. Поэтому для продолжения арбитром исполнения своих функций после провала медиации он должен получить письменное согласие всех сторон. Очевидно, что после окончания указанной процедуры каждая из сторон знает, какие именно конфиденциальные сведения были сообщены арбитру, и поэтому может оценить, является ли исполнение им своих функций допустимым для данной стороны. Если такое согласие не было получено, арбитр должен сложить свои полномочия (ст. 9.4 Проекта).

8. Заключение

Безусловно, Пражские правила не должны вытеснить Правила МАЮ. На самом деле Рабочая группа никогда не ставила перед собой такую задачу. Однако они могут заполнить пустоту в ситуациях, когда применение Правил МАЮ по какой-то причине нежелательно.

Но главное, что Пражские правила могут породить дискуссию и размышления со стороны представителей сторон и арбитров о том, какой именно процессуальный подход будет наиболее адекватным для конкретного спора. Это, в свою очередь, должно способствовать формированию более гибкого и индивидуального подхода к организации арбитражного разбирательства и тем самым повышению его эффективности в интересах пользователей. Если это произойдет, то можно будет считать, что Пражские правила выполнили свою функцию. Хотя бы отчасти.

References

Berger, Klaus Peter, & Jensen, J. Ole. *Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators*, 32(3) *Arb. Int'l* 415 (2016). <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020>

Newman, Lawrence W., & Zaslowsky, David. *The Russians Are Coming and They Want to Change How We Conduct International Arbitration* 3, <<http://praguerules.com/upload/iblock/a12/a1273233f7a9eb7f893c9ee4e6112da3.pdf>> (accessed Sep. 1, 2018).

Panov, Andrey A. *Doktrina "neozhidannogo resheniya" v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* [*The "Surprise Decision" Doctrine in International Commercial Arbitration*], 2012(2) *Int'l Com. Arb. Rev.* 74.

Panov, Andrey A. *Printsip "jura novit curia" v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* [*Principle jura novit curia in International Commercial Arbitration*], in 1 *Novyye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New Horizons of International Arbitration]: Collection of Articles 270 (Anton V. Asoskov et al., eds.) (Infotropic Media 2013).

Information about the author

Andrey A. Panov (Moscow, Russia) – M. Jur. (Oxford); Co-Chair of the Working Group on the Prague Rules; Councillor of the LCIA European Users' Council; LCIA YIAG Co-Chair; Chairman of the Nominations Committee, ICC Russia Commission on International Arbitration; FCI Arb; Senior Associate in the Moscow office of *Norton Rose Fulbright* (10 Butyrsky Val St., Bldg. A, Moscow, 125047, Russia; e-mail: andrey.panov@nortonrosefulbright.com).

От главного редактора

В арбитражном сообществе проект Пражских правил активно обсуждают, в том числе в критическом ключе.

Желающие могут ознакомиться также со следующими работами:

Altenkirch M., Boussihmad M. The Prague Rules – Inquisitorial Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (May 23, 2018) (<https://globalarbitrationnews.com/the-prague-rules-inquisitorial-rules-on-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration/>);

Birengel T. Turkey: The Prague Rules on the Taking of Evidence in Arbitration (Aug. 22, 2018) (<http://www.mondaq.com/turkey/x/729824/Arbitration+Dispute+Resolution/The+Prague+Rules+On+The+Taking+Of+Evidence+In+Arbitration>);

Costa e Silva P. Arbitration, Jurisdiction and Culture: Apropos the Rules of Prague (Jul. 16, 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/16/arbitration-jurisdiction-culture-apropos-rules-prague-part/>);

Giuszko E. Will the Prague Rules on the Taking of Evidence Change Anything in International Arbitration? (Aug. 8, 2018) (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a5fc146f-dea4-41e8-b8f4-792aabcf11e>);

Henriques D.G. The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? // ASA Bulletin. 2018. Vol. 36. No. 2. P. 351–362 (доступно в Интернете по адресу: <http://praguerules.com/upload/iblock/3a8/3a8536e47cf29c2b7ff14bb8cfbf3dbc.pdf>);

Kocur M. Why Lawyers from Civil Law Jurisdictions Do Not Need the Prague Rules (Aug. 19, 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/why-lawyers-from-civil-law-jurisdictions-do-not-need-the-prague-rules/>);

Newman L.W., Zaslowsky D. The Russians Are Coming and They Want to Change How We Conduct International Arbitration (May 23, 2018) (<http://praguerules.com/upload/iblock/a12/a1273233f7a9eb7f893c9ee4e6112da3.pdf>);

Rizzo Amaral G. Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part I (Jul. 5, 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/05/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-windmills-part/>);

Rizzo Amaral G. Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part II (Jul. 6, 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/06/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-windmills-part-ii/>).

Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)

Draft of 1 September 2018

Note from the Working Group

It has become almost commonplace these days that users of arbitration are dissatisfied with the time and costs involved in the proceedings. The procedures for taking evidence, particularly document production, using multiple fact and expert witnesses and their cross-examination at lengthy hearings and the time it may take for an award to be issued are, to a large extent, reasons for this dissatisfaction.

The drafters of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (“**IBA Rules**”) bridged a gap between the common law and civil law traditions of taking evidence. The IBA Rules were very successful in developing a nearly standardized procedure in international arbitration, at least for proceedings involving Parties from different legal traditions and those with significant amounts at stake.

However, from a civil law perspective, the IBA Rules are still closer to common law traditions, as they follow a more adversarial approach regarding document production, fact witnesses and Party-appointed experts. In addition, the parties’ entitlement to cross-examine witnesses is almost being taken for granted.

These factors contribute greatly to the costs of arbitration, while their efficiency is sometimes rather questionable. For example, most commentators admit that it is very rare, if ever, that document production brings a smoking gun to light. Likewise, many commentators express doubts as to the usefulness of fact witnesses and the impartiality of Party-appointed experts. Many of these procedural features are not known or used to the same extent in non-common law jurisdictions, such as continental Europe, Latin America, Middle East and Asia.

On the other hand, many arbitrators are reluctant to actively manage arbitration proceedings, including earlier determination or preliminary evaluation of issues in dispute and the disposal of such issues, to avoid the risk of a challenge.

In light of all of this, the drafters of the Prague Rules believe that developing the rules on taking evidence, which are based on the inquisitorial model of procedure and would enhance more active role of the Arbitral Tribunals, would contribute to increasing efficiency in international arbitration.

By adopting a more inquisitorial approach of the Arbitral Tribunal, the new rules will help the Parties and Arbitral Tribunals reduce the duration and costs of arbitrations.

Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила)

Проект от 1 сентября 2018 г.

Введение от Рабочей группы

Сегодня пользователи арбитража практически повсеместно выражают неудовлетворение сроками и стоимостью арбитражного разбирательства. В значительной мере причины такого неудовлетворения связаны с процедурами получения доказательств, в особенности раскрытием документов, привлечением множества свидетелей по вопросам факта и экспертов с последующим перекрестным допросом данных лиц в ходе затяжных слушаний, а также со временем, которое составам арбитража требуется для вынесения решения.

Авторы Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже («Правила МАЮ») преодолели разрыв между традициями общего и континентального права, касающимися получения доказательств. Правила МАЮ успешно справились с задачей создания почти стандартизированной процедуры международного арбитража, по крайней мере для арбитража с участием сторон из стран с разными правовыми традициями и для разбирательств со значительной суммой требований.

Однако с точки зрения континентального права Правила МАЮ по-прежнему более близки к традициям общего права, поскольку они следуют более состязательному подходу в отношении процедуры раскрытия документов, свидетелей по вопросам факта и назначенных сторонами экспертов. Кроме того, право стороны на проведение перекрестного допроса свидетелей воспринимается практически как гарантированное.

Эти факторы значительно увеличивают арбитражные расходы, в то время как их эффективность весьма сомнительна. К примеру, большинство комментаторов признают, что крайне редко в результате раскрытия документов удавалось вытащить на свет неопровержимую улику. Аналогичным образом многие комментаторы выражают сомнения в полезности показаний свидетелей по вопросам факта и независимости назначенных сторонами экспертов. Многие из этих процедурных особенностей неизвестны или по крайней мере не имеют широкого распространения в юрисдикциях, не разделяющих традиции общего права, в частности в континентальной Европе, в странах Латинской Америки, Ближнего Востока и Азии.

С другой стороны, во избежание риска отвода многие арбитры не стремятся управлять арбитражным разбирательством более активно, в том числе идентифицировать и разрешать спорные вопросы на раннем этапе разбирательства.

В свете всего изложенного составители настоящих правил полагают, что разработка правил получения доказательств, основанных на инквизиционной процессуальной мо-

As the Rules are going to be approved in Prague in December 2018, the working group has decided to call them “the Prague Rules.”

Preamble to the Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration

The Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (“the **Rules**”) are intended to provide a framework and/or guidance for Arbitral Tribunals and Parties for the efficient conduct of arbitration proceedings by using a traditional inquisitorial approach.

The Rules are not intended to replace the arbitration rules provided by various institutions and are designed to supplement the procedure to be agreed by Parties or otherwise applied by Arbitral Tribunals in a particular dispute.

Parties and Arbitral Tribunals may decide to apply the Rules as a binding document or as guidelines to all or any part of the proceedings. They may also exclude the application of any part of the Rules or decide to apply only part of them.

Arbitral Tribunals and Parties may also modify the provisions of the Rules by taking into account the particular circumstances of the case.

Article 1. Application of the Rules

1.1. The Parties may agree on the application of the Rules before arbitration proceedings are initiated or at any stage of the arbitration.

1.2. The Arbitral Tribunal may apply the Rules or any part thereof upon the Parties’ agreement or on its own initiative after having heard the Parties.

1.3. In all cases, due regard must be given to the mandatory legal provisions of the *lex arbitri* as well as to the applicable arbitration rules and the procedural arrangements of the Parties.

Article 2. Proactive Role of the Arbitral Tribunal

2.1. The Arbitral Tribunal shall hold a case management conference without any unjustified delay after receiving the case file.

2.2. During the case management conference, to the extent possible and appropriate (taking into account the earlier stage of the proceedings and the positions of the Parties) or at any later stage of the proceedings, if it deems appropriate, the Arbitral Tribunal shall:

- a. clarify with the Parties their respective positions with regard to:
 - i. the relief sought by the Parties;
 - ii. the facts which are undisputed between the Parties and the facts which are disputed;

дели и способных поддержать активную роль арбитров, должна помочь повысить эффективность международного арбитража.

За счет использования в них более инквизиционного подхода новые правила должны помочь сторонам и арбитрам сократить сроки и снизить расходы на проведение арбитражного разбирательства.

Поскольку правила планируется утвердить в Праге в декабре 2018 года, Рабочая группа решила назвать их «Пражские правила».

Преамбула к Правилам эффективной организации процесса в международном арбитраже

Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже («Правила») направлены на установление рамок и (или) руководящих принципов для Составов арбитража¹ и Сторон в обеспечении эффективного проведения арбитражного разбирательства с использованием традиционного инквизиционного подхода.

Правила не предполагаются в качестве замены арбитражным регламентам различных институтов, а задуманы как дополнение к согласованной Сторонами или иным образом применяемой Состовами арбитража процедуре при разрешении конкретного спора.

Стороны и Составы арбитража могут принять решение о применении Правил в качестве обязательного документа или в качестве рекомендаций к процессу в целом или к отдельным его элементам. Они также могут исключить применение той или иной части Правил или принять решение о применении только конкретной их части.

Составы арбитража и Стороны также могут изменять положения Правил, принимая во внимание конкретные обстоятельства дела.

Статья 1. Применение Правил

1.1. Стороны арбитража могут договориться о применении Правил до начала арбитражного разбирательства или на любой стадии разбирательства.

1.2. Состав арбитража может применять Правила или любую их часть либо в силу соглашения Сторон, либо по собственной инициативе, но после консультаций со Сторонами.

1.3. Во всех случаях необходимо учитывать императивные нормы права, применимого к арбитражному разбирательству (*lex arbitri*), а также применимые положения арбитражного регламента и процессуальные договоренности Сторон.

Статья 2. Активная роль Составы арбитража

2.1. Состав арбитража должен провести организационное совещание без каких-либо необоснованных задержек после получения материалов дела.

2.2. В ходе организационного совещания, насколько это возможно и целесообразно (с учетом ранней стадии разбирательства и позиций Сторон), либо на любой более поздней стадии разбирательства, если сочтет это целесообразным, Состав арбитража должен:

- a. прояснить со Сторонами их позиции по:
 - i. исковым требованиям Сторон;
 - ii. тому, какие факты не оспариваются Сторонами, а какие оспариваются;

¹ Рабочая группа приняла решение использовать более распространенный и сложившийся термин «Состав арбитража» в качестве перевода термина «Arbitral Tribunal», несмотря на то что в некоторых странах (например, в России) используется термин «Третейский суд».

- iii. the legal grounds on which the Parties base their positions; and
- b. fix a procedural timetable

2.3. The Arbitral Tribunal may at the case management conference or at any later stage of the proceedings, if it deems appropriate, indicate to the Parties:

- a. the facts which it considers to be undisputed between the Parties and the facts which it considers to be disputed;
- b. with regard to the disputed facts – type(s) of evidence the Arbitral Tribunal would consider to be appropriate to prove the Parties' respective positions;
- c. its understanding of the legal grounds on which the Parties base their position;
- d. the actions which could be taken by the Parties and the Arbitral Tribunal to ascertain the factual and legal basis of the claim and the defense; and/or
- e. its preliminary view on the allocation of the burden of proof between Parties.

2.4. When establishing the procedural timetable, the Arbitral Tribunal may decide – after having heard the Parties – to determine certain issues of fact or law as preliminary matters, limit the number of rounds for exchange of submissions, and the length of submissions, as well as fix strict time limits for the filing thereof. Doing so, the Arbitral Tribunal shall ensure fair and equal treatment of the Parties and to provide them with a reasonable opportunity to present their respective cases.

2.5. During the case management conference or at any other stage of the proceedings, the Arbitral Tribunal is free to share with all Parties its (their) preliminary views with regard to the burden of proof or the relief sought, the disputed issues, and the weight and relevance of evidence submitted by the Parties. Expressing such preliminary views shall not by itself be considered as evidence of the Arbitral Tribunal's lack of independence or impartiality, and cannot constitute a ground for disqualification.

Article 3. Fact Finding

3.1. The Arbitral Tribunal is entitled and encouraged to take an active role in establishing the facts of the case which it considers relevant for the resolution of the dispute. This, however, shall not release the Parties from their burden of proof.

3.2. The Arbitral Tribunal may, after having heard the Parties, at any stage of arbitration and on its own motion:

- a. request any of the Parties to produce relevant documentary evidence or make fact witnesses' testimony available during the hearing;
- b. appoint one or more experts, including on legal issues;
- c. order site inspections; and/or
- d. for the purposes of fact finding take any other actions which it deems appropriate.

3.3. The Arbitral Tribunal shall consider imposing a cut-off date for production of evidence and not allowing the introduction of any new evidence after that date, save for exceptional circumstances.

iii. правовым основаниям, на которых Стороны строят свою позицию; и

b. установить процессуальный график.

2.3. Состав арбитража в ходе организационного совещания или на более поздней стадии разбирательства, если сочтет это целесообразным, может указать Сторонам:

a. факты, которые в соответствии с пониманием Состав арбитража не оспариваются Сторонами, и факты, которые Состав арбитража считает оспариваемыми Сторонами;

b. в отношении оспариваемых фактов — виды доказательств, которые Состав арбитража считает необходимыми для доказывания позиций Сторон;

c. свое понимание правовых оснований, на которых Стороны основывают свои позиции;

d. действия, которые могут быть предприняты Сторонами и Составом арбитража для установления фактических и правовых оснований заявленного иска или возражений; и (или)

e. свою предварительную точку зрения относительно распределения бремени доказывания между Сторонами.

2.4. При установлении процессуального графика Состав арбитража может — после консультации со Сторонами — принять решение о необходимости разрешения отдельных вопросов факта или права в качестве вопросов предварительного характера, ограничить количество раундов обмена письменными заявлениями сторон и объем таких заявлений, а также установить жесткие сроки их подачи. При этом Состав арбитража должен обеспечить равное и справедливое отношение к Сторонам и предоставить им разумную возможность для представления своих объяснений по делу.

2.5. В ходе организационного совещания, а также на любых других этапах разбирательства Состав арбитража вправе делиться со Сторонами своим предварительным мнением относительно бремени доказывания или заявленных исковых требований, спорных вопросов, веса и относимости представленных Сторонами доказательств. Выражение такого предварительного мнения само по себе не должно рассматриваться в качестве доказательства отсутствия у Состав арбитража независимости или беспристрастности и не может служить основанием для отвода.

Статья 3. Установление фактов

3.1. Состав арбитража вправе, и ему рекомендуется, принять на себя активную роль в установлении обстоятельств дела, которые он сочтет имеющими значение для разрешения спора. Это, однако, не освобождает Стороны от лежащего на них бремени доказывания.

3.2. Состав арбитража может после консультации со Сторонами на любом этапе арбитражного разбирательства и по собственной инициативе:

a. потребовать от любой из Сторон представить соответствующие документальные доказательства или обеспечить дачу показаний свидетелями по вопросам факта на слушании по делу;

b. назначить одного или нескольких экспертов, в том числе по вопросам права;

c. распорядиться о проведении инспекций на месте; и (или)

d. совершать любые иные действия по установлению фактов, которые он сочтет целесообразными.

3.3. Составу арбитража следует рассмотреть вопрос об установлении крайней даты для представления доказательств и он должен разрешать представление каких-либо новых доказательств после наступления такой даты только при исключительных обстоятельствах.

Article 4. Documentary Evidence

4.1. Each Party shall produce documentary evidence upon which it intends to rely in support of its case as early as possible in the proceedings.

4.2. Generally, the Arbitral Tribunal shall avoid extensive production of documents, including any form of e-discovery.

4.3. A Party may, however, request the Arbitral Tribunal to order another Party to produce specific document(s) which:

- a. Is/are relevant and material to the outcome of the case;
- b. Is/are not in the public domain; and
- c. Is/are in the possession of another Party or within its power or control.

4.4. The Arbitral Tribunal, after hearing the Party's(ies) view on such request, may order it to produce the requested document(s).

4.5. To the extent permissible under the applicable law, at the request of a Party pursuant to Section 4.3 above or on its own initiative, the Arbitral Tribunal may request any documents which it considers relevant and material to the outcome of the case from non-Parties to the arbitration, and may apply for court assistance in this regard where it is available.

4.6. Documents shall be produced in photocopies and/or electronically. The produced documents are presumed to be identical to the originals unless disputed by the other Party/(ies). However, the Arbitral Tribunal may, at the request of a Party or on its own initiative, order the Party producing the document to present the original of the document for observation or expert review.

4.7. Any document produced by a Party in the arbitration and not otherwise in the public domain shall be kept confidential by the Arbitral Tribunal and the other Party(ies), and may only be used in connection with that arbitration, save where and to the extent that disclosure may be required of a Party by the applicable law.

Article 5. Fact Witnesses

5.1. When filing a statement of claim or defence, or at any another stage of the proceedings which the Arbitral Tribunal considers appropriate, each Party shall identify (a) factual witness(es), on whose testimony the Party intends to rely in support of its position, as well as (b) the factual circumstances on which the respective factual witness(es) intend(s) to testify.

5.2. Subject to any requirement provided by the applicable law, the Arbitral Tribunal, after providing the other Party(ies) with an opportunity to comment, will decide which witnesses are to be called for examination during the hearing in accordance with Article 5.3–5.6 below. When taking such a decision the Arbitral Tribunal shall duly consider the right to be heard and the equal treatment of the Parties.

Статья 4. Документальные доказательства

4.1. Каждая из Сторон должна представить документальные доказательства, на которые она намеревается сослаться в обоснование своей позиции, как можно раньше в ходе процесса.

4.2. В принципе, Составу арбитража следует избегать чрезмерного объема раскрытия документов, в том числе посредством любой формы электронного раскрытия доказательств (e-discovery).

4.3. Любая Сторона, тем не менее, может попросить Состав арбитража распорядиться, чтобы другая Сторона представила конкретный(-е) документ(ы), который(-е):

- a. имеет(ют) отношение к делу и являются существенным(и) для его исхода;
- b. не являет(ют)ся общедоступным(и); и
- c. имеет(ют)ся в распоряжении другой Стороны или под ее контролем.

4.4. Состав арбитража, после заслушивания мнения другой Стороны (или Сторон) в отношении такой просьбы, может распорядиться, чтобы она представила запрошенный(-е) документ(ы).

4.5. В той степени, в которой это не противоречит применимому законодательству, Состав арбитража может по запросу Стороны, сделанному в порядке, указанном в п. 4.3 выше, или по собственной инициативе запросить любые документы, которые он считает имеющими отношение к делу и существенными для его исхода, от лиц, не являющихся сторонами арбитража, и в связи с этим может обратиться за содействием в государственный суд, когда такое содействие возможно.

4.6. Документы представляются в виде фотокопий и (или) в электронной форме. Предоставленные документы считаются идентичными подлинникам, если другая Сторона (Стороны) не оспаривает это. Однако Состав арбитража может по запросу любой Стороны или по собственной инициативе распорядиться, чтобы представившая документ Сторона представила подлинник документа для обозрения Составом арбитража или экспертом.

4.7. В отношении документа, предоставленного Стороной в рамках арбитражного разбирательства и не являющегося общедоступным, Состав арбитража и другая Сторона (Стороны) должны сохранять конфиденциальность, и такой документ может использоваться только в связи с арбитражным разбирательством, за исключением ситуации, когда Сторона обязана раскрыть такой документ в соответствии с положениями применимого права.

Статья 5. Свидетели по вопросам факта

5.1. При подаче искового заявления или отзыва на исковое заявление, а также на любом другом этапе разбирательства, который Состав арбитража сочтет целесообразным, каждая Сторона должна указать (а) свидетеля(ей) по вопросам факта, на показания которого(ых) эта Сторона намеревается опираться для обоснования своей позиции, а также (b) фактические обстоятельства, в отношении которых соответствующий(е) свидетель(и) по вопросам факта намерен(ы) давать показания.

5.2. В той степени, в которой это не противоречит применимому законодательству, Состав арбитража, после предоставления другой Стороне (Сторонам) возможности представить ее позицию, примет решение о том, какие из свидетелей должны быть вызваны для допроса на слушании в соответствии со ст. 5.3–5.6 ниже. Принимая такое решение, Состав арбитража должен принять во внимание необходимость обеспечить Сторонам возможность представить свои объяснения и равное отношение к Сторонам.

5.3. The Arbitral Tribunal may decide not to call the witness for examination during the hearing, either before or after a witness statement has been tendered, in particular, if it considers the testimony of such a witness to be irrelevant, immaterial, unreasonably burdensome, duplicative or for any other important reasons not necessary for the resolution of the dispute before them.

5.4. If the Arbitral Tribunal decides not to call the witness for examination during the hearing prior to any witness statement being tendered this does not, by itself, preclude a party from tendering a witness statement for that witness.

5.5. The Arbitral Tribunal may also, if it deems appropriate itself invite a Party to submit a written witness statement before the hearing.

5.6. If a written witness statement is submitted by a Party or at the invitation of the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal after hearing the Parties may decide not to call for the hearing the fact witness whose witness statement has been submitted. Any decision not to call a witness who has tendered a witness statement does not limit the Arbitral Tribunal's authority to give as much evidential value to the written witness statement as it finds appropriate.

5.7. At the hearing, the examination of the fact witness shall be conducted under the direction and control of the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal can reject a question posed to the witness if the Arbitral Tribunal considers it to be irrelevant, redundant, not material to the outcome of the case or for other reasons. The Arbitral Tribunal may also impose other restrictions, including setting the order of examination of the witnesses, time limits for examination or types of questions to be allowed, as it deems appropriate.

Article 6. Experts

6.1. At the request of a Party or on its own initiative and after having heard the Parties, the Arbitral Tribunal may appoint one or more experts to present a report on disputed matters which require specialised knowledge.

6.2. If the Arbitral Tribunal decides to appoint an expert, the Arbitral Tribunal shall:

- a. seek suggestions from the Parties as to who should be appointed as an expert. For this purpose, the Arbitral Tribunal may establish the requirements for potential experts, such as qualification, availability, costs, etc., and communicate them to the Parties. The Arbitral Tribunal shall not be bound by the candidates proposed by the Parties and may:
 - i. appoint a candidate:
 - a) proposed by any one of the Parties; or
 - b) identified by the Arbitral Tribunal itself;
 - ii. compose a joint expert commission consisting of the candidates proposed by the Parties;
or
 - iii. seek a proposal for a suitable expert from a neutral organization, such as a chamber of commerce or another professional association;
- b. after having heard the Parties, approve the terms of reference for the Arbitral Tribunal-appointed expert;

5.3. Состав арбитража может принять решение не вызывать свидетеля для допроса на слушании как до, так и после представления письменных свидетельских показаний такого свидетеля, в частности, если посчитает показания такого свидетеля нерелевантными, не имеющими значения для разрешения спора, неразумно обременительными, повторяющимися показания иных свидетелей или по любой иной важной причине не являющимися необходимыми для разрешения спора.

5.4. Если Состав арбитража принимает решение не вызывать свидетеля для допроса на слушании до представления письменных показаний такого свидетеля, такое решение само по себе не препятствует представлению Стороной письменных свидетельских показаний такого свидетеля.

5.5. Состав арбитража может также, если посчитает это допустимым, самостоятельно предложить Стороне представить письменные свидетельские показания свидетеля до слушания.

5.6. Если письменные свидетельские показания представлены Стороной или по приглашению Составы арбитража, то Состав арбитража, после заслушивания комментариев Сторон, может принять решение не вызывать на слушание свидетеля, чьи письменные показания были представлены. Любое решение не вызывать свидетеля, который предоставил свои письменные показания, не ограничивает право Составы арбитража оценить такие свидетельские показания так, как Состав арбитража посчитает нужным.

5.7. На слушании допрос свидетелей по вопросам факта должен производиться согласно указаниям и под контролем Составы арбитража. Состав арбитража вправе отклонить поставленный перед свидетелем вопрос, если сочтет его не относящимся к делу, дублирующим, не имеющим значения для исхода дела или по иным причинам. Состав арбитража также может налагать иные ограничения, включая установление порядка допроса свидетелей, установление ограничений продолжительности допроса свидетеля или видов вопросов, как он сочтет целесообразным.

Статья 6. Эксперты

6.1. По запросу Стороны или по собственной инициативе после консультаций со Сторонами Состав арбитража может назначить одного или нескольких экспертов для представления заключения по спорным вопросам, требующим специальных знаний.

6.2. Если Состав арбитража решит назначить эксперта, Состав арбитража должен:

а) запросить предложения Сторон относительно того, кого следует назначить экспертом. Для этой цели Состав арбитража может устанавливать требования к потенциальным экспертам, в частности, к их квалификации, занятости, стоимости их услуг и т.п., и сообщать их Сторонам. Состав арбитража не обязан назначать экспертом предложенных Сторонами кандидатов и может:

- i) назначить кандидата,
 - (a) предложенного одной из Сторон;
 - (b) выбранного самим Составом арбитража;
 - ii) сформировать совместную экспертную комиссию из предложенных Сторонами кандидатов; или
 - iii) запросить предложение по приемлемой кандидатуре эксперта у нейтральной организации, такой как торговая палата или иное профессиональное объединение;
- б) после консультаций со Сторонами утвердить положение о полномочиях назначенного Составом арбитража эксперта;

- c. request the Parties to pay an advance on costs to cover the expert's work in equal proportion. If a Party refrains from advancing its share of the costs, this share shall be advanced by the other Party;
- d. request the Parties to provide the expert appointed by the Arbitral Tribunal with all information and documents he or she may require to perform his or her duties in connection with the expert examination;
- e. monitor the expert's work and keep the Parties informed about all communications between the Arbitral Tribunal and the expert.

6.3. At the request of a Party or on the Arbitral Tribunal's own initiative, the expert shall be made available for examination at the hearing.

6.4. The appointment of experts by the Arbitral Tribunal does not preclude a Party from submitting expert reports by experts appointed by that Party. At the request of any other Party or on the Arbitral Tribunal's own initiative, such Party-appointed expert shall be made available for examination during the hearing.

6.5. After consultation with the Parties, the Arbitral Tribunal may instruct the Party-appointed or the Arbitral Tribunal-appointed experts to establish a joint table of contents for their reports, covering the issues that they consider necessary to be reviewed. This table of contents does not imply that all experts consider the items in the table of contents relevant or will cover them.

6.6. All information submitted by the Parties for consideration by the Party-appointed or the Arbitral Tribunal-appointed experts shall be submitted in the same way to all experts.

6.7. After having heard the Parties, the Arbitral Tribunal may instruct the Party-appointed or the Arbitral Tribunal-appointed experts to have a conference and to issue a joint report in order to provide the Arbitral Tribunal with:

- a. a list of issues on which the experts agree;
- b. a list of issues on which the experts disagree; and
- c. reasons why the experts disagree.

Article 7. Iura Novit Curia

7.1. A Party bears the burden of proof with respect to the legal position on which it relies.

7.2. However, after having heard the Parties the Arbitral Tribunal may apply legal provisions not pleaded by the Parties if it finds it necessary, including, but not limited to public policy rules. In such cases, the Arbitral Tribunal shall seek the Parties' views on the legal provisions it intends to apply. The Arbitral Tribunal is entitled to rely on legal authorities even if not submitted by the Parties, provided they relate to legal provisions pleaded by the Parties or applied by the Arbitral Tribunal. However, the Arbitral Tribunal shall invite the Parties to provide their views in relation to such legal authorities.

Article 8. Hearing

8.1. To the extent appropriate for a particular case and possible under the *lex arbitri*, the Arbitral Tribunal and the Parties should seek to resolve the dispute on a documents-only basis.

8.2. If one of the Parties requests to hold a hearing or the Arbitral Tribunal itself finds it appropriate, the Parties and the Arbitral Tribunal shall seek to organise the hearing in the most cost-efficient manner possible, trying to reduce the duration of the hearing and to use video,

- с) потребовать от Сторон выплатить в равных долях аванс на расходы для покрытия стоимости работы эксперта. Если какая-либо Сторона отказывается внести свою долю аванса на оплату данных расходов, ее доля должна быть внесена другой Стороной;
- д) потребовать от Сторон предоставить назначенному Составом арбитража эксперту всю информацию и документы, которые ему или ей могут потребоваться для исполнения своих обязанностей в связи с проведением экспертизы;
- е) контролировать работу эксперта, информировать Стороны обо всех переговорах между Составом арбитража и экспертом.

6.3. По требованию Стороны или по инициативе Состава арбитража эксперт должен принять участие в слушании для допроса.

6.4. Назначение экспертов Составом арбитража не лишает Сторону права представить экспертное заключение от назначенного ею эксперта. По требованию другой Стороны или Состава арбитража такой эксперт должен принять участие в слушании для допроса.

6.5. После консультации со Сторонами, Состав арбитража может указать экспертам, назначенным Стороной (Сторонами) и Составом арбитража, согласовать совместное оглавление для их отчетов, охватывающее все вопросы, которые они считают необходимыми исследовать. Это оглавление не означает, что все эксперты полагают все указанные в оглавлении пункты релевантными или намереваются освещать их в своих отчетах.

6.6. Вся информация, предоставленная Сторонами для ознакомления экспертам, назначенным Сторонами или Составом арбитража, должна быть в том же виде предоставлена всем остальным экспертам.

6.7. Состав арбитража после консультаций со Сторонами может поручить назначенным Сторонами или Составом арбитража экспертам провести совещание и подготовить совместный отчет, чтобы представить Составу арбитража:

- а. список вопросов, по которым эксперты сходятся во мнении;
- б. список вопросов, по которым эксперты расходятся во мнении; и
- с. основания для расхождения мнений экспертов.

Статья 7. Принцип «суд знает закон»

7.1. По общему правилу, каждая Сторона несет бремя доказывания своей правовой позиции.

7.2. Однако, Состав арбитража может после заслушивания позиций Сторон применить нормы права, не заявленные Сторонами, если сочтет это необходимым, включая, но не ограничиваясь нормами публичного порядка. В таких случаях Состав арбитража должен испросить мнение Сторон относительно тех норм права, которые он намеревается применить. Состав арбитража вправе ссылаться на юридические источники, даже если они не были предоставлены Сторонами, если они относятся к правовым нормам, заявленным Сторонами или применяемым Составом арбитража. Однако Состав арбитража должен пригласить Стороны высказать свои комментарии в отношении таких юридических источников.

Статья 8. Слушание

8.1. Насколько это целесообразно для конкретного дела и возможно в соответствии с применимым *lex arbitri*, Состав арбитража и Стороны должны стремиться к разрешению спора только на основании письменных документов.

8.2. Если та или иная Сторона требует проведения слушания или если Состав арбитража по своей инициативе считает проведение слушания целесообразным, Стороны и Со-

electronic or telephone communication to avoid unnecessary travel costs for Arbitrators, Parties and other participants.

Article 9. Assistance in Amicable Settlement

9.1 Unless one of the Parties objects, the Arbitral Tribunal shall assist the Parties in reaching an amicable settlement of the dispute at any stage of the proceedings.

9.2 To the extent permissible under the *lex arbitri*, the Arbitral Tribunal may, upon obtaining consent from all of the Parties, express its preliminary views with regard to the Parties' respective positions in order to assist in an amicable settlement of the dispute. The expression of such preliminary views shall not be considered as a pre-judgment or by itself constitute a ground for disqualification of any member of the Arbitral Tribunal.

9.3 To the extent permissible under the *lex arbitri* and upon the written consent of all Parties, the Arbitral Tribunal or any of its members may also act as a mediator.

9.4 If the mediation does not result in a settlement within an agreed period of time the Arbitral Tribunal or its member(s) involved in mediation:

- a. may continue to act as an arbitrator in the arbitration proceedings after obtaining a written consent from all Parties upon the end of the mediation; or
- b. shall terminate their mandate in accordance with the applicable arbitration rules if such written consent is not obtained.

Article 10. Adverse Inference

If a Party breaches the Arbitral Tribunal' order or instruction without justifiable ground, the Arbitral Tribunal may draw, where appropriate, an adverse inference with regard to such Party's respective case or issue.

Article 11. Allocation of Costs

When deciding on the allocation of costs in an award, the Arbitral Tribunal may take into account the Parties' conduct during the arbitral proceedings, including their co-operation and assistance (or the lack thereof) in conducting the proceedings in a cost-efficient and expeditious manner.

Article 12. Award

The Arbitral Tribunal shall use its best efforts to issue an award as soon as possible.

To this end, the Arbitral Tribunal shall consult on the case before the hearing and hold first deliberations as soon as possible after the hearing and final ones after the post-hearing submissions, if there are any. In case of a documents-only arbitration, the Arbitral Tribunal shall hold deliberations as soon as possible after all documents have been submitted.

став арбитража должны стремиться организовать слушание как можно более эффективным с точки зрения затрат образом, стремясь сократить продолжительность слушания и использовать видео, электронную или телефонную связь для исключения ненужных затрат на командировки Арбитров, Сторон и иных участников процесса.

Статья 9. Помощь в мирном урегулировании спора

9.1 На всех этапах разбирательства Состав арбитража должен содействовать Сторонам в достижении ими мирного урегулирования спора, за исключением случаев, когда одна из Сторон против этого возражает.

9.2 Постольку, поскольку это допустимо с точки зрения применимого *lex arbitri*, Состав арбитража после получения согласия всех Сторон вправе выразить свое предварительное мнение относительно соответствующих позиций Сторон, чтобы помочь им в достижении мирного урегулирования спора. Выражение такого предварительного мнения не должно считаться предрешением спора и не может служить основанием для отвода какого-либо члена Состава арбитража.

9.3 Постольку, поскольку это допустимо с точки зрения применимого *lex arbitri* и после получения письменного согласия всех Сторон, Состав арбитража (или любой его член) вправе выступить в качестве медиатора.

9.4 Если медиация не приводит к заключению мирового соглашения в согласованный срок, Состав арбитража или его член(ы), вовлеченный(-е) в медиацию:

- a) может(-гут) продолжить выступать в качестве арбитра в рамках арбитражного разбирательства после получения письменного согласия всех Сторон после окончания процедуры медиации; или
- b) должен(-ны) прекратить свои полномочия в соответствии с применимым арбитражным регламентом, если такое письменное согласие от всех Сторон не было получено.

Статья 10. Вывод, противоположный позиции стороны

Если одна из Сторон нарушает указания Состава арбитража без уважительной причины, Состав арбитража вправе, когда это целесообразно, сделать вывод, противоположный соответствующей позиции этой Стороны по делу в целом или по определенному вопросу.

Статья 11. Распределение расходов

При разрешении вопроса о распределении расходов в арбитражном решении Состав арбитража также может принимать во внимание поведение Сторон в ходе арбитражного разбирательства, включая любое содействие и помощь (или отсутствие таковых) в проведении разбирательства рациональным с точки зрения расходов и временных затрат способом.

Статья 12. Решение

Состав арбитража должен стремиться к вынесению арбитражного решения в максимально короткие сроки.

Для этого Состав арбитража должен обсудить между собой дело до проведения слушаний, а также провести первое совещание как можно скорее после проведения слушаний, а также провести окончательное совещание после получения объяснений Сторон по результатам слушания (если применимо). Если дело разрешается исключительно на основании письменных документов, Состав арбитража должен провести совещание как можно скорее после представления в материалы дела всех документов.

Members of the Working Group

Akinci Ziya (Turkey)
Alexiev Assen (Bulgaria)
Anischenko Alexey (Belarus)
Antal Jozsef (Romania)
Audzevičius Ramūnas (Lithuania)
Belohlavek Alexander (Czech Republic)
Berger Klaus Peter (Germany)
Böckenförde David (Germany)
Bühler Michael W. (France)
Doudko Artem (Russia, United Kingdom)
Dubovsky Miroslav (Czech Republic)
Florescu Cristina (Romania)
Gabriel Simon (Switzerland)
Galič Aleš (Slovenia)
Gessel Beata (Poland)
Grigoryan Sargis (Armenia)
Habegger Philipp (Switzerland)
Haugen Ola (Norway)
Henriques Duarte (Portugal)
Kalinin Mikhail (Russia)
Khrapoutski Alexander (Belarus)
Khvalei Vladimir (Russia)
Korobeinikov Alexander (Kazakhstan)
Kujansuu Leena (Finland)
Karimov Gunduz (Azerbaijan)
Lazimi Fatos (Albania)
Liebscher Christoph (Austria)
Muniz Joaquim (Brazil)
Nodia Lasha (Georgia)
Panov Andrey (Russia)
Pavić Vladimir (Serbia)
Perepelynska Olena (Ukraine)
Persson Carl (Sweden)
Prekop Roman (Czech Republic)
Pickrahn Guenter (Germany)
Pohla Asko (Estonia)
Rajoo Sundra (Malaysia)
Rosell Jose (France)
Sabirov Nurbek (Kyrgyzstan)
Shalbanova Anna (Belarus)
Tetley Andrew (UK)
Trittmann Rolf (Germany)
Udris Ziedonis (Latvia)
Vail Tomas (UK)
Zukova Galina (France)
Zykov Roman (Russia)

Члены Рабочей группы

Акинчи Зия (Турция)
Алексиев Ассен (Болгария)
Анищенко Алексей (Беларусь)
Анталь Йожеф (Румыния)
Аудзевичус Рамунас (Литва)
Белоглавок Александр (Чешская Республика)
Бергер, Клаус Петер (Германия)
Бёкенфёрде Дэвид (Германия)
Бюлер Микаэль В. (Франция)
Дудко Артем (Россия, Соединенное Королевство)
Дубовский Мирослав (Чешская Республика)
Флореску Кристина (Румыния)
Габриэль Симон (Швейцария)
Галич Алеш (Словения)
Гессель Беата (Польша)
Григорян Саргиз (Армения)
Хабеггер Филипп (Швейцария)
Ола Хауген (Норвегия)
Энрикеш Дуарте (Португалия)
Калинин Михаил (Россия)
Храпуцкий Александр (Беларусь)
Хвалец Владимир (Россия)
Коробейников Александр (Казахстан)
Куянсуу Лена (Финляндия)
Каримов Гондуз (Азербайджан)
Фатош Ласими (Албания)
Либшер Кристоф (Австрия)
Муниз Хоаким (Бразилия)
Нодия Лаша (Грузия)
Панов Андрей (Россия)
Павич Владимир (Сербия)
Перепелинская Олена (Украина)
Перссон Карл (Швеция)
Прекоп Роман (Чешская Республика)
Пикран Понтер (Германия)
Похла Аско (Эстония)
Раджу Сундра (Малайзия)
Розель Хосе (Франция)
Сабилов Нурбек (Кыргызстан)
Шалбанова Анна (Беларусь)
Тетли Эндрю (Соединенное Королевство)
Триттман Рольф (Германия)
Удрис Зиедонис (Латвия)
Вайль Томас (Соединенное Королевство)
Жукова Галина (Франция)
Зыков Роман (Россия)

Ниже представлены результаты исследования, проведенного в 2018 г. под эгидой Арбитражной ассоциации (РАА) в рамках разработки Пражских правил.

Published below are the results of the research conducted in 2018 under the auspices of the Arbitration Association (RAA) during drafting the Prague Rules.

Results of the Survey on Inquisitorial Practice of the Taking of Evidence in Arbitration

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.108>

Introduction

The legal systems of the majority of countries in the world are based either on a continental or common system. The terms “inquisitorial” and “adversarial” are conventionally used to define the main principles in the proceedings. One of the main differences between the two systems is the role of the judge in the trial process. In particular, in the classic inquisitorial model, the judge is actively involved in the investigation of the facts and applicable legal provisions. In the classic adversarial process, the duty of the judge rests with providing the parties with equal and reasonable opportunity to present their cases, while the duty to provide the court with evidence and applicable rules of law is left to the parties.

Generally, arbitration laws give the parties a right to agree on the procedure for conducting arbitration and the taking of evidence. In the event the parties fail to do so (which is often the case), the tribunal has a broad discretion in determining the rules of procedure.

The study of 14 sets of rules (institutional rules of leading Western, Central, and Eastern European arbitration institutions) proves that rules usually avoid providing instructions to arbitrators on conducting the arbitration process, leaving this decision to the tribunals.

Which model the tribunal chooses depends on the particular circumstances of the case, the legal background of the arbitrators and the parties.

With the aim to provide the parties and the arbitrators with broader choices of the applicable procedural rules, a working group was established for summarizing the procedural rules based primarily on the inquisitorial model, where the duty of the judge is to play a more active role in finding the facts and the law.

As a result of the survey of respondents from 30 countries, the most common features of the inquisitorial proceedings are summarized, which were then used as a basis for drafting the Inquisitorial Rules on the Taking of Evidence (the “Prague Rules”).

By adopting a more inquisitorial approach, the new rules will help to reduce time and costs of arbitrations and make the process more efficient.

*Coordinators of the Working Group
Alexander Khrapoutski, Andrey Panov, Vladimir Khvalei, Roman Zykov*

THE STUDY

1. Case Management Conference

In this section, the Respondents were asked about the conduct of the Case Management Conference (the “CMC”) in their relevant jurisdiction.

As follows from the answers, there is no common approach among the Respondents. Most of the time the CMC takes place after an exchange of first written submissions.

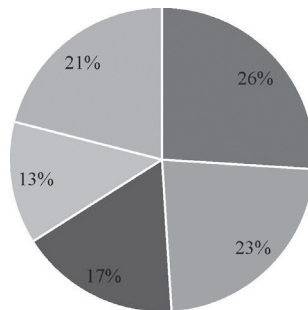
26% of the Respondents admitted that the CMC is conducted almost every time. While 23% of the Respondents noted that it is conducted only in large transnational disputes.

13% of the Respondents answered that the CMC is conducted in any large dispute, 21% of the Respondents provided other answers, while 17% admitted that the CMC is never conducted in their jurisdiction.

Based on the provided comments, the conduct of the CMC depends on the chosen procedural rules. For example, under the influence of the ICC Rules of Arbitration the conduct of the CMC is becoming more popular in France. When neither local arbitration rules nor procedural tradition of local state courts prescribes the conduct of the CMC, it is never used or used only in large transnational disputes.

There is also a certain tendency to include provisions stipulating the conduct of the CMC in arbitration rules of arbitral institutions during their revision, even when the CMC was not widely used before.

Chart 1. The Use of the CMC



26% – Almost everytime

23% – In large cross-border disputes

17% – Never

13% – For any large disputes

21% – Other

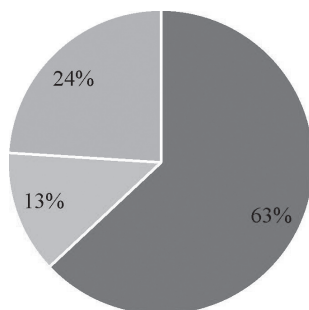
The majority of the Respondents mentioned that the CMC is held primarily with the purpose to establish and agree on the procedure for the conduct of arbitration, including negotiation of the procedural timetable (63% of the Respondents).

13% of the Respondents indicated that the CMC is sometimes used to determine the issues to be decided by the tribunal. The rest of the Respondents provided other answers.

In relation to a time point when the CMC is conducted, the majority of the Respondents (73%) specified that it takes place after the parties have exchanged their first submissions (eg, request for arbitration and answer).

Sometimes the CMC is held before hearings on the merits of the case (16%), with the purpose, for example, to discuss a potential amicable settlement.

Chart 2. Purposes of the CMC

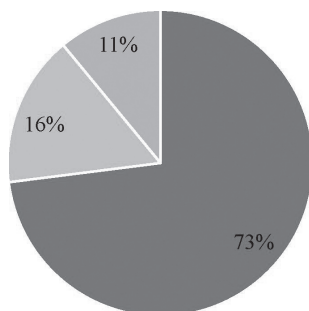


63% – Coordination of the procedural schedule

13% – Determination of disputable issues

24% – Other

Chart 3. The stage for the CMC



73% – After exchange of original documents

16% – Before hearing on merits

11% – Other

2. Arbitral Tribunal's Duty to Establish Facts and Applicable Law

In this part of the Questionnaire the Respondents were asked about powers that the tribunal has to establish facts of the case and content of applicable law.

The majority of the Respondents noted that the tribunal has no obligation to establish facts of the dispute, but has the right to play an active role in establishing the facts.

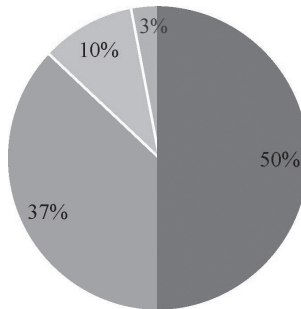
With respect to applicable law, a strong majority of the Respondents admitted that the tribunal either has an obligation or the right to play an active role in establishing the content of applicable law.

The majority of the Respondents noted that the tribunal has no obligation to establish facts of the dispute.

50% of the Respondents pointed out that the tribunal only has a right to play an active role in fact finding. 37% of the Respondents answered that it is parties' obligation to establish facts.

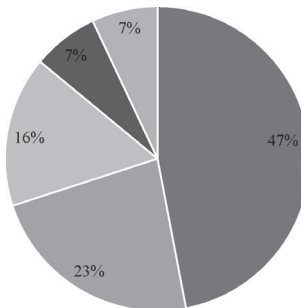
That said, many Respondents mentioned that in fact the tribunal often plays an active role in the process with the purpose of fact finding.

Chart 4. Tribunal's obligation to establish facts



- 50% – Tribunal's right
- 37% – Parties' obligation
- 10% – Provided in arbitration rules
- 3% – Provided by law

Chart 5. Tribunal's obligation to establish the content of applicable law



- 47% – Lex arbitri metter
- 23% – Tribunal's right
- 16% – If in applicable rules
- 7% – Parties establish applicable law
- 7% – Other

With respect to the establishment of applicable law content, in total, 70% of the Respondents pointed out that the tribunal either has an obligation or a right to play an active role in the establishment of applicable law content.

16% of the Respondents noted that such obligation may be provided by relevant arbitration rules.

Only 7% mentioned that this is the parties' obligation, and the remaining 7% of the Respondents provided other comments.

On the question of whether arbitrators guide the parties on their respective burdens of proof, 33% of the Respondents replied no. A few Respondents noted that the tribunal may comment on this issue, but only upon the request of the parties.

3. Document Production

The absolute majority of the Respondents (93%) confirmed that the party can request the production of documents from the opposing party.

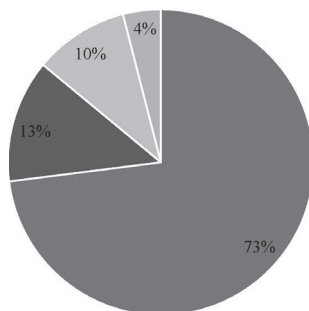
The request should relate to specific documents, which are possible to identify.

In most cases the Respondents indicated that usually the tribunal also has the power to order production of documents; however, it is rarely used. Two most popular objections to the request for document production are the absence of documents from the possession of the requested party and professional or other secrecy.

On the question of whether the tribunal can request the production of documents on its own initiative, only 10% of the Respondents answered that the tribunal not only has a right to order document production, but also usually does so in relation to the documents it believes to be relevant and material to the outcome of the case.

The vast majority of the Respondents, namely 73%, noted that the tribunal rarely uses this right. While 13% of the Respondents mentioned that the tribunal cannot request the production of documents on its own initiative.

Chart 6. Tribunal's power to order documents production



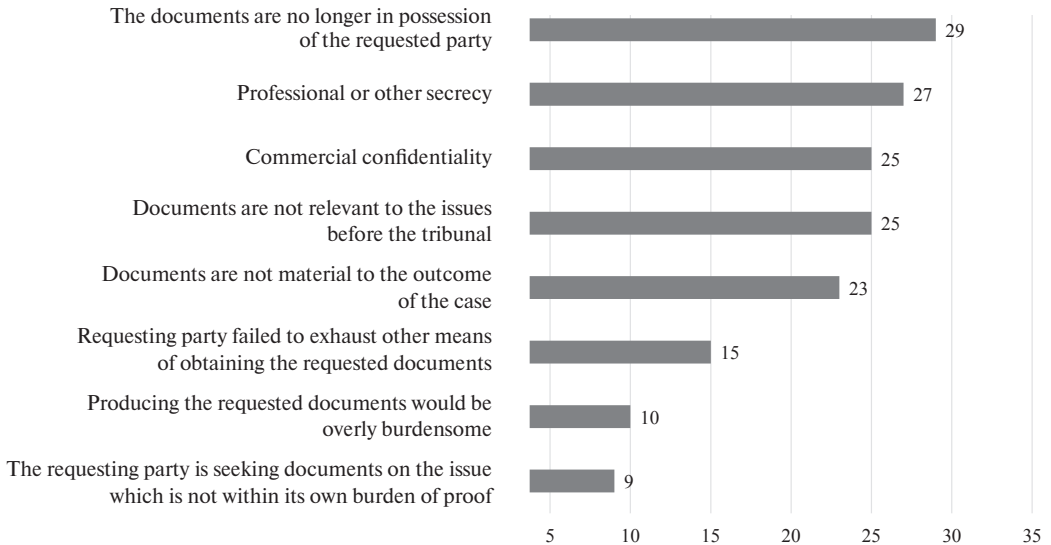
73% – Rarely used

13% – Cannot request on its own motion

10% – Usually requests

4% – Other

What are the grounds for objections to request document production? (Multiple options were possible)

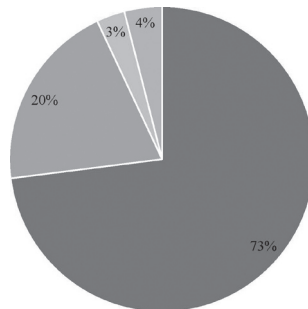


On the question of how narrow the documents should be determined in the request, the majority of the Respondents (73%) noted that the request should be for a specific document and should provide sufficient details to allow identification of such a document.

In some jurisdictions (20% of the Respondents) it is admissible to request a narrow and specific category of documents.

3% of the Respondents noted that the request should be for a specific document, identifying the document by reference to the author and the addressee, date, reference number and other unique characteristics. And the remaining 3% of the Respondents provided another answer.

Chart 7. The scope of request for documents production



- 73% – Identifiable documents
- 20% – Specific and certain category
- 3% – Only if indicate details
- 4% – Other

4. Witnesses of Facts

Despite the common opinion that witnesses of facts are rarely used in commercial disputes in the continental legal tradition, only 3% of the Respondents indicated that witnesses are never used.

In addition to that, 17% of the Respondents noted that witnesses are used in arbitration proceedings, but this happens only in exceptional cases.

At the same time, the parties are free to call the witnesses of their choice (57% of the Respondents).

In the vast majority of jurisdictions (93% of Respondents), there are no restrictions as to who can act as a witness.

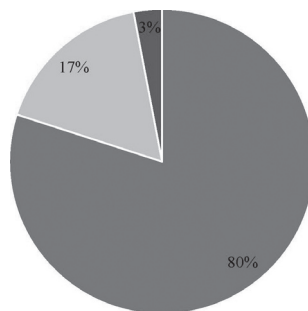
It is difficult to single out the prevailing practice of presenting testimony. 30% of the Respondents noted that witnesses usually present written witness statements.

It is also common that witnesses are examined either orally at a hearing (20% of Respondents) or the party is expected to explain which topics will be addressed by the witness (20% Respondents).

As follows from Chart 8, the majority of the Respondents (80%) noted that witnesses of facts are used in arbitration proceedings in their jurisdictions.

17% of the Respondents noted that witnesses of facts are used only in exceptional cases and only 3% of the Respondents answered that witnesses of facts are never used.

Chart 8. The use of facts witnesses



80% – Yes

17% – In exceptional cases

3% – Never

57% of the Respondents noted that the parties in their jurisdictions are free to call the witnesses of their choice.

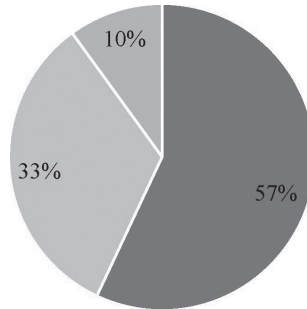
Nevertheless, it is also good practice when the party identifies the witness and the issues he or she would be able to cover, and the tribunal will determine (at its discretion) whether to call this witness (33% of the Respondents).

The majority of the Respondents (53%) noted that the examination of witnesses is conducted primarily by the parties, but the tribunal may interfere at any point.

33% of the Respondents answered that examination is primarily conducted by the tribunal, followed by questions of parties' counsels.

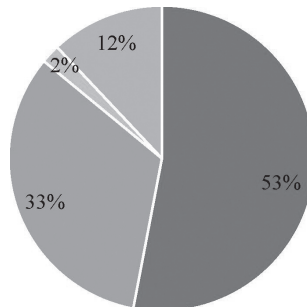
Only 2% of the Respondents noted that the examination of witnesses is conducted exclusively by the tribunal.

Chart 9. The scope of parties' freedom to identify the witnesses they will be summoning



- 57% – Parties independently invite witnesses
- 33% – Witnesses interview on approved issues
- 10% – Other

Chart 10. The conduct of witnesses examination

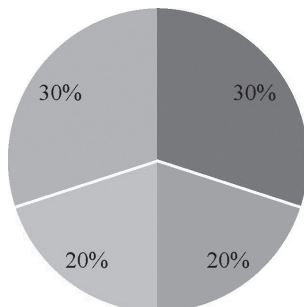


- 53% – Parties examine
- 33% – Primarily tribunal's examination
- 2% – Only tribunal examine
- 12% – Other

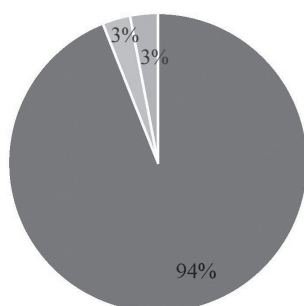
30% of the Respondents noted that detailed written witness statements would usually be used in lieu of examination in chief.

However, it is also common that witnesses are examined either orally at a hearing (20% of Respondents) or the party is expected to explain which topics will be addressed by the witness (20% Respondents).

However, 30% of the Respondents provided their own answers.

Chart 11. The use of written witness statements

- 30% – Written statements
- 20% – Party describes the content of testimony
- 20% – Only orally
- 30% – Other

Chart 12. Who can act as a witness of fact

- 94% – No restrictions
- 3% – Only independent persons
- 3% – Other

5. Use of Experts Summary

60% of the Respondents noted that it is usual to use party-appointed experts.

According to 33% of the Respondents, if the expert is needed, it would usually be appointed by the tribunal and sometimes (13% of Respondents) the tribunal appoints its own expert in addition to the party-appointed experts.

In 42% of cases the tribunal would usually identify potential candidates and ask for the parties' views on each of them.

39% of the Respondents noted that the tribunal will produce the initial draft of the terms of reference and provide it for the parties' comments.

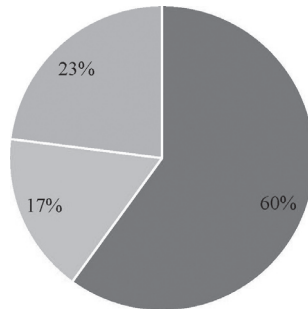
In 56% of cases the examination of an expert is conducted primarily by the parties, but the tribunal may interfere at any point.

In 50% of cases the expert can request relevant information from the parties directly or through the arbitral tribunal.

60% of the Respondents noted that it is common to use party- appointed experts in arbitration and usually each party would appoint its own expert.

17% of the Respondents mentioned that it is not common in their jurisdiction to use party- appointed expert. While 23% of the Respondents provided their own answers.

Chart 13. The use of party-appointed experts



60% – By parties

17% – Not by parties

23% – Other

30% of the Respondents stated that if the expert is needed, he or she would usually be appointed by the tribunal.

The same amount of the Respondents (30%) admitted that the tribunals would usually not appoint their own experts.

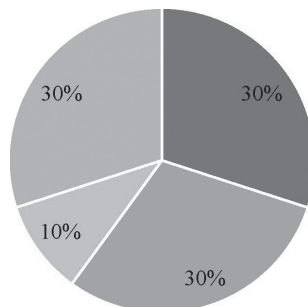
10% of the Respondents noted that the tribunal would usually appoint its own expert in addition to the party-appointed experts.

In 42% of jurisdictions that is usual practice that the tribunal would identify potential candidates and ask for the parties' views on each of them.

However, in 33% of cases the tribunal would usually ask the parties to come up with the list of potential experts.

And only 11% of the Respondents stated that the tribunal would usually determine the relevant expert unilaterally and inform the parties of its choice.

Chart 14. Tribunal-appointed expert



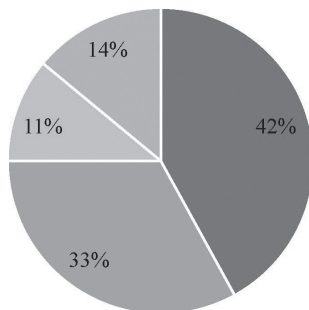
30% – Tribunal's expert participate

30% – Tribunal does not appoint expert

10% – Tribunal appoints additional expert

30% – Other

Chart 15. Determination of expert



42% – Tribunal consults with parties

33% – Tribunal selects from parties' list

11% – Tribunal chooses

14% – Other

In case of tribunal-appointed experts, 39% of the Respondents stated that the tribunal will produce the initial draft of the terms of reference and provide it for the parties' comments.

In 30% of cases the parties are invited to produce an initial draft of the terms of reference.

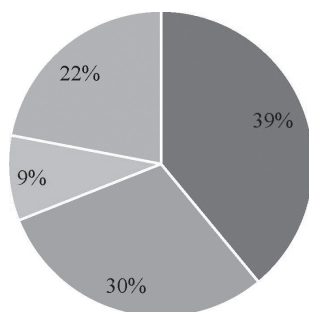
And 9% of the Respondents noted that the tribunal will unilaterally draft the terms of reference for the tribunal-appointed expert.

In 50% of cases the expert can request relevant information from the parties directly or through the arbitral tribunal.

17% of the Respondents noted that the parties will voluntarily grant access to all information needed to the expert.

And 11% of the Respondents admitted that the expert is restricted with information submitted by the parties to the case file.

Chart 16. Drafting terms of reference for tribunal-appointed expert

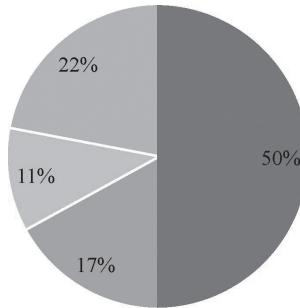


39% – Parties actively participate

30% – Parties prepare first draft

9% – Tribunal without parties

22% – Other

Chart 17. Access of the tribunal-appointed expert to the documents and information

50% – Expert may request

17% – Parties willingly disclose

11% – Expert limited to case file

22 % – Other

6. Hearings

The survey showed that oral hearings are common in arbitration proceedings in countries with a continental legal system.

At the same time, the majority of the Respondents (60%) indicated that hearings are primarily conducted to examine experts and witnesses.

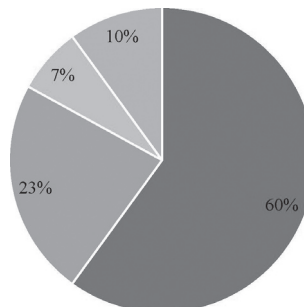
23% of the survey participants noted that the hearings are conducted only in isolated instances.

At the same time, according to the Respondents' comments, in a number of countries hearings are held for the parties to present their case irrespective of whether witnesses or experts are involved (for example: Belarus, Hungary, Georgia, Egypt, Kazakhstan, Lithuania, Russia, Ukraine, Estonia).

The predominant part of the Respondents (60%) admitted that in their jurisdictions evidentiary hearings are usually conducted to examine experts and witnesses.

23% of the respondents stated that the evidentiary hearings are conducted in isolated cases to examine witnesses and experts.

And only 7% of the Respondents expressly stated that hearings in their jurisdictions are only used to allow parties' counsel to address the tribunal on the issues of law.

Chart 18. The conduct of hearings

- 60% – For interrogation of witnesses and experts
- 23% – Only if interrogation is necessary
- 7% – Only parties' representatives
- 10% – Other

7. Settlement Facilitation

Respondents were also asked to answer several questions regarding the assistance of the tribunal in facilitating the settlement of the dispute.

47% of the Respondents answered that the tribunal does not assist the parties in settling the dispute.

When the assistance of the tribunal is common in the relevant jurisdiction, in most cases it is provided to the parties before or during the hearing (23%), less often after the first exchange of procedural documents (13%).

On the question of whether the tribunal can announce its interim opinion on the dispute to the parties to encourage settlement, the majority of the Respondents answered no (50%).

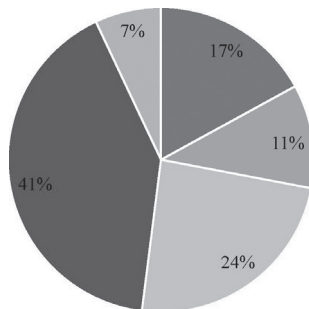
41% of the Respondents answered that the tribunals usually do not attempt to facilitate settlement of the dispute.

24% of the Respondents noted that the tribunal is obligated to do so by *lex arbitri*.

In 17% of cases settlement facilitation of the dispute by the tribunal is usual practice in that jurisdiction.

According to 11% of the Respondents, the tribunal will try to facilitate settlement of the dispute, but only upon specific request by the parties. And 7% of the Respondents provided other answers.

Chart 19. Tribunal's facilitation of settlement



- 17% – Usual practice
- 11% – If parties requested
- 24% – Legal obligation to assist in conciliation
- 41% – No
- 7% – Other

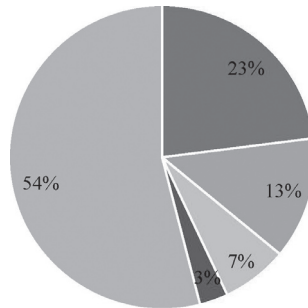
Answering the question of at what stage the tribunals usually seek to facilitate settlement, the majority of the Respondents (54%) preferred to give their own answers in the comments.

However, in those cases where settlement facilitation by the tribunal is relevant, 23% of the Respondents noted that it is conducted prior to the merits hearing, 13% of the Respondents – after the exchange of the statement of claim and statement of defence, 7% of the Respondents – right after the merits hearing, and 3% – after the exchange of the request for arbitration and answer to the request.

50% of the Respondents answered that the tribunal could not share with the parties its initial views on their respective positions to facilitate settlement. 23% of the Respondents admitted that the tribunal may do so, but only when both parties so consented.

Only 7% of the Respondents responded completely positively to this question.

Chart 20. The stage for settlement negotiation



23% – Before hearing

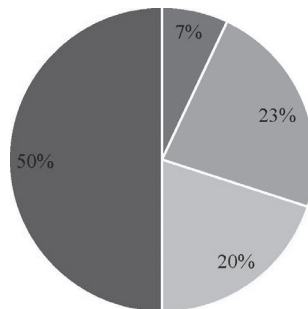
13% – After exchange of claim and defence

7% – After hearing

3% – After exchange of request and response

54% – Other

Chart 21. Announcement of tribunal's preliminary opinion to the parties



7% – Yes

23% – Only with parties' consent

20% – Theoretically possible

50% – No

Annex 1. The List of Charts

Chart 1. The use of the CMC

Chart 2. Purposes of the CMC

Chart 3. The stage for the CMC

Chart 4. Tribunal's obligation to establish facts

Chart 5. Tribunal's obligation to establish the content of applicable law

Chart 6. Tribunal's power to order document production

- Chart 7. The scope of the request for document production
- Chart 8. The use of facts witnesses
- Chart 9. The scope of the parties' freedom to identify the witnesses they will be summoning
- Chart 10. The conduct of witnesses' examination
- Chart 11. The use of written witness statements
- Chart 12. Who can act as a witness of fact?
- Chart 13. The use of party-appointed experts
- Chart 14. Tribunal-appointed experts
- Chart 15. Determination of experts
- Chart 16. Drafting terms of reference for tribunal-appointed experts
- Chart 17. Access of the tribunal-appointed expert to the documents and information
- Chart 18. The conduct of hearings
- Chart 19. Tribunal's facilitation of settlement
- Chart 20. The stage for settlement negotiation
- Chart 21. Announcement of tribunal's preliminary opinion to the parties

Annex 2. Respondents to the Questionnaire

- Albania – Lazimi Fatos
- Argentina – Christian Albanesi
- Armenia – Sargis Grigoryan
- Austria – Christoph Liebscher
- Azerbaijan – Gunduz Karimov
- Belarus – Alexandre Khrapoutski
- Brazil – José Emilio Nunes Pinto
- Bulgaria – Assen Alexiev
- Egypt – Mohamed Abdel Wahab
- Estonia – Asko Pohla
- Finland – Leena Kujansuu
- France – Christian Albanesi
- Georgia – Lasha Nodia
- Germany – Klaus Peter Berger
- Kazakhstan – Alexander Korobeinikov
- Kyrgyzstan – Nurbek Sabirov
- Latvia – Ziedonis Udriš
- Lithuania – Ramūnas Audzevičius
- Norway – Ola Haugen
- Poland – Beata Gessel
- Portugal – Duarte Henriques
- Russia – Andrey Panov
- Serbia – Vladimir Pavić
- Slovakia – Roman Prekop
- Slovenia – Aleš Galič
- Sweden – Carl Persson
- Switzerland – Philipp Habegger
- Turkey – Ziya Akinci
- Ukraine – Olena Perepelinska
- Hungary – Jozsef Antal

В.Ж. Шайкенов,

магистр юриспруденции,
партнер и глава практики по разрешению
споров юридической фирмы «AEQUITAS»
(г. Алматы, Республика Казахстан),

А.Т. Идаятова,

бакалавр юриспруденции,
старший юрист практики по разрешению
споров юридической фирмы «AEQUITAS»
(г. Алматы, Республика Казахстан)

Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

В настоящей статье формулируется коллизионная проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства. Авторам представляется, что в первую очередь необходимо ответить на вопрос, правопорядки каких стран должны регулировать арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение. Только после этого возможно установить, какие нормы казахстанского законодательства, в частности Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже» и ГПК Республики Казахстан, могут быть применимы к анализируемым отношениям. В статье предлагаются возможные решения коллизионных проблем, а также рассматриваются частные примеры того, как разрешенная коллизионная проблема позволяет установить возможность применения той или иной нормы казахстанского законодательства об арбитраже к отношениям, вытекающим из арбитражного спора.

Ключевые слова: арбитраж; коллизионное право; применимое право; арбитражное соглашение; место арбитражного разбирательства.

Библиографическое описание: Шайкенов В.Ж., Идаятова А.Т. Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 123–133. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

Valikhan Zh. Shaikenov,

LL.M., Partner and Head of the Dispute Resolution Practice at AEQUITAS Law Firm (Almaty, Republic of Kazakhstan),

Ardak T. Idayatova,

LL.B., Senior Associate of the Dispute Resolution Practice at AEQUITAS Law Firm (Almaty, Republic of Kazakhstan)

The Choice of Law Governing Arbitration Procedure and Arbitration Agreement in the Context of Kazakh Legislation

In this article, the authors reflect the problem of selecting the law applicable to arbitration proceedings and arbitration agreements from the viewpoint of Kazakh legislation. The authors believe that one should firstly answer the question “Which countries’ laws and rules should regulate arbitration proceedings and arbitration agreements?” Once this question is answered, one may establish the norms of Kazakh legislation, specifically, those of the Law of the Republic of Kazakhstan No. 488-V dated 8 April 2016 “On Arbitration” and the Civil Procedure Code of the Republic of Kazakhstan which are applicable to the relations in question. The article proposes possible solutions to the problem of conflict of law and considers specific examples of situations where the solution to such conflicts allows the application of certain norms of Kazakh arbitration legislation to the relationships arising out of an arbitration dispute.

Keywords: arbitration; conflict of laws; governing law; arbitration agreement; seat of arbitration.

Recommended citation: Valikhan Zh. Shaikenov & Ardak T. Idayatova, *Problema vybora prava, primenimogo k arbitrazhnomu razbiratel'stvu i arbitrazhnomu soglasheniyu, s tochki zreniya kazakhstanskogo zakonodatel'stva* [The Choice of Law Governing Arbitration Procedure and Arbitration Agreement in the Context of Kazakh Legislation], 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 123. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123>

Проблемы судебной практики¹ и законодательного регулирования² существенно осложняют арбитражное разбирательство в Республике Казахстане (далее – РК). Поэтому, если

¹ См., например: Сулейменов М.К. Как судья по своему разумению законы трактовала (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33710017#pos=1;-263); Он же. Судейский беспредел продолжается (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34997409#pos=1;-154); Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан (8 августа 2016 года) (http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34233934).

² См., например: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования (http://www.zakon.kz/4842020-aktualnye-problemy-praktiki-primeneniya.html?_utl_t=fb); Они же. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже (<http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html>); Калдыбаев А.К. Ожидаемые неблагоприятные последствия нового закона «Об арбитраже» и пути их преодоления (<https://www.zakon.kz/4799693-ozhidaemye-neblagopriyatnye-posledstviya-novogo-zakona-Ob-arbitraze.html>).

позволяют обстоятельства, стороны предпочитают разрешать споры в странах, дружественных по отношению к арбитражу³.

Выбор места арбитражного разбирательства вовсе не логистический. В государствах, поощряющих развитие арбитража, суды⁴ и законодательство⁵, как правило, расценивают выбор места арбитражного разбирательства как выбор права, применимого к арбитражному разбирательству (хотя, конечно, право, применимое к арбитражному разбирательству, не всегда должно совпадать с выбранным местом разбирательства⁶). Таким образом, выбор места арбитражного разбирательства в практике ряда стран имеет юридический смысл. Терминологически юридическое место арбитражного разбирательства (*seat of arbitration*) противопоставляется физическому месту арбитражных слушаний (*venue of arbitration*).

Выбор места арбитражного разбирательства в этих странах означает решение *коллизии* вопроса о применимом к арбитражному разбирательству праве. Самостоятельно должен решаться вопрос о выборе права, применимого к арбитражному соглашению⁷.

1. Постановка коллизии вопроса

Выбирая место арбитражного разбирательства за рубежом, стороны стремятся исключить применение к последнему казахстанского права. Кроме того, они часто предполагают, что выбор, скажем, г. Лондона в качестве места арбитражного разбирательства означает, что и арбитражная оговорка будет регулироваться правом Англии.

Хотя это и очевидно с точки зрения английского права, правильность такого предположения однозначно не следует из казахстанского законодательства — ни из Закона РК от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже»⁸ (далее — Закон об арбитраже), ни из ГК РК⁹, ни из ГПК РК¹⁰.

Внутренние противоречия казахстанского законодательства, разноречивая судебная практика и существенные отклонения от сложившихся в развитом мире общепринятых

³ По результатам опроса, проведенного в 2015 г. Школой международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета совместно с юридической фирмой «White & Case» (2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf). P. 12), среди наиболее популярных мест рассмотрения арбитражных споров Лондон, Париж, Гонконг, Сингапур, Женева, Нью-Йорк и Стокгольм.

⁴ «The choice of the applicable procedural law normally results from the selection of the place (the seat) of the arbitration» (*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Decision of the Supreme Court of Sweden, Case No. Ö 2301-09, ¶ 2 (12 November 2010) (<https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=952269&propId=1578>)).

⁵ См., например, ст. 3 английского Закона об арбитраже 1996 г. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/3>), ст. 47 шведского Закона об арбитраже 1999 г. (<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>).

⁶ *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). Kluwer Law International, 1999. P. 635 (para. 1178).

⁷ *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Op. cit. P. 221 (para. 424).

⁸ https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35110250#pos=3;-274

⁹ Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-І (Особенная часть) (https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#pos=5;-274).

¹⁰ Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» (https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053).

стандартов коммерческого арбитража могут привести к тому, что сделанный сторонами выбор места арбитража за рубежом может в глазах казахстанского суда не означать выбора иностранного права в качестве применимого к иностранному разбирательству. Это, в свою очередь, делает возможным применение судом казахстанского права к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению.

В качестве самостоятельного последствия может оказаться затруднительным или вовсе невозможным исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного в противоречии с требованиями казахстанского законодательства об арбитраже (хотя сторонам казалось, что казахстанское законодательство не должно применяться к их арбитражному спору, арбитражной оговорке и вынесенному решению).

В Преамбуле Закона об арбитраже определяется сфера его действия в пространстве. В то время как эта норма позволяет исключить применение данного конкретного Закона в определенных случаях (о чем будет сказано далее), она не решает первичного — *коллизийного* — вопроса, а именно вопроса о выборе применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению права. Это приобретает особое значение в свете «попыток» ГПК РК регулировать некоторые отношения, вытекающие из арбитражного соглашения (о чем тоже будет сказано далее).

Согласно Преамбуле Закона об арбитраже, он «регулирует общественные отношения, возникающие *в процессе деятельности арбитража на территории Республики Казахстан*, а также порядок и условия признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений» (курсив наш. — *В.Ш., А.И.*).

При этом под «арбитражем» понимается «арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж» (п. 3 ст. 2 Закона об арбитраже). О концептуальной ошибке в определении понятия «арбитраж» уже говорилось в литературе¹¹. В результате такой ошибки термин «арбитраж» вместо метода урегулирования спора, самой процедуры его рассмотрения связывается сразу с двумя функционально разными понятиями: (i) арбитражным учреждением, в функции которого должно входить только содействие в администрировании спора; (ii) арбитражным трибуналом, рассматривающим спор.

Таким образом, буквальное прочтение Преамбулы Закона об арбитраже может предполагать два возможных толкования (без учета признания и приведения в исполнение в Казахстане арбитражных решений):

- 1) Закон об арбитраже применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного учреждения на территории Казахстана;
- 2) Закон об арбитраже применяется к отношениям, возникающим в процессе деятельности арбитражного трибунала на территории Казахстана.

Если придерживаться второго толкования, основываясь на ошибке, допущенной в определении понятия «арбитраж», то при отсутствии доктринального толкования существующая формулировка может означать применение Закона об арбитраже к работе арбитражного трибунала, физически заседающего в Казахстане.

Проблема, однако, глубже — глубже, чем просто решение вопроса о применимости или неприменимости к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению Закона об арбитраже¹². Она носит коллизийный характер и заключается в применимо-

¹¹ См., например: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования.

¹² Тукулов Б.А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: Внимание некоторым проблемным моментам (<https://www.zakon.kz/4795629-novyyj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>).

сти к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению *правопорядка конкретной страны в целом*.

Закон об арбитраже мог бы помочь в решении этой коллизионной проблемы, если бы указывал на то, что ссылка на место арбитражного разбирательства означает выбор страны, право которой применяется к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению. Однако не всегда коллизионный вопрос может и должен решаться в законе, регулирующем деятельность арбитража в соответствующей стране (хотя бы в силу того, что, как правило, закон об арбитраже применяется к арбитражным разбирательствам, имеющим место в соответствующей стране, т.е. его применение является следствием уже сделанного коллизионного выбора).

Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ¹³, приведение в соответствие с которым декларировалось в качестве одной из задач принятия Закона об арбитраже¹⁴, тоже не решает коллизионный вопрос, а только вопрос применения к арбитражному разбирательству отдельно взятого закона.

В ст. 1(2) «Сфера применения» Типового закона ЮНСИТРАЛ сказано, что национальный закон об арбитраже должен применяться только в том случае, «если *место* арбитража находится в данном государстве» (курсив наш. — *В.Ш., А.И.*) (за исключением ряда положений, применимых к иностранному арбитражу в части принятия обеспечительных мер, исполнения иностранных арбитражных решений и др.). При этом ст. 20(1) Типового закона так и не дает ответа на коллизионный вопрос о применимом к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению праве, лишь устанавливая, что «[с]тороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон»¹⁵.

2. Решение коллизионного вопроса в дружественных по отношению к арбитражу странах

Большинство государств — участников Нью-Йоркской конвенции¹⁶ относятся к выбору места арбитража как к правовой концепции (а не просто географическому выбору места слушаний). Суть данной концепции сводится к тому, что стороны, избирая место проведения арбитража и указывая его в арбитражной оговорке, тем самым договаривают-

¹³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. Вена: ООН, 2008 (доступно в Интернете по адресу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf).

¹⁴ См.: Концепция проекта Закона Республики Казахстан «О коммерческом арбитраже» от 13 ноября 2014 г. исх. № 8-3-340 (http://www.adilet.gov.kz/sites/default/files/konceptciya_osn_arbitrazh_6.11.14.doc).

¹⁵ Из пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ видно, что разработчики не ставили перед собой задачу рекомендовать какой-либо конкретный способ разрешения коллизионного вопроса, предполагая, что каждый суверен решает этот вопрос по-своему: «В большинстве правовых систем место арбитража используется как исключительный критерий для определения применимости национального права, и опыт показывает, что если национальные законы разрешают сторонам выбирать процессуальный закон не того государства, где происходит арбитражное разбирательство, то на практике стороны редко пользуются такой возможностью» (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. С. 26–27).

¹⁶ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция).

ся о *lex loci arbitri* – праве, применимом к арбитражному разбирательству. Если стороны указали в качестве места проведения арбитража г. Лондон, то к их арбитражному разбирательству – в соответствии с широко распространенным толкованием Нью-Йоркской конвенции – будет применен национальный Закон Англии об арбитраже.

Данный принцип изначально был сформулирован в Женевском протоколе¹⁷, в ст. 2 которого указывалось, что «[а]рбитражная процедура, включая формирование арбитражного суда, определяется волей сторон и *законом того государства, на территории которого арбитраж имеет место*» (курсив наш. – В.Ш., А.И.). Несмотря на все недостатки Женевского протокола¹⁸, впоследствии принятые Нью-Йоркская и Европейская¹⁹ конвенции уже не содержали столь ясно выраженного коллизионного правила выбора права, применимого к арбитражному разбирательству.

Тем не менее аналогичное правило государственных суды стран – участниц Нью-Йоркской конвенции вывели путем расширительного толкования из норм ст. V(1)(a) и (d) Нью-Йоркской конвенции, которые очевидно не предполагались для решения коллизионного вопроса²⁰:

«1. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в соглашении, указанном в статье 2, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, *а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено, или*

<...>

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, *не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж...*» (курсив наш. – В.Ш., А.И.).

Европейская конвенция, не вступая в противоречие с Нью-Йоркской конвенцией, в ст. VI(2) формулирует еще более четкое правило:

«При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам:

а) законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

¹⁷ Протокол об арбитражных оговорках (Женева, 24 сентября 1923 г.) (далее – Женевский протокол).

¹⁸ Совместно с Конвенцией об исполнении иностранных арбитражных решений (Женева, 26 сентября 1927 г.), утратившей силу в связи с принятием Нью-Йоркской конвенции.

¹⁹ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) (далее – Европейская конвенция).

²⁰ *Born G.B. International Arbitration: Law and Practice. 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. Para. 2.06; Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: МВШСЭН, 2013. С. 117 (доступно в Интернете по адресу: <http://arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/Karabelnikov%20Mezhdunarodny%20arbitrazh.pdf>).*

б) при отсутствии указаний на этот счет — *законом страны, в которой должно быть вынесено решение;*

с) при отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, — *законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело*

<...>» (курсив наш. — В.Ш., А.И.).

Некоторые суды выводили коллизионное правило *lex arbitri* из схожих норм, содержащихся в законах об арбитраже их стран, заимствованных из ст. 34(2)(a)(i) и 36(1)(a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ²¹.

3. Почему такое решение коллизионного вопроса неприемлемо в Казахстане

По этому пути могли бы пойти и казахстанские суды, если бы не следующие препятствия, вытекающие из Закона об арбитраже, ГПК РК и статуса Нью-Йоркской и Европейской конвенций.

Казахстан присоединился к Нью-Йоркской²² и Европейской²³ конвенциям указами Президента РК, не имеющими силы закона²⁴. Поэтому данные конвенции, хотя и являются частью действующего права РК, не имеют статуса ратифицированных международных договоров и, соответственно, не имеют приоритет перед законами РК²⁵.

В то же время подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК содержат нормы, регулирующие, как и ст. V Нью-Йоркской конвенции, основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Однако если Нью-Йоркская и Европейская конвенции в отсутствие выбора применимого к арбитражному соглашению права позволяют оценивать наличие и действительность арбитражного соглашения по праву страны, где было вынесено решение, то указанные нормы Закона об

²¹ *Born G.B. Op. cit. Para. 2.06.*

²² Указ Президента РК от 4 октября 1995 г. № 2485 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года».

²³ Указ Президента РК от 4 октября 1995 г. № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года».

²⁴ На момент принятия данных указов по причине отсутствия высшего представительного органа действовал Закон РК от 10 декабря 1993 г. № 2576-XII «О временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий», наделявший Президента РК правом принимать указы, имеющие силу закона, и в частности ратифицировать и денонсировать международные договоры. Некоторые казахстанские юристы высказывали мнение о том, что указы президента о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям следует толковать как имеющие силу закона, поскольку у Президента РК как представителя исполнительной ветви власти не было полномочий присоединять Республику к международным договорам. Нам этот вывод представляется ошибочным, поскольку Президент РК в силу Конституции РК 1995 г. (п. 11 ст. 44), а также Венской конвенции о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) (ст. 7(2)(a)) имел полномочия представлять государство в международных отношениях и заключать от имени Республики международные договоры в своем статусе главы государства, а не только как субъект, временно осуществляющий функции высшего представительного органа. Поэтому, приняв указ, не имеющий силы закона, Президент, очевидно, реализовал свое полномочие главы государства, а не высшего представительного органа.

²⁵ Пункт 3 ст. 4 Конституции РК.

арбитраже и ГПК РК в аналогичной ситуации позволяют казахстанскому суду отказать в признании иностранного арбитражного решения, если арбитражное соглашение недействительно *по законам Республики Казахстан*.

Учитывая, что Закон об арбитраже и ГПК РК имеют приоритет перед Нью-Йоркской и Европейской конвенциями, если казахстанские суды и будут выводить коллизионное правило из норм о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, то они будут вынуждены руководствоваться подп. 1 п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК, а не указанными конвенциями. Это, в свою очередь, должно привести суды к выводу о применении к арбитражным соглашениям, в которых стороны не оговорили применимое право, права Республики Казахстан (т.е. *lex fori*), даже если стороны указали в арбитражном соглашении место разбирательства за рубежом и в соответствии с таким выбором сторон арбитраж уже был сформирован по иностранному праву и вынес решение. Подобное толкование привело бы к очевидному нарушению воли сторон и лишило бы выигравшую сторону того, на что та была вправе рассчитывать при заключении арбитражного соглашения, — не говоря уже о том, что применение к арбитражному соглашению национального закона страны суда (*lex fori*), а не *lex arbitri* принципиально расходится с общепринятыми стандартами международного коммерческого арбитража в развитом мире.

4. Возможное решение коллизионного вопроса с точки зрения казахстанского права

При действующем регулировании арбитража (которое, несомненно, нуждается в коренной реформе), пожалуй, единственным разумным решением коллизионной проблемы был бы отказ от использования ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК РК в целях выведения коллизионного правила. Для этого имеются весьма сильные аргументы.

Логика, используемая судами зарубежных стран для формулирования коллизионного правила исходя из ст. V Нью-Йоркской конвенции, небезупречна, учитывая, что данная норма носит исключительно процессуальный характер (устанавливает основания для отказа в выдаче исполнительного листа) и не регулирует материально-правовые отношения (в частности, действительность арбитражного соглашения, законность арбитражного разбирательства и т.д.).

В то же время, если исходить из гражданско-правовой природы арбитража, разумно разрешение коллизионного вопроса о праве, применимом к арбитражному разбирательству или арбитражному соглашению, в разделе о международном частном праве ГК РК. По этому пути пошли, например, французские суды²⁶.

Статья 1113 ГК РК предлагает правила для определения права, применяемого к договору при отсутствии соглашения сторон. Поскольку арбитражное соглашение не относится ни к одному из договоров, перечисленных в п. 1–3 ст. 1113 ГК РК, поскольку исполнение арбитражного соглашения не одной, а всеми его сторонами имеет решающее значение для содержания договора (п. 4 указанной статьи), то разумно к арбитражному соглашению применить право страны, с которой договор *наиболее тесно связан*, как это предлагается в п. 4 ст. 1113 ГК РК. Ссылку на место арбитражного разбирательства вполне можно расценивать как достаточную коллизионную привязку для определения наиболее тесной связи с правом соответствующей страны. Иными словами, руководствуясь п. 4 ст. 1113 ГК РК,

²⁶ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 221 (para. 424).

можно сделать вывод, что стороны, указав место арбитражного разбирательства, сделали коллизионный выбор в пользу права страны, где арбитраж должен иметь место.

Таким образом, в использовании ст. 255 ГПК РК для выведения коллизионного правила нет необходимости, поскольку соответствующая коллизия может быть разрешена средствами гражданского права, включая международное частное право и само арбитражное соглашение. Только если бы ее решение не могло быть найдено в гражданском праве, в качестве крайней меры следовало бы обратиться к ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 ГПК РК.

5. Последствия решения коллизионной проблемы

Решение коллизионной проблемы в отношении права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, далее позволяет нам анализировать каждую спорную норму казахстанского законодательства на предмет ее применимости к отношениям, вытекающим из арбитражного спора. Рассмотрим несколько практически значимых примеров.

5.1. Отказ в выдаче исполнительного листа в связи с нарушением арбитражной процедуры

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона.

До решения коллизионного вопроса было бы неясно, о применении какого закона идет речь. Указание места арбитражного разбирательства в оговорке позволяет нам применить к арбитражной процедуре *lex arbitri*. Это означает, что при рассмотрении арбитражного спора за рубежом сторона, против которой было вынесено решение, будет не вправе ссылаться на несоответствие арбитражной процедуры казахстанскому законодательству в порядке п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК.

Такую же позицию следует отстаивать и в отношении вопроса об отказе в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения на том основании, что арбитражное соглашение не соответствует праву РК. Как обосновывалось выше, только ограничительное толкование п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК позволяет при существующем регулировании обеспечить законные интересы сторон арбитражной оговорки и достичь правового результата.

5.2. Сфера действия Закона об арбитраже

Преамбула Закона об арбитраже не дает ясного представления о сфере его действия. Что следует понимать под «деятельностью арбитража на территории Республики Казахстан»? Идет ли речь об арбитражном разбирательстве, подчиненном казахстанскому праву? Или арбитражном соглашении, регулируемом правом РК? Или физическом месте арбитражных слушаний? Рассмотрим несколько примеров, когда ответы на эти вопросы имеют значение для решения вопроса о применимости Закона об арбитраже.

5.2.1. Разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок определенными категориями субъектов

Например, п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже устанавливает разрешительный порядок заключения арбитражного соглашения государственными органами, государственными

предприятиями, а также юридическими лицами, 50 и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, т.е., иными словами, ограничивает гражданскую правоспособность юридического лица.

Если предположить, что арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, означает ли это, что перечисленные субъекты могут свободно заключать арбитражные соглашения? Ответ на данный вопрос, скорее всего, должен быть отрицательным, учитывая жесткую коллизионную привязку в отношении гражданской правоспособности юридического лица: она определяется правом страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1100 и п. 1 ст. 1101 ГК РК). Вряд ли законодатель имел в виду установить разрешительный порядок заключения арбитражных оговорок только для случаев, когда арбитражные разбирательства и арбитражные соглашения регулируются правом Казахстана. Такой порядок, скорее всего, предполагался для всякого исключения компетенции государственных судов — а это происходит независимо от того, каким правом регулируется арбитражное соглашение.

5.2.2. Арбитрабельность споров

Пункт 8 ст. 8 Закона об арбитраже определяет в качестве не подведомственных арбитражу определенные категории споров (например, те, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, споры о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями и др.).

Из ст. V(2)(а) Нью-Йоркской конвенции в судебной практике иностранных государств выводят жесткую коллизионную привязку, «согласно которой при решении вопроса о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения вопрос об арбитрабельности предмета спора всегда подчинен *lex fori* (национальному закону страны суда) и не зависит от *lex arbitri*, которому была подчинена арбитражная оговорка»²⁷. Руководствуясь этой логикой, казахстанский суд может отказать в выдаче исполнительного листа на иностранное арбитражное решение вследствие неподведомственности спора арбитражу с точки зрения казахстанского права, хотя арбитражное разбирательство и арбитражное соглашение регулировались иностранным правом, — тем более что такое основание предусмотрено также п. 1 ч. 1 ст. 255 ГПК РК.

5.2.3. Односторонний отказ от арбитражного соглашения

Хотя п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже об одностороннем отказе от арбитражного соглашения был исключен²⁸, он сохраняет актуальность для случаев, когда одна из сторон приняла попытку отказаться от арбитражной оговорки в период действия этой нормы. Здесь вопрос решается просто: если арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, то данная норма не должна применяться, поскольку право, применяемое к договору, в силу подп. 5 п. 1 ст. 1115 ГК охватывает прекращение договора.

Приведенные примеры демонстрируют необходимость разрешения вопроса о выборе права, применимого к арбитражному соглашению и арбитражной процедуре. И даже если

²⁷ Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 138–139.

²⁸ Закон РК от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности».

читатель не согласен с предложенным в данной статье разрешением конкретной коллизии, нам представляется, что постановка коллизийной проблемы может иметь практическую и теоретическую ценность.

References

Born, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice* para. 2.06 (2nd ed., Kluwer Law International 2015).

Fouchard, Philippe, et al. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* para. 424, at 221, para. 1178, at 635 (Emmanuel Gaillard & John Savage, eds.) (Kluwer Law International 1999).

Karabelnikov, Boris R. *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration]: Textbook 117, 138–39 (2nd ed., Moscow School of Social and Economic Sciences 2013), available at <<http://arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/Karabelnikov%20Mezhdunarodny%20arbitrazh.pdf>> (accessed Aug. 17, 2018).

Information about the authors

Valikhan Zh. Shaikenov (Almaty, Kazakhstan) – LL.M., Partner and Head of the Dispute Resolution Practice at *AEQUITAS* Law Firm (47 Abai Av., Office 2, Almaty, 050000, Kazakhstan; e-mail: v.shaikenov@aequitas.kz).

Ardak T. Idayatova (Almaty, Kazakhstan) – LL.B., Senior Associate of the Dispute Resolution Practice at *AEQUITAS* Law Firm (47 Abai Av., Office 2, Almaty, 050000, Kazakhstan; e-mail: a.idayatova@aequitas.kz).

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ СПОРОВ

А.И. Муранов,

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, профессор кафедры международного частного права Российской школы частного права, управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», арбитр в делах МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ

Публичное и частное в арбитраже. Анализ запроса Верховного Суда РФ в КС РФ насчет неарбитрабельности споров в связи с закупками отдельными видами юридических лиц

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.134>

Одна из важных проблем в российском арбитраже – политика Верховного Суда РФ по сужению круга арбитрабельных споров. Верховный Суд РФ стремится найти в частноправовых спорах так называемый «публичный элемент», после чего объявляет такие споры неарбитрабельными. При этом он не отрицает то, что данные споры остаются частноправовыми. Подобные действия Верховного Суда РФ прямо нарушают федеральные законы, которые признают практически все частноправовые споры арбитрабельными. В стремлении оправдать свою политику Верховный Суд РФ в ноябре 2017 г. направил в Конституционный Суд РФ запрос о соответствии Конституции Российской Федерации положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 29 декабря № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». Цель данного запроса – добиться от Конституционного Суда РФ либо объявления неарбитрабельными споров из закупок, осуществляемых лицами, которые аффилированы с государством, либо указания на то, что Верховный Суд сам вправе объявлять такие споры неарбитрабельными.

Эта проблематика имеет прямое отношение к международному коммерческому арбитражу в России, учитывая то, что поставщиками товаров и услуг для таких лиц часто выступают иностранные субъекты.

В статье подробно анализируется этот запрос Верховного Суда РФ, показываются содержащиеся в нем ошибки, объясняются причины контрарбитражной политики Верховного Суда РФ, доказываются, что Верховный Суд РФ реанимирует в своей практике в отношении арбитража неверную советскую теорию «хозяйственного права», обосновываются те подходы, которые должен был бы занять Конституционный Суд РФ в отношении вопроса об арбитрабельности таких споров.

Затем автор анализирует Определение Конституционного Суда РФ от 12 апреля 2018 г. № 865-О, принятое по итогам рассмотрения запроса Верховного Суда РФ. Это Определение критически рассматривается с четырех точек зрения (юридико-технической, евангельской, ленинской и футурологической), и также объясняется, какие юридико-политические мотивы лежат в его основе.

В заключение автор рассматривает те решения, которые Верховный Суд РФ принял после появления Определения Конституционного Суда РФ по поводу арбитрабельности споров из частноправовых отношений по Закону о закупках. На конкретных примерах показывается, что Верховный Суд РФ стал использовать в отношении этих споров политику двойных стандартов. Признав конкретный спор, по поводу которого Верховный Суд РФ обратился в Конституционный Суд РФ, арбитрабельным, он в других делах при помощи различных ненадлежащих юридико-технических приемов стал признавать аналогичные споры неарбитрабельными. Развитию арбитража в РФ такая контрарбитражная политика Верховного Суда РФ не способствует.

К статье также прилагаются многочисленные акты российских государственных судов, которые помогают понять суть рассмотренных в ней проблем.

Ключевые слова: арбитрабельность споров; Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»; Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; Конституционный Суд РФ; Верховный Суд РФ; «публичный элемент» в частноправовых отношениях; советская и современная теория «хозяйственного права»; публичный порядок РФ; баланс частных и публичных интересов; критерии арбитрабельности; контрарбитражная политика Верховного Суда РФ; будущее арбитража в РФ.

Библиографическое описание: Муранов А.И. Публичное и частное в арбитраже. Анализ запроса Верховного Суда РФ в КС РФ насчет неарбитрабельности споров в связи с закупками отдельными видами юридических лиц // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 134–208. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.134>

Alexander I. Muranov,

Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Private International and Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University) at the Russian Ministry of Foreign Affairs, Professor of the Department of Private International Law, Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation, Managing Partner at *Muranov, Chernyakov & Partners* Law Firm, Arbitrator

The Public and the Private in Arbitration. Analysis of the Petition from the Supreme Court of the Russian Federation to the Constitutional Court of the Russian Federation Regarding the Non-Arbitrability of Disputes in Connection with Procurements by Various Types of Legal Entities

One of the major problems in Russian arbitration is the policy of the Supreme Court of the Russian Federation aimed at narrowing the circle of arbitrable disputes. The Supreme Court seeks to find, a so-called “public element” in private law disputes and, once one is found, declares such disputes to be non-arbitrable. However, at the same time it does not deny that such disputes remain private law ones. Such actions by the Supreme Court of the Russian Federation expressly violate federal laws which recognize nearly all private law disputes to be arbitrable. Striving to justify its policy the Supreme Court in November 2017 sent a petition to the Constitutional Court of the Russian Federation regarding the constitutionality of the provisions of the Commercial (Arbitrazh) Procedure Code of the Russian Federation, of Federal Law No. 223-FZ dated 18 July 2011 “On Procurements of Goods, Works, Services by Various Types of Legal Entities” and of Federal Law No. 382-FZ dated 29 December 2015 “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation.” The purpose of this petition was to obtain from the Constitutional Court of the Russian Federation either a declaration that disputes arising out of procurements involving parties affiliated with the state are non-arbitrable, or an indication that the Supreme Court may itself declare such disputes non-arbitrable.

These issues are directly relevant to international commercial arbitration in Russia, taking into account that foreign entities are often the suppliers of goods and services for such parties.

The article offers a detailed analysis of the petition from the Supreme Court of the Russian Federation, revealing the mistakes contained in it, and clarifying the reasons for the anti-arbitration policy of the Supreme Court. The article demonstrates that the Supreme Court in its practice revives the erroneous Soviet theory of “economic law” concerning arbitration and explains the approaches which should have been taken by the Constitutional Court of the Russian Federation with regard to the issue of arbitrability of such disputes.

The author then analyzes the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 865-O dated 12 April 2018 adopted after consideration of the petition from the Supreme Court of the Russian Federation. This Ruling is critically assessed from four points of view (Legal-Technical, evangelical, Leninist and futurological) and the legal and political grounds on which it is based are also explained.

In conclusion the author focuses on the judgments rendered by the Supreme Court of the Russian Federation after the issuance of the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation regarding the arbitrability of the disputes arising out of private law relations under the Law on Procurements. It is demonstrated by specific examples that the Supreme Court started to apply a policy of double standards in respect of these disputes. Having recognized a particular dispute, referred to in its petition to the Constitutional Court of the Russian Federation, as arbitrable, the Supreme Court started, through the use of different improper technical methods, to recognize analogous disputes in other cases as non-arbitrable. This anti-arbitration policy by the Supreme Court does nothing to promote the development of arbitration in the Russian Federation.

The article is also accompanied by numerous acts by the Russian state courts illustrating the essence of the problems examined in it.

Keywords: arbitrability of disputes; Federal Law No. 223-FZ dated 18 July 2011 “On Procurement of Goods, Works, Services by Various Types of Legal Entities”; Federal Law No. 382-FZ dated 29 December 2015 “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation”; Constitutional Court of the Russian Federation; Supreme Court of the Russian Federation; “public element” in private law relations; Soviet and modern theory of “economic law”; public policy of the Russian Federation; balance of private and public interests; criteria of arbitrability; anti-arbitration policy of the Supreme Court of the Russian Federation; future of arbitration in the Russian Federation.

Recommended citation: Alexander I. Muranov, *Publichnoye i chastnoye v arbitrazhe. Analiz zaprosa Verkhovnogo Suda RF v KS RF nashchet nearbitrabel'nosti sporov v svyazi s zakupkami otdel'nymi vidami yuridicheskikh lits* [The Public and the Private in Arbitration. Analysis of the Petition from the Supreme Court of the Russian Federation to the Constitutional Court of the Russian Federation Regarding the Non-Arbitrability of Disputes in Connection with Procurements by Various Types of Legal Entities], 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 134. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.134>

Как известно, в октябре 2017 г. Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ) решил «направить в Конституционный Суд Российской Федерации запрос о соответствии Конституции Российской Федерации положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федерального закона „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“ от 18.07.2011 № 223-ФЗ, Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ от 29.12.2015 № 382-ФЗ» (<http://kad.arbitr.ru/Card/692507fe-d800-4152-b90f-77af1b4a9444>).

Этот запрос настолько любопытен, что его нельзя не проанализировать.

Сразу важно отметить, что запрос ВС РФ далеко не так прост, как может показаться на первый взгляд. В нем ставятся и из него проистекают весьма важные вопросы как цивилистического, так и конституционного свойства.

Оглавление

1. Имеющиеся в запросе ВС РФ неточности: важные и прочие. Две серьезные неопределенности в запросе ВС РФ	138
2. Причина, которая, по всей видимости, побудила ВС РФ обратиться с запросом в КС РФ	147
3. Варианты, имеющиеся у КС РФ. Первая и вторая развилки для КС РФ	149
4. Ключевой вопрос в рассматриваемой ситуации. Подлинный смысл запроса ВС РФ. Реинкарнация теории «хозяйственного права»	151
5. Публичные интересы, защищаемые Законом № 223. Соотношение обеспечения таких интересов с квалификацией отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, как частноправовых	168
6. Вопрос о соотношении частных и публичных интересов, о балансе между ними применительно к рассматриваемой ситуации	172
7. Некоторые положения Закона об арбитраже в их соотношении со следующими целями Закона № 223: эффективное использование денежных средств; обеспечение гласности и прозрачности закупок; предотвращение коррупции и других злоупотреблений	175
8. Прочие инструменты обеспечения баланса между частными и публичными интересами в рассматриваемой ситуации	189
9. Прочие моменты, которые следует учитывать КС РФ при рассмотрении запроса ВС РФ	191
10. Вопрос о прошлой и будущей судебной практике: давно уже продолжающееся намеренное неконституционное ограничение арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений российскими государственными арбитражными судами и ВС РФ	200
11. Некоторые выводы	204

1. Имеющиеся в запросе ВС РФ неточности: важные и прочие. Две серьезные неопределенности в запросе ВС РФ

1.1. В запросе ВС РФ просит проверить

ч. 6 ст. 4¹ Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) в первоначальной редакции, т.е. до 1 сентября 2016 г.,

¹ «По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом».

п. 2 ст. 1² Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон 2002 г. о третейских судах),
 ч. 3 ст. 1³ Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже),
 а также *норм* Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223) (далее все только что упомянутые положения АПК РФ и законов — Проверяемые Положения)

на соответствие ч. 1 ст. 8⁴, ч. 1 ст. 34⁵, ч. 2 ст. 45⁶, ч. 3 ст. 55⁷, п. «в» и п. «о» ст. 71⁸ Конституции РФ.

1.2. Основанием для запроса ВС РФ, как сообщил он сам, стало обнаружение им неопределенности в вопросе о соответствии Проверяемых Положений Конституции РФ, а именно отсутствие *«правовой определенности по вопросу об арбитрабельности/неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках»* (как указано на стр. 2 и стр. 10 запроса ВС РФ).

При этом ВС РФ нигде в запросе *прямо и четко не говорит*, что Проверяемые Положения не соответствуют Конституции РФ: он таких утверждений избегает (возможно, ввиду нежелания содействовать усилению его контрарбитражного имиджа).

Однако важно понимать, что запрос подан, как в нем самом говорится, согласно ч. 1 ст. 101 «Обращение в Конституционный Суд Российской Федерации» главы XIII «Рассмотрение дел о конституционности законов по запросам судов» Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — ФКЗ о КС РФ): *«Суд при рассмотрении дела в любой инстанции, **придя к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации закона, подлежащего***

² *«В третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства (далее также – стороны) передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом».*

³ *«В арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом».*

⁴ *«В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности».*

⁵ *«Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».*

⁶ *«Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом».*

⁷ *«Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».*

⁸ *«В ведении Российской Федерации находятся:*

<...>

в) регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина; гражданство в Российской Федерации; регулирование и защита прав национальных меньшинств;

<...>

о) судоустройство; прокуратура; уголовное и уголовно-исполнительное законодательство; амнистия и помилование; гражданское законодательство; процессуальное законодательство; правовое регулирование интеллектуальной собственности».

применению им в указанном деле, обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности данного закона» (здесь и далее выделено автором).

Таким образом, является очевидным, что ВС РФ придерживается мнения о неконституционности Проверяемых Положений.

И считает он так в отличие от Арбитражного суда г. Москвы, который в деле № А40-165680/2016 (в его рамках ВС РФ и направил свой запрос) в определении от 13 декабря 2016 г. счел спор, возникший из договора, заключенного по результатам закупки согласно Закону № 223, арбитрабельным (см. <http://kad.arbitr.ru/Card/692507fe-d800-4152-b90f-77af1b4a9444>). При этом Арбитражный суд г. Москвы при рассмотрении дела сослался на известное Определение КС РФ от 5 февраля 2015 г. № 233-О: «*В указанном определении Конституционный Суд Российской Федерации указал конституционно-правовые основы третейского разбирательства.*

Подтвердив в целом право сторон передать любой гражданско-правовой спор на рассмотрение в третейский суд, разъяснив статус государственных бюджетных учреждений как участников гражданского оборота в части порядка заключения договора поставки для государственных нужд, а также правовую природу последнего, не указав на наличие прямого запрета рассматривать споры по государственным контрактам третейскими судами, Конституционный Суд Российской Федерации вместе с тем оставил вопрос об определении правовой природы спора (публично-правовой или частно-правовой) в каждом конкретном случае на усмотрение судов.

<...>

Между сторонами третейского разбирательства заключено третейское соглашение, возникший спор между сторонами вытекает из гражданских правоотношений, заявителем не представлены доказательства того, что рассматриваемый спор вытекает из публичных правоотношений».

Арбитражный суд Московского округа, рассматривавший жалобу на определение Арбитражного суда г. Москвы, оставил это определение в силе, но только потому, что пришел к выводу, что стороны спора «*не относятся к юридическим лицам, указанным в части 2 статьи 1 Закона № 223-ФЗ*», т.е. что Закон № 223 вообще применимым не являлся⁹.

Таким образом, для формирования проарбитражного имиджа ВС РФ следовало бы разделить подход Арбитражного суда г. Москвы, а не наоборот. Или же подать в КС РФ запрос с сомнениями по поводу правоприменительной практики, объявляющей споры из отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками¹⁰, указанными в Законе № 223, неарбитрабельными.

⁹ ВС РФ в Определении от 23 октября 2017 г., которым решил направить в КС РФ рассматриваемый здесь запрос, констатировал: «*Кроме того, суды указали, что стороны договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н не относятся к юридическим лицам, указанным в части 2 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“... в связи с чем указанный договор не является договором, заключенным в публичных интересах, а спор, возникший между сторонами из указанного договора, мог быть предметом третейского разбирательства»* (http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/692507fe-d800-4152-b90f-77af1b4a9444/c21fd817-d9d6-4bae-87be-aa4119cc889f/A40-165680-2016_20171023_Opredelenie.pdf).

Однако в определении Арбитражного суда г. Москвы от 13 декабря 2016 г. по указанному делу о таком не говорится.

¹⁰ Далее понятие «поставщики» будет пониматься как охватывающее также подрядчиков и исполнителей по договорам, заключаемым согласно Закону № 223.

1.3. При этом запрос ВС РФ содержит немало неточностей – как весьма важных, так и прочих.

1.3.1. На стр. 1 запроса указано, что ВС РФ обращается в КС РФ в соответствии с ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, однако данная норма относит ВС РФ к субъектам обращения в КС РФ вне связи с рассмотрением конкретного дела, т.е. в порядке абстрактного нормоконтроля.

В то же время согласно ч. 4 ст. 125 Конституции РФ КС РФ по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

ВС РФ не упоминает в запросе ч. 4 указанной статьи Конституции РФ, но вместе с тем ссылается на стр. 1 запроса на ст. 101 «Обращение в Конституционный Суд Российской Федерации» ФКЗ о КС, согласно части первой которой *«Суд при рассмотрении дела в любой инстанции, придя к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации закона, подлежащего применению им в указанном деле, обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности данного закона».*

А на стр. 9 запроса ВС РФ опять говорит только о ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, хотя из всего сказанного в запросе видно, что он подан в порядке именно ч. 4 ст. 125 Конституции РФ и ч. 1 ст. 101 ФКЗ о КС.

И это очень важный момент, так как ВС РФ среди прочего просит проверить конституционность ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже.

Однако Закон об арбитраже в рамках дела, по которому ВС РФ направил запрос в КС РФ, применению не подлежал и не подлежит.

Закон об арбитраже вступил в силу 1 сентября 2016 г. Ввиду этого он и связанные с ним изменения в АПК РФ могли применяться государственными арбитражными судами только при рассмотрении тех дел, производство по которым было возбуждено после 1 сентября 2016 г.

Между тем дело Арбитражного суда г. Москвы № А40-165680/2016, в рамках которого ВС РФ направил запрос в КС РФ, было начато ранее – 12 августа 2016 г. (см.: <http://kad.arbitr.ru/Card/692507fe-d800-4152-b90f-77af1b4a9444>).

Кстати, в свое время Высший Арбитражный Суд РФ (далее – ВАС РФ) в запросе, поданном в КС РФ в связи с конкретным делом, просил проверить конституционность Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», который также не подлежал применению в том деле, на что КС РФ ответил: *«В этих делах... нормы, определяющие компетенцию международного коммерческого арбитража, применению не подлежат, а следовательно, проверка конституционности Закона Российской Федерации „О международном коммерческом арбитраже“ в данном случае фактически означала бы его проверку в порядке абстрактного нормоконтроля на основании статьи 125 (часть 2) Конституции Российской Федерации. Соответственно, производство по настоящему делу в этой части в силу пункта 2 части первой статьи 43 и статьи 68 Федерального конституционного закона „О Конституционном Суде Российской Федерации“ подлежит прекращению»* (Постановление от 26 мая 2011 г. № 10-П, принятое по запросу ВАС РФ по поводу арбитрабельности споров в связи с недвижимостью).

Как быть КС РФ сейчас? Также прекращать производство в части, касающейся проверки конституционности ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже? Или рассмотреть запрос в порядке абстрактного нормоконтроля в условиях, когда ВС РФ четко основания для об-

ращения в КС РФ именно в таком порядке не указал? Вообще говоря, представляется, что в случае, когда ВС РФ предлагает КС РФ рассмотреть запрос одновременно в порядке и абстрактного, и конкретного нормоконтроля, КС РФ следует задействовать только один из них, а в остальной части производство по запросу прекращать.

Однако будем далее для простоты считать, что КС РФ может рассмотреть запрос и в отношении ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже.

1.3.2. На стр. 8 запроса ВС РФ использует выражение «*государство как собственник таких субъектов*», имея в виду заказчиков по Закону № 223.

Собственник юридических лиц?

1.3.3. На стр. 7 запроса ВС РФ говорит: «*Следовательно, так же как несовместимы принципы третейского разбирательства и правовые принцип [sic! – именно «принцип»] размещения заказов для государственных и муниципальных нужд, вышеуказанные принципы закупок товаров [sic! – почему только товаров? А работ и услуг?¹¹], указанные в Законе о закупках товаров, не совпадают с принципами третейского разбирательства, в частности, принципом конфиденциальности*». На стр. 8 запроса ВС РФ упоминает «*правовые принципы законодательства о третейском разбирательстве*».

Однако нигде в запросе ВС РФ такие принципы не называет, а ограничивается лишь ссылкой на принцип конфиденциальности. Иные принципы, получается, он идентифицировать не смог?¹² При этом ВС РФ на стр. 7 и 8 запроса упоминает различные принципы (принципы российского права, включая принцип законности), однако именно о принципах третейского разбирательства ничего не говорит.

После прочтения запроса складывается даже впечатление, что основное противоречие целей Закона № 223 принципам третейского разбирательства ВС РФ усматривает именно в расхождении таких целей с принципом конфиденциальности. Однако этим проблема, как будет показано ниже (см. раздел 7), исчерпываться не может.

1.3.4. Далее, некорректно утверждение ВС РФ о несовместимости принципов третейского разбирательства и правовых принципов размещения заказов для государственных и муниципальных нужд.

ВС РФ по непонятной причине умалчивает в запросе о ч. 8 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“», которая предусматривает: «*Пункт 6 части 2 статьи 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) и пункт 6 части*

¹¹ Понятием «товар» охватывает работы и услуги Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», но не Закон № 223.

¹² В это невозможно поверить, если взглянуть, например, на Определение ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014, где обосновывалась неарбитрабельность спора: «*Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить цели публичного (общественного) контроля за такими отношениями, а значит – интересы публичного порядка*».

второй статьи 22.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) не применяются со дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹³.

Так что вовсе нет той несовместимости, на которую указывает ВС РФ.

1.3.5. Согласно п. 4 и п. 6 ч. 2 ст. 37 «Общие требования к обращению» ФКЗ о КС РФ «В обращении должны быть указаны:

<...>

4) наименование и адрес государственного органа, издавшего акт, который подлежит проверке, либо участвующего в споре о компетенции;

<...>

б) точное название, номер, дата принятия, источник опубликования и иные данные о подлежащем проверке акте, о положении Конституции Российской Федерации, подлежащем толкованию;».

ВС РФ указал в запросе только на Государственную Думу, не упомянув Совет Федерации и Президента РФ. В узком плане ВС РФ, возможно, и не допустил ошибку в свете ч. 1 ст. 105¹⁴ Конституции РФ, но именно в плане конституционном его подход не вполне корректен, учитывая роль Совета Федерации и Президента РФ в принятии Проверяемых Положений.

Кроме того, ВС РФ не указал в запросе источники, в которых были опубликованы нормативные акты, содержащие Проверяемые Положения.

Впрочем, в современных информационных условиях это не так уж и важно.

1.3.6. Далее, на стр. 5 запроса ВС РФ говорится: «При этом выявлены иные нормы федеральных законов, устанавливающие запреты на передачу на разрешение третейских судов споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, в частности ввиду несовместимости правовых принципов третейского разбирательства и правовых принципов размещения заказов».

Но далее в запросе ничего о таких выявленных нормах не говорится.

1.3.7. На стр. 5 запроса ВС РФ указывает: «До внесения в арбитражное процессуальное законодательство вышеуказанных изменений вопрос о компетенции третейского суда на рассмотрение [sic!] спора, возникающего из отношений по закупке товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, в правовой системе Российской Федерации решался посредством судебного толкования в актах Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации...».

¹³ Вот, например, п. 6 ч. 2 ст. 33 АПК РФ: «Не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда подведомственные арбитражным судам в соответствии с настоящим Кодексом:

<...>

б) споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

¹⁴ «Федеральные законы принимаются Государственной Думой».

Конституционного Суда Российской Федерации (Определение Конституционного Суда РФ от 5.02.2015 № 233-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы государственного бюджетного учреждения здравоохранения города Москвы «Городская клиническая больница № 15 имени О.М. Филатова Департамента здравоохранения города Москвы» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации" [sic! – именно такие кавычки], пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации и части 8 статьи 9 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» [sic! – закрывающей скобки нет], Верховного Суда...»

Однако полагать Определение КС РФ от 5 февраля 2015 г. № 233-О актом, при помощи которого решался вопрос о компетенции третейского суда на рассмотрение споров, возникающих из отношений по закупкам товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, просто неверно: в этом Определении КС РФ, как известно, на деле просто уклонился от рассмотрения данного вопроса.

1.3.8. На стр. 7 запроса (абзац второй снизу) ВС РФ перепутал прежнюю и новую редакции ч. 6 ст. 4 АПК РФ и вместо слова «возникающий» использовал слово «возникший».

Между тем в прежней редакции этой части содержалось именно слово «возникающий». К тому же в цитируемом ВС РФ положении ч. 6 ст. 4 АПК РФ нет закрывающей кавычки.

1.3.9. На стр. 9 запроса (абзац первый сверху) ВС РФ вместо слов «не признали возможной» использовал слова «признали возможной».

1.3.10. На стр. 9 запроса (абзац второй снизу) ВС РФ говорит: «В производстве Верховного Суда Российской Федерации, арбитражных судов Российской Федерации имеется ряд иных дел, в которых ставится вопрос об арбитрабельности/неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках».

Но что это за дела? ВС РФ, к сожалению, не поясняет.

1.3.11. На стр. 1 запроса ВС РФ говорит о ч. 6 ст. 4 АПК РФ «в редакции, действовавшей на дату начала третейского разбирательства».

Но почему эта дата должна быть значима в контексте разбирательства в Арбитражном суде г. Москвы? Ведь на стр. 10 запроса ВС РФ говорится: «Норма части 6 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции от 23.06.2016».

Понятно, почему «в редакции от 23.06.2016»: так сказано в СПС «КонсультантПлюс».

Но вот почему «в редакции, действовавшей на дату начала третейского разбирательства»?

Кроме того, в запросе после слов «в редакции, действовавшей на дату начала третейского разбирательства» сразу идут слова «(в соответствии с частью 12 статьи 13 Федерального закона от 29.12.2015 № 409-ФЗ „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“».

Обратимся к ч. 12 ст. 13 названного Закона: «Решения и постановления, вынесенные третейским судом в рамках третейского разбирательства, указанного в части 10 настоящей статьи, подлежат отмене или отказу в принудительном исполнении, если в соответствии с правилами подведомственности, действовавшими на дату начала третей-

ского разбирательства, спор считался не подлежащим разрешению в порядке третейского разбирательства».

Как видно, ч. 12 ст. 13 данного Закона никакого отношения к той или иной редакции ч. 6 ст. 4 АПК РФ не имеет.

1.4. Далее, не могут не обратить на себя внимания два момента, создающих серьезную неопределенность в запросе ВС РФ.

1.4.1. Если применительно к АПК РФ, Закону 2002 г. о третейских судах, Закону об арбитраже ВС РФ говорит о конкретных их положениях, то в отношении Закона № 223 ВС РФ просит КС РФ «проверить содержание норм... Закона о закупках товаров... в части регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда, в частности ввиду отсутствия правовой определенности по вопросу арбитрабельности/неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках» (стр. 10 запроса ВС РФ). Содержание вообще норм Закона № 223. Иными словами, по факту КС РФ дано «домашнее задание» самостоятельно установить, какие положения Закона № 223 ему предстоит проверить на соответствие Конституции РФ.

КС РФ приходится сталкиваться с таким подходом высшей судебной инстанции не в первый раз.

В свое время ВАС РФ просил КС РФ проверить конституционность вообще положений Закона 2002 г. о третейских судах: «Что касается Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, то заявитель не указал, конституционность каких конкретно его статей он подвергает сомнению» (абзац третий п. 1.2 Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П).

КС РФ тогда нашел выход из подобной ситуации.

Следует ли ему искать его сейчас?

Но, как бы то ни было, встает вопрос: о каких нормах в Законе № 223 идет речь?

Очевидно, что это не ч. 6 его ст. 5 «Реестр недобросовестных поставщиков» («Включение сведений об участнике закупки, укловившемся от заключения договора, о поставщике (исполнителе, подрядчике), с которым договор расторгнут в связи с существенным нарушением им договора, в реестр недобросовестных поставщиков или содержание таких сведений в реестре недобросовестных поставщиков может быть обжаловано заинтересованным лицом в судебном порядке»): такой реестр ведет федеральное казначейство, и очевидно, что споры по поводу включения в него гражданско-правовыми не являются.

Может, это ч. 2 этой же ст. 5, говорящая о спорах именно по расторжению договоров, заключенных по результатам закупок согласно Закону № 223 («В реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, укловившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров»)? Но это было бы слишком узким подходом, учитывая широкую просьбу ВС РФ на стр. 10 его запроса.

Или это также ч. 9 ст. 3 «Принципы и основные положения закупки товаров, работ, услуг» Закона № 223, из которой следует возможность наличия внедоговорных споров, причем и гражданско-правового характера («Участник закупки вправе обжаловать в судебном порядке действия (бездействия) заказчика при закупке товаров, работ, услуг. Корпорация развития малого и среднего предпринимательства, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации или созданные ими организации вправе обжаловать в су-

дебном порядке действия (бездействие) заказчика в отношении субъектов малого и среднего предпринимательства»)?

Непонятно.

Тем самым, обращаясь в КС РФ с запросом о конституционной неопределенности, ВС РФ сам беспричинно основывает его на неопределенности.

Возможно, ВС РФ следовало бы говорить в запросе только, к примеру:

о проверке конституционности ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже

по смыслу, придаваемому им сложившейся правоприменительной практикой в связи с Законом № 223, а также исходя из совместных связей этих нормативных актов и их места в российской правовой системе,

таким образом, чтобы ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже являлись предметом рассмотрения КС РФ в той мере, в какой на их основании в системе действующего правового регулирования признается допустимым рассмотрение третейскими судами споров, возникающих из договоров, заключенных по результатам закупок согласно Закону № 223.

Или же ВС РФ также имел в виду внедоговорные гражданско-правовые споры, возникающие в рамках Закона № 223, о которых упоминает, например, ч. 9 ст. 3 этого Закона? Его широкую просьбу на стр. 10 запроса можно толковать и так.

В любом случае ВС РФ все же следовало обозначить предмет своего обращения не так размыто, как это было сделано.

Сейчас же возникает непростая ситуация. Согласно ч. 3 ст. 74 «Требования, предъявляемые к решениям» ФКЗ о КС РФ «Конституционный Суд Российской Федерации принимает постановления и дает заключения **только по предмету, указанному в обращении, и лишь в отношении той части акта или компетенции органа, конституционность которых подвергается сомнению в обращении. Конституционный Суд Российской Федерации при принятии решения не связан основаниями и доводами, изложенными в обращении**».

И как в свете этого КС РФ рассматривать просьбу ВС РФ «*проверить содержание норм... Закона о закупках товаров... в части регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда, в частности ввиду отсутствия правовой определенности по вопросу арбитрабельности/неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках*» (см. стр. 10 запроса)?

Как распространяющуюся и на договорные, и на внедоговорные споры в рамках Закона № 223?

Особенно учитывая то, что в Законе № 223 вообще нет норм по поводу «*регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда*» (см. просьбу ВС РФ на стр. 10 его запроса)?

1.4.2. В запросе ВС РФ просит проверить конституционность ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже.

Как уже говорилось выше, эта норма в деле № А40-165680/2016 Арбитражного суда г. Москвы, в рамках производства по которому был подан запрос, применению не подле-

жит. Но будем для простоты исходить из того, что КС РФ рассмотреть запрос по поводу упомянутой нормы может и в порядке ч. 2 ст. 125 Конституции РФ (см. выше п. 1.3.1).

На стр. 10 запроса (а также на стр. 2) видно, что ВС РФ просит КС РФ проверить конституционность ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже, при этом одновременно указывая на данный Закон как на *«нормативный правовой акт, содержащий, среди прочего, нормы, закрепляющие принципы публичного порядка Российской Федерации в сфере третейского разбирательства, нарушение которых может послужить основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда»*.

Возникает вопрос: если ВС РФ исходит из неарбитрабельности споров, возникающих в рамках Закона № 223, то при чем тут Закон об арбитраже, который закрепляет принципы третейского разбирательства применительно именно к арбитрабельным спорам?

Какой смысл говорить о нарушении таких принципов, влекущих отказ в выдаче исполнительного листа, если отрицается арбитрабельность сама по себе?

1.5. Таким образом, констатировать можно следующее: ВС РФ отнесся к запросу в КС РФ весьма неаккуратно.

После ознакомления с ним создается впечатление, будто готовила его и не высшая судебная инстанция вовсе.

А КС РФ теперь находится в весьма непростой ситуации: по сути ВС РФ сделал все возможное, чтобы переложить ответственность в отношении лишь обозначенной ВС РФ проблемы с себя на КС РФ. Это неправильно.

Более того, создается даже впечатление, что ВС РФ слегка «троллит» КС РФ.

Иначе как объяснить то, что в запросе ВС РФ говорит об *«отсутствии правовой определенности»*, а в Определении от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014 он указал следующее:

«Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что специальные требования, предъявляемые законом и в целом публичным порядком Российской Федерации к отношениям в сфере реализации государством публично-значимых задач при расходовании на их решение бюджетных средств, обусловленные общественной значимостью таких отношений, и, соответственно, необходимостью публичного контроля за ними, соответствуют требованию правовой определенности, а, значит, являются предсказуемыми для участников гражданского оборота, в том числе в части использования процессуальных возможностей для защиты своих прав».

Так что можно будет не удивляться, если КС РФ по существу запрос ВС РФ рассматривать не станет.

Но лучше бы КС РФ его рассмотрел по существу, как бы сложно это ни было. Рассмотрел ради развития права РФ.

2. Причина, которая, по всей видимости, побудила ВС РФ обратиться с запросом в КС РФ

2.1. Как известно, с 2014 г. ВАС РФ, а потом и ВС РФ активно проводили политику по ограничению арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений (см. ниже раздел 10). При этом они никогда не чувствовали себя обязанными спрашивать мнение КС РФ по данному вопросу. И вдруг ВС РФ решил такое мнение спросить.

Почему? Объяснить несложно.

Принятие Закона об арбитраже привело к «великому третейскому вымиранию».

До ноября о 2017 г. в РФ было создано, по различным оценкам, от нескольких сотен до 2–3 тысяч третейских центров (большинство скорее «на бумаге». Однако имелось и немало действующих третейских центров. В то время закон, исходя из того, что речь идет о сфере сугубо частных отношений, разрешал создавать третейские суды в уведомительном порядке).

Сегодня же в РФ имеется по сути только три третейских института: Арбитражный центр при РСПП, Арбитражный центр (якобы «российский») при Институте современного арбитража (якобы «российском») и МКАС при ТПП РФ (см. ниже п. 7.5). Последний получил право на третейскую деятельность в силу Закона об арбитраже, а два других центра получили на нее разрешение от Правительства РФ.

Не секрет, что ранее ВАС РФ относился к третейским судам весьма подозрительно, если не сказать больше. Не потому, что он не понимал значимость третейских институтов, а из-за того, что ранее в РФ третейские суды нередко учреждались не для целей цивилизованного разрешения споров, а использовались как средство реализации мошеннических и иных незаконных схем (моменты, связанные с желанием ВАС РФ максимально расширить свою компетенцию, следует здесь оставить в стороне). Именно поэтому задачей реформы арбитража в России являлось очищение третейской сферы от недобросовестных участников¹⁵.

Недоверие ВАС РФ к общей массе третейских судов привело к его обращению с запросом (весьма неудачно сформулированным) в КС РФ, по итогам рассмотрения которого КС РФ вынес Постановление от 26 мая 2011 г. № 10-П.

Суть данного предыдущего запроса можно отчасти выразить словами Юрия Ивановича Деточкина из киноленты «Берегись автомобиля» (Мосфильм, 1966): *«Граждане судьи, может быть, я и неправильно действовал, но от чистого сердца. Я... не мог этого терпеть. Ведь воруют! Много воруют... Я ведь вам помочь хотел, граждане судьи»*.

Постановление от 26 мая 2011 г. № 10-П ВАС РФ воспринял очень болезненно¹⁶. И в итоге его неприятие третейских судов в РФ только усилилось, что и привело к последующей серии действий ВАС РФ, которую нельзя охарактеризовать иначе как намеренное неконституционное ограничение арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений (см. ниже раздел 10).

ВС РФ такое отношение ВАС РФ унаследовал.

Однако нельзя не признать, что у ВАС РФ тогда имелось хотя бы моральное оправдание: в основании его действий лежало несогласие с политикой абсолютного дерегулирования и либертарианства в третейской сфере, которую внедрял Закон 2002 г. о третейских судах. При этом ВАС РФ нередко не вполне корректно воспринимал такое либертарианство как либертинизм.

¹⁵ См., например, высказывание Председателя Правительства РФ Д.А. Медведева: *«Мы сами понимаем – полностью карманных третейских судов, которые штампуют решения в интересах учредителей, а потом получается, что это не правосудие, а просто фикция»* (Д. Медведев: Третейских судов в России должно быть меньше (<https://www.rbc.ru/rbcfreeneews/20130710180906.shtml>)).

См. также: Третейское разбирательство – избавит ли реформа рынок от «карманных» судов (<http://minjust.ru/ru/press/news/treteyskoe-razbiratelstvo-izbavit-li-reforma-rynok-ot-karmannyh-sudov>).

¹⁶ И следует признать, что КС РФ при его вынесении в какой-то мере несколько «вital в теоретических облаках», совершенно не учитывая не самые веселые российские реалии, которые имел в виду в своем запросе ВАС РФ. В этой связи см. также ниже п. 9.9.

Закон об арбитраже указанную политику либертарианства прекратил. Более того, на основе этого Закона Министерство юстиции РФ сделало то, что можно назвать не очисткой третейской сферы, а ее «зачисткой» (см. ниже п. 7.5).

2.2. В такой ситуации ВС РФ уже не может апеллировать к третейской анархии, не может использовать те формулировки, которыми он по сути ранее крайне негативно (хотя и очень завуалированно) характеризовал третейскую сферу в РФ: моральное право так делать у него сегодня уже исчезло. Действовать по-прежнему означало бы противоречие позиции не только Министерства юстиции РФ, но и Правительства РФ.

В этих условиях ВС РФ, не будучи в состоянии изменить закон, решил, что ему нужно в оправдание своей позиции (о неарбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений в связи с Законом № 223) «прикрыться» мнением КС РФ.

3. Варианты, имеющиеся у КС РФ.

Первая и вторая развилки для КС РФ

3.1. КС РФ может отказать в принятии к рассмотрению запроса ВС РФ как недопустимого, используя тот же подход, что и в Определении КС РФ от 5 февраля 2015 г. № 233-О, и указав, например, следующее (далее излагаются формулировки из упомянутого Определения, но *mutatis mutandis*):

Арбитражный суд г. Москвы сделал вывод о том, что спор в данном случае может быть предметом третейского разбирательства, в результате исследования и оценки юридических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения такого вопроса, с учетом оценки фактических обстоятельств, свидетельствующих, по мнению этого суда, об отсутствии публично-правовой специфики характера спорных правоотношений.

Проверка же законности и обоснованности правоприменительного решения, состоявшегося в деле, в рамках рассмотрения которого ВС РФ обратился с запросом, в том числе в части квалификации Арбитражным судом г. Москвы правовой природы требования из договора, заключенного по результатам закупки согласно Закону № 223, как вытекающего из гражданско-правовых отношений, не исключаяющей возможность рассмотрения этого спора третейским судом, не входит в компетенцию КС РФ.

Отказать в рассмотрении по основанию недопустимости или все же рассмотреть запрос ВС РФ о проверке конституционности по существу?

Это первая развилка для КС РФ.

Представляется, что КС РФ избирать путь отказа не следует. И не потому, что заявителем является ВС РФ, а не частное лицо, как это было в случае с Определением КС РФ от 5 февраля 2015 г. №233-О¹⁷.

А потому, что это было бы уклонением от решения реально существующей проблемы конституционного свойства.

¹⁷ Государственное бюджетное учреждение здравоохранения города Москвы «Городская клиническая больница № 15 имени О.М. Филатова Департамента здравоохранения города Москвы» в той ситуации являлось, безусловно, частным лицом.

3.2. Проблема, о которой говорится в запросе ВС РФ (пусть и не вполне удачно сформулированная), действительно имеется, и свидетельство тому – противоречивая судебная практика по вопросу об арбитрабельности / неарбитрабельности споров, возникающих из отношений, регулируемых Законом № 223.

ВС РФ в своем запросе некоторые примеры из такой противоречивой практики привел (пусть и в крайне сжатом виде).

Наличие подобной практики, которую не решается устранить сам ВС РФ, точно создает основание для рассмотрения КС РФ его запроса по существу, о чем свидетельствуют и ранее высказывавшиеся КС РФ правовые позиции:

«Вместе с тем в судебной практике должно обеспечиваться конституционное истолкование подлежащих применению нормативных положений. Поэтому в тех случаях, когда неоднозначность и противоречивость в истолковании и применении правовых норм приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав, вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, который, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого нормативного акта, так и смысл, придаваемый ему сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов... обеспечивает в этих случаях выявление конституционного смысла действующего права» (абзац третий п. 3 Постановления от 21 апреля 2003 г. № 6-П).

Коллизию конституционных прав в данном случае можно усмотреть как минимум¹⁸ в том, что одни субъекты оборота настаивают на возможности для третейских судов обладать компетенцией на рассмотрение споров, возникающих из отношений, регулируемых Законом № 223 (ч. 2 ст. 45¹⁹ Конституции РФ), тогда как другие указывают, что такой компетенцией обладают исключительно государственные суды (ч. 1 ст. 47²⁰ в ее системном единстве с ч. 1 ст. 118²¹ Конституции РФ);

«Наличие в судебной практике противоречивых подходов к данной проблеме не только нарушает императивное правило статьи 120 (часть 2) Конституции Российской Федерации, но и порождает правовую неопределенность, ведет к отсутствию разумной стабильности правоотношений» (абзац пятый п. 2.1 Постановления от 6 декабря 2017 г. № 37-П);

«Противоречива и судебная практика применения... При юридически сходных обстоятельствах дела этой категории разрешаются судами по-разному, что влечет для граждан неодинаковые правовые последствия.

Возможность произвольного применения закона является нарушением провозглашенного Конституцией Российской Федерации равенства всех перед законом и судом (статья 19, часть 1)» (абзацы четвертый и пятый п. 3 Постановления от 25 апреля 1995 г. № 3-П);

«...противоречивая правоприменительная практика... ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан...» (абзац третий п. 5 Постановления от 27 мая 2008 г. № 8-П);

¹⁸ См. также ниже раздел 10 по поводу коллизии конституционных прерогатив государственных судов и КС РФ.

¹⁹ «Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом».

²⁰ «Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом».

²¹ «Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом».

одним из важнейших является конституционный принцип равенства (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ). При этом *«равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями»* (абзац третий п. 4 Постановления от 15 июля 1999 г. № 11-П).

При этом важно учитывать и то, что в запросе ВС РФ речь идет не просто о какой-то единичной проблемной ситуации, а о своеобразном типе, целом классе однородных отношений, возникающих в обороте достаточно часто.

Подобная «массовость», сопряженная с противоречивой судебной практикой применительно к таким отношениям, действительно придает проблеме, поставить которую попытался в своем запросе ВС РФ, конституционное измерение.

3.3. Таким образом, у КС РФ имеются следующие варианты применительно к Проверям Положениям (ст. 87 «Итоговое решение по делу» ФКЗ о КС):

- 1) признать их не соответствующими Конституции РФ;
- 2) признать их соответствующими Конституции РФ;
- 3) признать их соответствующими Конституции РФ в данном КС РФ истолковании.

И это вторая развилка для КС РФ.

Представляется, что правильным был бы вариант № 3.

При этом представляется, что надлежащий выбор пути невозможно осуществить, не осознавая, что все же является основным вопросом в рассматриваемой ситуации, каков подлинный смысл запроса ВС РФ.

4. Ключевой вопрос в рассматриваемой ситуации.

Подлинный смысл запроса ВС РФ.

Рейнкарнация теории «хозяйственного права»

4.1. Если внимательно изучить запрос ВС РФ в свете действующего законодательства РФ о третейском разбирательстве и правовых позиций КС РФ в его отношении, то станет ясно, что никаких вопросов по поводу конституционности ч. 6 ст. 4²² АПК РФ, п. 2 ст. 1²³ Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1²⁴ Закона об арбитраже (в отношении последней — с учетом сказанного выше в п. 1.3.1), быть не может.

В этих нормах сущностным является указание на возможность передачи в третейский суд спора, вытекающего из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Данные нормы отвечают требованиям определенности, ясности, не-

²² «По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом».

²³ «В третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства (далее также – стороны) передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом».

²⁴ «В арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом».

двусмысленности и их согласованности в системе действующего правового регулирования; в них отсутствует неточность, неясность и неопределенность²⁵.

Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П, принятое по запросу ВАС РФ по поводу арбитрабельности споров в связи с недвижимостью, также не оставляет сомнений в том, что нормы о передаче в третейский суд гражданско-правовых споров Конституции РФ не противоречат.

В свете этого представляется очевидным, что ключевой вопрос в рассматриваемой ситуации и подлинный смысл запроса ВС РФ — не в сомнениях по поводу ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже. С ними для всех все предельно ясно: сами по себе они конституционны.

Ключевой вопрос в рассматриваемой ситуации и подлинный смысл запроса ВС РФ в чем-то ином.

Исходя из общей формулы российского права «*Все споры из гражданско-правовых отношений арбитрабельны, если иное не предусмотрено федеральным законом*», несложно понять, что есть только три варианта, которые следует рассмотреть, чтобы такой смысл выявить.

4.2. Вариант А: *признать, что соответствующие отношения, регулируемые Законом № 223, гражданско-правовыми не являются.*

Это весьма любопытная опция, и с чисто технической точки зрения в пределах конституционного права ее существование отрицать нельзя.

Конечно же, в задачи КС РФ *сама по себе* квалификация тех или иных отношений как гражданско-правовых или не гражданско-правовых не входит: по запросам судов КС РФ компетентен лишь рассматривать дела о конституционности законов.

Однако перед КС РФ вполне может быть поставлен следующий, например, вопрос:

соответствуют ли Конституции РФ нормы Закона № 223 в той мере, в какой, исходя из сложившейся в РФ отраслевой системы правового регулирования и общих принципов соответствующих частей системы права — публичного или частного, эти нормы — по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, — рассматриваются в качестве не публично-правового, а частноправового способа воздействия на заказчиков, участников закупок и поставщиков, указанных в Законе № 223, ввиду того, что в такой правоприменительной практике природа и характер отношений между этими лицами квалифицируются в качестве гражданско-правовых?

Так, количество актов КС РФ, в которых он говорит о правовой природе отношений (правоотношений) или правовых институтов через призму конституционного права, выявляет ее (но не в качестве финальной цели, а лишь на промежуточном этапе в анализе конституционности законов), превышает 30.

Достаточно вспомнить следующее указание в абзаце шестом п. 4 Постановления от 26 мая 2011 г. № 10-П, связанное в том числе с соотношением частного и публичного права:

²⁵ Из конституционных принципов «*равенства и справедливости... вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования; неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного его истолкования и, следовательно, произвольного применения, т.е. противоречивую правоприменительную практику, и тем самым ослабляют гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан...*» (абзац второй п. 2 Постановления КС РФ от 26 ноября 2012 г. № 28-П).

«Такой подход [ВАС РФ], основанный на отождествлении публично-правовых споров и гражданско-правовых споров, решение по которым влечет за собой необходимость государственной регистрации прав на недвижимое имущество, не учитывает конституционно-правовую природу соответствующих правоотношений. Публично-правовой характер споров, предопределяющий невозможность их передачи на рассмотрение третейского суда, обуславливается не видом имущества (движимого или недвижимого), а спецификой правоотношений, из которых возникает спор относительно данного имущества, и составом участвующих в споре лиц. Требование же государственной регистрации недвижимого имущества не связано ни со сторонами спора, ни с характером правоотношения, по поводу которого он возник, — определяющим является природа объекта данного имущественного правоотношения».

К вопросу же о делении права РФ на публичное и частное, на взаимодействие между публично-правовыми и частноправовыми способами воздействия на субъектов оборота КС РФ также уже обращался:

в Постановлении от 18 июля 2008 г. № 10-П (абзацы первый, второй и пятый п. 3.4):

*«Конституционные принципы правового государства требуют от федерального законодателя при выборе средств и способов правового воздействия на субъектов предпринимательской деятельности основываться на сложившейся в Российской Федерации отраслевой системе правового регулирования и общих принципах соответствующих отраслей права — **публичного или частного**. При этом он вправе и обязан учитывать социальные, экономические и иные факторы, определяющие объективные пределы его конституционных полномочий.*

Осуществляя правовое регулирование в сфере государственного контроля (надзора)... федеральный законодатель обладает достаточно широкой дискрецией...

<...>

*...положения... Федерального закона... не отвечающие требованиям определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности с системой действующего правового регулирования, порождают противоречивую правоприменительную практику: суды квалифицируют предусмотренное указанными законоположениями правовое средство и как меру публично-правовой ответственности, карательную по своему характеру, и как возмещение в гражданско-правовом порядке расходов, понесенных государством, т.е. и как **публично-правовое, и как частноправовое средство воздействия** на индивидуальных предпринимателей...».*

в Постановлении от 24 июня 2009 г. № 11-П (абзац пятый п. 3):

*«...при выборе средств и способов правового воздействия федеральный законодатель не может игнорировать сложившуюся в Российской Федерации как правовом государстве отраслевую систему правового регулирования и общие принципы соответствующих отраслей права — **публичного или частного**. ...федеральный законодатель, учитывая социальные, экономические и иные факторы, а также исходя из неоднородного характера соответствующих правоотношений, вправе прибегать к их регулированию с использованием правовых средств не только в рамках одной отраслевой модели. Однако такое правовое регулирование во всяком случае не может не учитывать конституционные принципы справедливости, юридического равенства, пропор-*

циональности и соразмерности вводимых мер конституционно значимым целям и их согласованности с системой действующего правового регулирования»²⁶.

Кроме того, КС РФ давал конституционно-правовую квалификацию соответствующих отношений и в Постановлении от 31 мая 2016 г. № 14-П (по поводу системы «Платон» и платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения большегрузными транспортными средствами), где также возникал вопрос о том, являются ли правила насчет такой платы по своей природе частно- либо публично-правовыми.

Однако данный вариант с признанием соответствующих отношений, регулируемых Законом № 223, не гражданско-правовыми бесперспективен.

КС РФ на это никогда не пошел бы. В том числе и по причине того, что в ч. 1 ст. 2 «Правовая основа закупки товаров, работ, услуг» Закона № 223 имеется ссылка на ГК РФ: *«При закупке товаров, работ, услуг заказчики руководствуются Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами...».*

Более того, такое признание не нужно и самому ВС РФ: это было бы слишком скандальным с цивилистической точки зрения.

ВС РФ не отрицает того, что в рассматриваемом случае речь идет о гражданско-правовых отношениях (см. следующий пункт). Но акцент на этом одновременно он также не делает. Соответственно, детально обосновывать здесь то, что в рамках Закона № 223 действительно имеют место гражданско-правовые отношения, смысла нет.

При этом не утверждает ВС РФ и то, что в рассматриваемом случае нужно говорить именно о публично-правовых отношениях.

ВС РФ занимает «промежуточную» позицию.

4.3. Вариант Б: признать, что хотя соответствующие отношения, регулируемые Законом № 223, и являются гражданско-правовыми, однако характеризуются наличием в них такой концентрации общественно значимых публичных элементов, которая не позволяет признать споры из данных отношений арбитрабельными.

Вероятно, это и есть цель запроса в ее понимании ВС РФ, ведь ранее и ВАС РФ, и ВС РФ уже указывали: *«Наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элементов не позволяет признать [такие] споры... спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами»* (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12, Определение ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014)²⁷.

Кроме того, не зря же ВС РФ на стр. 8 запроса говорит о *«правовых принципах Закона о закупках товаров... исходя из самого их содержания, указывающих на наличие **существен-***

²⁶ Строго говоря, публичное и частное право – это не отрасли, а совокупности, группы отраслей либо подсистемы, ветви, части системы права. Вообще же, как известно, советское право в целом отвергло «буржуазное» деление права на публичное и частное, в связи с чем и началась после доклада А.Я. Вышинского 1939 г. разработка «отраслей» социалистического права (речь идет о докладе «Конституционные принципы Советского государства», прочитанном на общем собрании Отделения экономики и права АН СССР 3 ноября 1939 г.).

²⁷ Вообще-то, надо было писать *«общественно значимых».*

ной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений по закупке товаров отдельными видами юридических лиц (наличия бюджетного финансирования и государства как собственника таких субъектов)».

Следует отметить этот важный момент: ВС РФ говорит не о публично-правовом характере отношений, а об их «*существенной публично-правовой специфике*».

Однако КС РФ не следовало бы понимать смысл запроса таким же образом, как это делает ВС РФ.

Это было бы совершенно бесперспективно в конституционном плане, причем с точки зрения методологической, логической, а также исторической.

Концепция «концентрации общественно значимых публичных элементов в частном правоотношении», выдвинутая ВАС РФ и поддержанная ВС РФ, базируется на неверном методологическом и логическом подходе, суть которого состоит в том, чтобы «соединить несоединимое».

Учитывая, что все гражданско-правовые споры арбитрабельны, если иное не предусмотрено законом, при рассмотрении вопроса об арбитрабельности какого-либо спора у государственного суда есть выбор лишь между тремя вариантами:

а) спор является гражданско-правовым, вследствие чего может быть рассмотрен в третейском суде;

б) спор возник из административных и иных публичных правоотношений, что является основанием для признания спора неарбитрабельным;

в) в законах РФ содержится указание на невозможность рассмотрения данной категории споров, что влечет их неарбитрабельность.

А вот что сразу бросается в глаза при анализе судебных актов, основанных на концепции «концентрации»?

То, что споры, которые объявляются неарбитрабельными, и отношения, из которых они возникают, не квалифицируются в качестве собственно публично-правовых, а также то, что не отрицается, что они подпадают под действие ГК РФ.

Вот некоторые примеры:

*«Наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, **спорами исключительно частного характера** между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке — третейскими судами.*

<...>

*В связи с этим императивные требования Закона о размещении заказов не допускают возможность рассмотрения в третейских судах не только споров, возникающих при размещении заказов, но и споров, связанных с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью контрактов, **несмотря на подчинение последних требованиям гражданского законодательства.***

Компетенцию третейских судов по рассмотрению споров, связанных с исполнением и нарушением условий контрактов, не представляется возможным признать и на том основании, что вопросы заключения, изменения, исполнения, расторжения и недействительности одного и того же контракта связаны между собой единством правоотношения и подчинены единому правовому регулированию» (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12).

«Таким образом, наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие из договоров, предполагающих расходование бюджетных средств на достижение публично-значимых целей, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами.

<...>

...Специальные требования, предъявляемые законом и в целом публичным порядком Российской Федерации к отношениям в сфере реализации государством публично-значимых задач при расходовании на их решение бюджетных средств, обусловленные общественной значимостью таких отношений, и, соответственно, необходимостью публичного контроля за ними, соответствуют требованию правовой определенности, а, значит, являются предсказуемыми для участников гражданского оборота, в том числе в части использования процессуальных возможностей для защиты своих прав» (Определение ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014).

Вот так получается: вроде и частные это отношения и споры, но не вполне. Вроде и публично-правовые, но также не полностью. Некий «юридический мутант», «продукт юридической биотехнологии». Ни вашим ни нашим; ни рыба ни мясо²⁸.

Почему такой подход появился? Причины очевидны.

Объявлять соответствующие отношения чисто публично-правовыми ни Президиум ВАС РФ, ни ВС РФ не мог: это был бы цивилистический скандал. Но признавать такие отношения именно частноправовыми они не хотели: это автоматически вело бы к арбитрабельности споров из них, что явно шло бы вразрез с их позицией²⁹.

В свете этого можно утверждать, что само словосочетание «концентрация общественно значимых публичных элементов в частном правоотношении» есть не что иное, как оксюморон.

4.3.1. Тем, кто знаком с историей советской юриспруденции, тут же может прийти на ум сравнение такого подхода ВАС РФ и ВС РФ с теорией «хозяйственного права».

Одной из «изюминок» этой теории было то, что якобы «хозяйственное право регулирует „как отношения „по вертикали“, так и отношения „по горизонтали“ в государственном хозяйстве»³⁰, охватывает «как отношения „по вертикали“, так и отношения „по горизонтали“»³¹.

²⁸ Ни уму ни сердцу; ни себе ни людям (хотя понятно, что себе); ни пава ни ворона; ни кафтан ни ряса; ни сиво ни буро; ни тпру ни ну; ни да ни нет; ни богу свечка ни черту кочерга; ни в городе Богдан ни в селе Селифан; ни взад ни вперед; ни в мать ни в отца; ни дать ни взять; ни днем ни ночью; ни душой ни телом; ни жарко ни холодно; ни жив ни мертв; ни к селу ни к городу; ни два ни полтора; ни дна ни покрывки; ни мало ни много, ни много ни мало; ни мычит ни телится; ни стать ни сесть; ни так ни сяк; ни там ни сям; ни то ни другое; ни то ни сё; ни тот ни этот; ни туда ни сюда.

²⁹ Другой вопрос, что понять их позицию «против» в условиях полной третейской анархии, имевшей в РФ место до 1 ноября 2017 г., отчасти можно.

³⁰ Иоффе О.С. Правовое регулирование хозяйственной деятельности в СССР // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – М.: Статут, 2000. С. 717. Тут О.С. Иоффе цитирует статью В.В. Лаптева «О советском хозяйственном праве» (Советское государство и право. 1959. № 4).

³¹ Там же.

«...хозяйственно-правовая литература... присоединяет еще один, едва ли не самый существенный довод: неразрывность плановых (вертикальных) и договорных (горизонтальных) отношений в социалистическом хозяйстве. В этом, дескать, состоит прогрессивное качество социализма, не замеченное цивилистами и превозносимое „хозяйственниками“»³².

Эта идея звучит и сегодня: «Именно предпринимательское (хозяйственное) право посредством единого регулирования вертикальных и горизонтальных хозяйственных отношений может обеспечить формирование и функционирование разумной и нравственной экономики в России»³³.

«В соответствии с реальным положением вещей уже давно установлено, что хозяйственные отношения в современной сложной экономике по крайней мере со второй четверти XX века подвергаются активному государственному регулированию. При этом характерен комплексный подход к правовому регулированию указанных отношений, сочетающий в себе публично-правовые и частноправовые начала»³⁴.

На методологическую и логическую неосновательность такого «комплексного подхода», пытающего «соединить комплексно», воедино публичное и частное, в отечественной литературе указывалось уже много раз на протяжении десятилетий.

«...речь идет о правовом оформлении и защите в одном случае конкретного (частного), а в другом — публичного (общественного) интереса. Отрицать значение обеих этих групп интересов так же бессмысленно, как и их взаимодействие и переплетение в конкретных ситуациях. Поэтому границы указанных областей исторически достаточно подвижны, изменчивы, что, в частности, связано с необходимостью достигать согласованности и взаимодействия частного и публичного права в регулировании конкретных общественных отношений. Однако до появления „хозяйственно-правовой концепции“ никто не думал противопоставлять частное право не публичному, а некоему „публично-частному“ праву, критерии образования и границы которого, подобно некоторым божественным „откровениям“, до сих пор понятны лишь на интуитивном уровне, доступном для восприятия только сторонникам этих взглядов»³⁵.

Попробуем взглянуть на концепцию ВС РФ о «концентрации общественно-значимых публичных элементов в частном правоотношении» через призму идей теории «хозяйственного права», приведя пару примеров.

«Они [сторонники «хозяйственного права»] считают, что гражданское право, какому бы обновлению оно ни подверглось в процессе кодификации, вообще, по своей природе неспособно регулировать хозяйственную деятельность социалистических организаций. Таков же их взгляд на административное право. Объединять в едином кодексе [ГК РСФСР] правовое регулирование отношений с участием как граждан, так и социалистических организаций —

³² Иоффе О.С. О хозяйственном праве (теория и практика) // Ленинградский юридический журнал. 2005. № 2. С. 183 (<https://cyberleninka.ru/article/n/o-hozyaystvennom-prave-teoriya-i-praktika>).

³³ Шишкин С.Н. Принцип партнерства хозяйствующих субъектов как фундаментальное начало правового обеспечения нравственной экономики // Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность / Отв. ред.: академик РАН А.Г. Лисицын-Светланов; д.ю.н., профессор Н.И. Михайлов; д.ю.н., профессор С.С. Занковский. Институт государства и права Российской академии наук. — М., 2014. С. 181.

³⁴ Мамутов В. Понятийно-правовая эквилибристика не может заменить предметного исследования // Хозяйство и право. 2001. № 8. С. 17.

³⁵ Маковский А., Суханов Е. Еще раз о хозяйственном праве, текущем моменте и об ошибках т. Мамутова // Хозяйство и право. 2001. № 8. С. 23.

значит, с их точки зрения, вступать в противоречие с потребностями жизни, в противоречии с теорией и практикой коммунистического строительства»³⁶.

Вот перевод этих слов на язык концепции «концентрации»: «Арбитраж, какому бы обновлению он ни подвергся в процессе реформы законодательства, вообще, по своей природе неспособен быть пригодным для разрешения споров из хозяйственной деятельности государственных организаций. Объединять в едином законе об арбитраже правовое регулирование разрешения споров из отношений с участием как исключительно частных лиц, так и государственных организаций — значит вступать в противоречие с потребностями жизни, в противоречии с теорией и практикой строительства государственного капитализма в РФ».

Вот второй пример из теории «хозяйственного права»: «„Имущественные отношения, складывающиеся в социалистическом хозяйстве между государственными организациями, по своему основному содержанию существенно отличаются от имущественных отношений между гражданами или с участием граждан“. Поэтому они и должны быть переключены из гражданского права в область хозяйственного права»³⁷.

А вот перевод этих слов на язык концепции «концентрации»: «Отношения по поводу разрешения споров, складывающиеся в российском государственном хозяйстве между государственными организациями, по своему основному содержанию существенно отличаются от отношений по поводу разрешения споров между исключительно частными лицами. Поэтому они и должны быть переключены из третейского разбирательства в область АПК РФ».

Аналогичные примеры можно приводить еще очень долго, и уверен, что обнаружить при их помощи можно еще массу всего занятого.

Как видно, концепция «концентрации общественно-значимых публичных элементов в частном правоотношении» по сути базируется на посылах теории «хозяйственного права», причем посылах ложных, что в цивилистике СССР и РФ уже было неоднократно и убедительно показано.

При этом цивилисты никогда не отрицали значение публичного права для регулирования оборота³⁸, но отказывались смешивать при помощи «комплексного подхода» частное право и публичное, предлагая четко ограничивать гражданско-правовые отношения (по горизонтали) от административных отношений (по вертикали).

А в контексте третейского разбирательства это означает признание арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений, однако с допущением ее ограничения законом в публичных интересах.

Концепция же «концентрации» предлагает совсем иное: найти, узреть в гражданско-правовых отношениях публичный элемент и на этом основании ограничить арбитрабель-

³⁶ Иоффе О.С. Правовое регулирование хозяйственной деятельности в СССР // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – М.: Статут, 2000. С. 707.

³⁷ Там же. С. 711–712. Во внутренних кавычках приведена цитата из следующей статьи: Лаптев В.В. О советском хозяйственном праве // Советское государство и право. 1959. № 4. С. 77.

³⁸ «Отрицание серьезнейшего, нередко решающего влияния на предпринимательскую деятельность и на имущественные отношения в целом налогового, таможенного, антимонопольного, валютного и иных отраслей законодательства, относящихся к сфере публичного права, либо включение их в сферу гражданского (частного) права было бы такой же нелепостью, как и проповедуемый сторонниками „хозяйственного права“ полный отказ от частноправового регулирования и пренебрежение частными интересами в угоду публичным» (Маковский А., Суханов Е. Еще раз о хозяйственном праве, текущем моменте и об ошибках т. Мамутова // Хозяйство и право. 2001. № 8. С. 24).

ность в условиях, когда закон исключений для нее не устанавливает. Этим достигается дерогационный эффект: лишение третейского суда права рассматривать спор с обеспечением такого права в пользу именно что государственного арбитражного суда.

Добро бы Президиум ВАС РФ или ВС РФ утверждали, что тут имеют место не гражданско-правовые отношения, а публично-правовые. Но ведь они это не делали — они не отрицали наличие у соответствующих отношений гражданско-правового характера.

Они лишь использовали для характеристики таких отношений различные витиеватые словесные формулы и аргументы в стремлении создать у всех впечатление, что эти отношения по-прежнему гражданско-правовые, но все же «осложнены» публичным элементом, ввиду чего и требуют отдельного к себе отношения.

При всем этом очень важно понимать, что ВАС РФ и ВС РФ не предлагали и не предлагают использовать подходы теории «хозяйственного права» для регулирования материальных отношений³⁹.

Нет, они их задействовали в процессуальной сфере — для обеспечения компетенции именно у государственных арбитражных судов и ограничения арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений.

По сути ВАС РФ и ВС РФ вольно или невольно приспособили теорию «хозяйственного права» к процессуальной сфере, «изобрели» «хозяйственно-юрисдикционно-третейское право», причем в целях ограничения арбитрабельности соответствующих споров и расширения компетенции государственных арбитражных судов.

Помимо отношений по горизонтали и по вертикали ВАС РФ и ВС РФ предложили новый «любопытный» концепт применительно к третейской сфере — «отношения по диагонали».

Но ВАС РФ и ВС РФ в данном плане лишь следуют давней, мощной, многоаспектной тенденции в праве, в том числе отечественном — некорректным попыткам создать множество «гибридных», «комплексных», «смешанных» правовых отраслей⁴⁰. Они не открыли ничего нового, если не считать «свежим словом» их попытки ограничить арбитрабельность споров в РФ.

Так что можно лишь повторить слова, высказанные еще в 2001 г.⁴¹: «...следует вновь предупредить: „Осторожно! Хозяйственно-правовая мысль еще работает!“».

Думается, что при этом осознанное обращение к теории «хозяйственного права» места со стороны ВАС РФ или ВС РФ не имело. Но тем интереснее то, что ошибки, допущенные данной теорией, предложенной в период доминирования государства в социалистической экономике СССР, были вновь совершены именно тогда, когда наше современное государство стало усиливать свою роль в капиталистической экономике РФ. И тогда, и сегодня это происходило и происходит ради расширения компетенции (а понятие это, кстати, всегда играло в теории «хозяйственного права» огромную роль). Кроме того, в СССР

³⁹ Будем надеяться, что это не произойдет и в будущем.

⁴⁰ Об этом можно много чего еще сказать. Интересующихся можно отослать к очень интересной рецензии Е.А. Суханова «Об отраслях права и их систематизации в австро-германской правовой доктрине (краткий обзор фундаментального труда)» (Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 2. С. 295–302), в которой упоминается в том числе и о теории «хозяйственного права».

⁴¹ *Маковский А., Суханов Е.* Еще раз о хозяйственном праве, текущем моменте и об ошибках т. Мамутова // *Хозяйство и право.* 2001. № 8. С. 26.

указанную теорию во многом поддерживали представители государственного арбитража. В свете этого логично, что ВС РФ, будучи наследником ВАС РФ (в данном плане, а не вообще по смелости и ряду иных параметров), в свою очередь, являвшегося наследником госарбитража, их ошибки повторяет.

Теория «хозяйственного права» потерпела историческое поражение и отражения в праве РФ, в отличие от права Украины, не нашла — об этом при анализе запроса ВС РФ нельзя не помнить.

4.3.2. Можно привести еще многие страницы с доводами по поводу того, что никакого «осложнения» публичным элементом гражданско-правовых отношений в данном случае нет и быть не может. Участие в этих отношениях заказчиков, которые связаны с государством или оказанием обществу важных услуг, не лишает рассматриваемые отношения в связи с Законом № 223 статуса именно что гражданско-правовых.

В пользу этого говорит хотя бы то, что:

поставка товаров для государственных или муниципальных нужд и подрядные работы для государственных или муниципальных нужд регулируются ГК РФ (§ 4 «Поставка товаров для государственных или муниципальных нужд» его главы 30 «Купля-продажа» и § 5 «Подрядные работы для государственных или муниципальных нужд» его главы 37 «Подряд»);

Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44) в п. 3 ч. 1 ст. 1 называет контракты для обеспечения государственных и муниципальных нужд гражданско-правовыми договорами.

Уж если только что упомянутые отношения являются гражданско-правовыми, то тем более ими должны быть отношения, регулируемые Законом № 223.

Несложно понять, что на деле Закон № 223 особым образом дополняет Закон № 44.

Закон № 44 охватывает заказчиков, формирующих «ближний, внутренний властно-бюджетный круг» для центров российских «суверенной государственности»⁴² и муниципальности (местного самоуправления), причем деятельность этих субъектов связана с выступлением от имени РФ или муниципальных образований, с реализацией властных полномочий и (или) с получением средств напрямую и не на конкурсной основе из соответствующих бюджетов.

Закон № 223 распространяется уже на заказчиков, хотя и аффилированных с указанными центрами и субъектами, но занимающихся не вопросами власти, а экономической деятельностью, причем на коммерческой основе и на условиях конкуренции (пусть отчасти и со всеми известными искажениями конкурентной среды). Они формируют «дальний, внешний экономически-конкурентный пояс» указанных центров.

Заказчики по Закону № 44 — властные агенты российских «суверенной государственности» и муниципальности.

Заказчики по Закону № 223 — экономические агенты последних, к которым и к деятельности которых ГК РФ применим, как и к частным субъектам, особенно в свете конституционного принципа равенства.

Первые специализируются на *acta iure imperii* либо на получении бюджетных средств, тогда как вторые — на *acta iure gestionis* и на конкурентной деятельности (пусть отчасти и со всеми известными искажениями конкурентной среды).

⁴² См. это словосочетание в Преамбуле Конституции РФ.

Но что их объединяет, так это определенная степень близости к власти, государственной и муниципальной. Именно потому цели, указанные в Законе № 223 и в Законе № 44, пересекаются. Но отсюда вовсе не следует вывод, к которому приходит ВС РФ, — что споры, возникающие из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых выступают указанные в этом Законе заказчики, участники закупок и поставщики, являются неарбитрабельными. На самом деле определенное совпадение таких целей не лишает заказчиков по Закону № 223 статуса частных лиц, к которым ГК РФ применим. И заказчики по Закону № 223 не то чтобы имеют гораздо больше сходств с частными лицами, нежели заказчики по Закону № 44: все они именно такими частными лицами и являются.

4.3.3. При этом значимость применимости ГК РФ и вышеуказанного принципа равенства к деятельности заказчиков по Закону № 223 и других частных лиц особенно хорошо позволяют почувствовать положения Доклада Рабочей группы по присоединению РФ к Всемирной торговой организации, который в контексте права ВТО имеет очень важное юридическое значение (см. также Протокол о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г. (Женева, 16 декабря 2011 г.)):

«98. Члены Рабочей группы заявили о своих ожиданиях от Российской Федерации обеспечения того, что практика предприятий, находящихся в собственности государства либо контролируемых государством, и предприятий, наделенных исключительными и специальными привилегиями, будет с даты присоединения к ВТО приведена в соответствие с соответствующими требованиями ВТО. Данные члены запросили подтверждения, что после присоединения Российской Федерации к ВТО закупки и продажи, осуществляемые данными предприятиями, вне зависимости от нахождения в собственности государства либо под контролем государства, а также наличия специальных или исключительных привилегий, будут осуществляться исключительно на основе коммерческих соображений, без какого-либо влияния Правительства Российской Федерации либо применения дискриминационных мер.

99. Представитель Российской Федерации подтвердил наличие в Российской Федерации предприятий, находящихся в собственности государства либо контролируемых государством, деятельность которых связана с извлечением прибыли. В Российской Федерации также имеются предприятия с исключительными или специальными привилегиями в отношении ведения коммерческой деятельности. Он также подтвердил, что с даты присоединения Российской Федерации к ВТО такие предприятия при осуществлении коммерческой деятельности будут осуществлять не предназначенные для государственных нужд закупки и продажи в рамках международной торговли таким образом, который соответствует применимым положениям Соглашения ВТО. Он подтвердил, что, в частности, такие предприятия будут совершать закупки и продажи, руководствуясь коммерческими соображениями, включая цену, качество, доступность, реализуемость и транспортировку а также предоставят предприятиям других членов ВТО адекватные в соответствии с обычной деловой практикой возможности для конкуренции за участие в таких закупках и продажах. Он также подтвердил, что в рамках обязательств Российской Федерации по услугам, включая ограничения, закрепленные в Перечне специфических обязательств по услугам, права и обязательства Российской Федерации по ГАТС, включая меры Российской Федерации регулятивного характера, охватываемые Соглашением ВТО, включая правила ценообразования и без ущерба для обязательств, прав, обязанностей, и мер, соответствующих данным обязательствам, правам и обязанностям, Российская Федерация обеспечит,

что деятельность таких предприятий будет осуществляться в соответствии с положениями, изложенными в данном пункте. Он также подтвердил, что после присоединения к ВТО Российская Федерация будет представлять нотификации в отношении предприятий, подпадающих под Договоренность о толковании статьи XVII ГАТТ-94. Рабочая группа приняла к сведению данные обязательства».

4.3.4. КС РФ указал на некоторые ориентиры для квалификации отношений и споров из них как публично-правовых или частноправовых в том числе и в Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П (абзац шестой п. 4):

«Публично-правовой характер споров, предопределяющий невозможность их передачи на рассмотрение третейского суда, обуславливается не видом имущества (движимого или недвижимого), а спецификой правоотношений, из которых возникает спор относительно данного имущества, и составом участвующих в споре лиц. Требование же государственной регистрации недвижимого имущества не связано ни со сторонами спора, ни с характером правоотношения, по поводу которого он возник, — определяющим является природа объекта данного имущественного правоотношения».

Итак, если исходить из вышеизложенного указания КС РФ, то публично-правовой или частноправовой характер спора определяется составом участвующих в нем лиц, а также спецификой правоотношений, из которых возникает спор, характером этих правоотношений.

Кстати, несложно заметить, что из приведенной позиции КС РФ и особенностей словоупотребления в ней вытекает, что характер спора определяется характером правоотношения, из которого возник спор. Это вполне логично, хотя и может звучать несколько тривиально.

4.3.5. Что касается состава лиц в рассматриваемой ситуации, то представляется, что заказчиков, участников закупок и поставщиков, указанных в ст. 1 Закона № 223, нельзя не квалифицировать в той их роли, в которой они выступают в рамках данного Закона, — в качестве субъектов именно частного права.

Вступая в отношения, регулируемые Законом № 223, и участвуя в них, эти лица не выступают в качестве властных субъектов или персон, наделенных публично значимыми функциями.

Если говорить именно о составе лиц в рассматриваемой ситуации и их статусе, то из ч. 1 ст. 1 «Цели регулирования настоящего Федерального закона и отношения, регулируемые настоящим Федеральным законом»⁴³ Закона № 223 ясно следует, что, вступая в отношения, регулируемые данным Законом, и реализуя их, заказчики, участники закупок и поставщики преследуют свои личные цели и интересы, а вовсе не публично значимые:

⁴³ «Целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для **своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее – заказчики)**, в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, **расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также – закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия**, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений».

«своевременно[е] и полно[е] удовлетворени[е] потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее — заказчики)... расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также — закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия...».

Публично значимые цели преследует сам указанный Закон, а не заказчики по нему.

Эти заказчики могли бы считаться лицами публичного права только в одном случае: если бы они выполняли властные функции.

Будь иначе, то тогда в чем был бы смысл в главе 5 «Участие Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством» ГК РФ?

Не зря говорил О.С. Иоффе: *«...не подлежит сомнению, что исходные посылки хозяйственно-правовой концепции не выдерживают критической проверки. Необходимо также подчеркнуть, что эта концепция сопровождается большим ущербом, нанесенным юридической науке и законодательной практике.*

Важным достижением довоенного правоведения была разработка двух критериев построения правовой системы: предмет регулирования, т.е. регулируемые каждой отраслью права специфические отношения, и метод регулирования, т.е. тот способ правового воздействия на эти отношения, какой их природой обуславливается»⁴⁴.

ВС РФ о таком достижении забыл, а его концепция «концентрации» тоже наносит правовому обороту ущерб.

В публичных отношениях имеет место регулирование на началах власти и подчинения. В гражданских — на началах равенства.

Разве в Законе № 223 применительно к заказчикам и тем, кто с ними вступает в отношения, используются начала власти и подчинения? Нет.

Ввиду этого отношения таких заказчиков и их контрагентов — гражданско-правовые.

Но как же быть с теми «публичными элементами», о которых говорит ВС РФ? Неужели они не имеют никакого значения?

Имеют, конечно. Но ни один из них⁴⁵ не является «фактором, изменяющим саму природу гражданско-правовых отношений», а «имеет целью обеспечение их большей прозрачности и достоверности, служит дополнительной гарантией надлежащего оформления совершаемых сделок и позволяет осуществлять контроль за их правомерностью» и «не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее возможность передачи [соответствующих] споров... на рассмотрение третейских судов», что «суть [спорного правоотношения]... остается частноправовой».

Данные элементы являются для частноправовых отношений по Закону № 223 внешними моментами. В этих моментах выражается, безусловно, публичный интерес. Но он сам по себе, а частноправовые отношения — сами по себе. Такие элементы и отношения взаимодействуют между собой, но без слияния с взаимопоглощением. Никакой диффузии здесь не происходит.

Разве можно отрицать, что по Закону № 223 свобода договора определенным образом ограничивается публичными интересами? Нет.

⁴⁴ Иоффе О.С. О хозяйственном праве (теория и практика) // Ленинградский юридический журнал. 2005. № 2. С. 184 (<https://cyberleninka.ru/article/n/o-hozyaystvennom-prave-teoriya-i-praktika>).

⁴⁵ Сразу ниже используются формулировки из абзаца девятого п. 4 Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П.

Разве можно не признавать, что государство вмешивается при помощи данного Закона в частные дела? Нет.

Но все это тем не менее не лишает такие отношения статуса гражданско-правовых.

Именно в контексте разграничения между началами власти и подчинения, с одной стороны, и началами равенства — с другой, и следует понимать приведенные выше слова КС РФ о «специфике правоотношений, из которых возникает спор..., и составе участвующих в споре лиц».

КС РФ не зря всегда разграничивал частное право и публичное, частные интересы и публичные. Также не случайно он всегда говорил о необходимости баланса между ними, а не об их слиянии.

КС РФ частно-публичный гермафродитизм еще не признавал⁴⁶.

При этом защита публичных интересов не нуждается в том, чтобы последние «внедряли» «публичные элементы» в частные отношения: это было бы признанием слабости у самих публичных интересов. А в РФ она у них сегодня отсутствует, если только такие интересы не начинают прикидываться чем-то другим. Впрочем, понятно, что аппетит приходит во время еды.

Кстати, можно долго сравнивать между собой Закон № 223 и Закон № 44: по субъектам, по целям, по предмету регулирования, по порядку и этапам заключения и исполнения договоров и т.д. Но все это большого смысла не имеет, хотя может быть косвенно и небезопасным для обоснования арбитрабельности соответствующих споров по Закону № 223.

Во-первых, данные споры в свете сказанного выше носят именно гражданско-правовой характер.

Во-вторых, если споры из контрактов по Закону № 44 уже признаны принципиально арбитрабельными, то тем более такими надлежит признавать указанные споры по Закону № 223.

Таким образом, КС РФ следует, само собой, оставаться в стороне от упомянутых «изобретений» и ошибок в подходе ВС РФ.

В том числе по причине, указанной в следующем пункте с его двумя подпунктами.

4.4. Часть 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает: *«Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».*

Каким образом арбитрабельность соответствующих споров по Закону № 223 может подрывать основы конституционного строя, нравственность, здоровье? Никаким.

Может быть, речь идет о том, что она способна в связи с некоторыми договорами подрывать оборону страны и безопасность государства? Если и так, то соответствующим лицам просто не надо заключать арбитражные соглашения по этим договорам.

Может, она нарушает права и законных интересов других лиц? Но в таком случае нужно не запрещать, а использовать надлежащие механизмы для защиты данных прав и законных интересов.

⁴⁶ Можно продолжить метафору: тогда получается, что советское время было по преимуществу эпохой «андрогиннов» из платоновского «Пира», «страшных своей силой и мощью».

На это указывают и правовые позиции КС РФ, говорящем о правомерной заботе «о надлежащем соблюдении конституционных критериев необходимости, соразмерности (пропорциональности) и справедливости ограничения прав и свобод человека и гражданина» (абзац четвертый п. 5.2 Постановления от 10 февраля 2017 г. № 2-П).

4.4.1. Более того, если ограничения прав и свобод вводить, то именно законом, который должен быть ясным и определенным.

КС РФ еще 20 лет назад указал:

«Конституция Российской Федерации, так же как и ряд международно-правовых норм, определяет общие принципы установления возможных ограничений прав и свобод, обязательные для законодателя.

Подобные ограничения могут быть установлены только в федеральном законе (часть третья статьи 55). Это означает, что нормативные акты иного уровня, включая ведомственные, а тем более неопубликованные или носящие закрытый характер, не только не могут устанавливать каких-либо ограничений прав и свобод, но и регулировать порядок и основания их применения, условия, пределы, сроки и другие существенные признаки этих ограничений.

Положения Закона, касающиеся возможных ограничений прав и свобод, должны быть ясны и определены. Этот принцип, вытекающий из требований статьи 19 Конституции Российской Федерации, неоднократно был выражен в позициях Конституционного Суда как необходимое условие недопущения произвола при применении закона (см. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 25.04.95 и др.). Установленные ограничения должны быть четки и понятны любому гражданину и должностному лицу. Норма должна не допускать произвольного толкования, ясно устанавливать пределы ограничений и степень усмотрения исполнительных органов. В противном случае нарушается принцип верховенства закона (статьи 76, 90, часть 3, 115, часть 3, Конституции Российской Федерации).

Установление ограничений прав и свобод должно быть соразмерно защищаемым Конституцией и законами ценностям правового государства. Эти ограничения должны учитывать необходимый баланс интересов человека, общества и государства» (абзацы первый—четвертый п. 3 Определения от 14 июля 1998 г. № 86-О).

Эти требования применимы *mutatis mutandis* и к судебной власти.

Часть 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже данным требованиям отвечают: они ясны и определены.

Нельзя не вспомнить и то, что ст. 33 «Споры, подлежащие передаче на рассмотрение третейского суда» АПК РФ дает перечень неарбитрабельных споров и завершается следующим положением: «8) иные споры в случаях, прямо предусмотренных федеральным законом». Аналогичное положение имеется и в ст. 22¹ «Споры, подлежащие передаче на рассмотрение третейского суда» ГПК РФ.

Казалось бы, в ходе реформы, закончившейся принятием Закона об арбитраже, законодатель все четко определил: гражданско-правовые споры арбитрабельны, а публичные интересы подлежат защите при помощи принятия федерального закона.

4.4.2. Но вдруг появляется ВС РФ, который не отрицает гражданско-правовой характер соответствующих споров, однако на основании некорректных посылок считает их полупубличными, «осложненными публичными элементами» (оксюморон) и ввиду этого неарбитрабельными.

Тут имеет место сознательный софизм, осознанное допущение логической ошибки в форме подмены понятий.

Сначала частноправовая природа отношений подменяется их некоей «квазипубличной» природой. Объявляется, что в эту частноправовую природу следует «подмешать» соответствующие публично-правовые элементы, включая публичную цель Закона № 223. Вместе с тем делается еще одна ошибка — смешиваются несмешиваемые вещи: частная природа отношений и публичная цель, которую преследует закон. Забывается о п. 1 ст. 1 ГК РФ, где упоминается о «недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела»: неужели допустимое публичной нормой вмешательство в частные дела лишает последние их природы?

Затем идет следующая подмена: концепция «концентрации общественно-значимых публичных элементов в частном правоотношении» по сути выдвигается как равнозначная оговорке «если иное не установлено федеральным законом» в ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже.

В итоге ВАС РФ и ВС РФ брали на себя смелость подменять законодателя.

Однако ВС РФ выбрал ненадлежащий в данном случае способ защиты публичных интересов: не федеральный закон, а указанную собственную концепцию «концентрации». Более того, тем самым он на деле еще и предлагает использовать неясный и неопределенный подход, что тем более не отвечает конституционным требованиям.

В том, что концепция «концентрации общественно-значимых публичных элементов в частном правоотношении» страдает неясностью и неопределенностью, сомнений быть не может.

Что вообще такое «публичный элемент»?

Где тот уровень концентрации, который превращает спор из арбитрабельного в неарбитрабельный? Сколько песчинок образует кучу? «Одна снежинка — еще не снег, еще не снег // Одна дождевка — еще не дождь»⁴⁷. А сколько же их требуется?

ВС РФ ответы не дает и дать не может, но вместо этого использует смутные, расширительные и чрезмерно оценочные критерии и интерпретации.

4.5. Так что именно описанную выше идею ВС РФ по сути и предлагает в своем запросе. Соглашаться с ней в свете вышесказанного нельзя.

Таким образом, остается последний логически возможный вариант.

Вариант В: признать, что хотя соответствующие отношения, регулируемые Законом № 223, и являются гражданско-правовыми, однако споры из таких отношений неарбитрабельны ввиду необходимости защиты публичных интересов, преследуемых Законом № 223, поскольку при оценке в данном случае баланса частных и публичных интересов приоритет следует отдать последним.

Является очевидным, что не только *prima facie*, но и *ad postreum* с конституционной точки зрения природу и характер отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, необходимо определять как гражданско-правовую.

Но вместе с тем важно подчеркнуть — без ущерба для обеспечения и защиты публичных интересов, преследуемых Законом № 223. При этом было бы крайне наивным отрицать наличие последних.

⁴⁷ Слова из песни из кинофильма «Три дня в Москве» (Мосфильм, 1974).

Именно это и позволяет говорить о правомерности постановки вопроса об арбитрабельности / неарбитрабельности споров из частноправовых отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223. Вопрос не в том, являются ли данные отношения частноправовыми, а в ином: является ли арбитраж надлежащим средством для разрешения споров из таких отношений в контексте соотношения частных и публичных интересов?

При этом, само собой, невозможно заявлять о том, что третейское разбирательство не так уж и отличается от рассмотрения дел в государственных судах, и ссылаться на то, что *«к рассмотрению споров в третейских судах должны применяться те же процессуальные гарантии, что и при рассмотрении споров в государственных судах»* (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 9807/11 по делу № А63-11532/2010). ВАС РФ говорил об использовании одних и тех же основополагающих гарантий, но не стирал серьезные процессуальные различия между этими двумя системами разрешения споров, которые все же друг от друга очень серьезно отличаются. Можно с равным успехом неверно говорить о том, что, например, попытки сделать разбирательство в государственных судах проще или же предложения расширить для них возможности выносить судебные акты без мотивировочной части приведут к неформальной процедуре и к снижению гласности в таких судах, что сделает их ближе к третейским судами. Нет, в РФ так не будет.

Из сказанного следует, что подлинный смысл запроса ВС РФ следует понимать как предложение КС РФ признать, что хотя соответствующие отношения, регулируемые Законом № 223, и являются гражданско-правовыми, однако споры из таких отношений неарбитрабельны ввиду необходимости защиты публичных интересов, преследуемых Законом № 223, поскольку при оценке в данном случае баланса частных и публичных интересов приоритет следует отдать последним.

Именно так и следует оценивать просительную часть в запросе, даже если в ней нет ничего напоминающего только что сказанное и даже если ВС РФ имел в виду что-то иное.

Это и есть ключевой вопрос в рассматриваемой ситуации.

Концепция «концентрации» ВС РФ ведет в логические и методологические тупики, тогда как разграничение между именно частноправовыми отношениями и необходимостью защиты публичного интереса, предлагаемое цивилистикой, — нет.

Концепция «концентрации» вредит самому публичному праву, обществу и государству, а данное предлагаемое цивилистикой разграничение — нет.

Первая направлена на полное смешение частного и публичного права, а указанное разграничение — на обеспечение баланса между ними.

Таким образом, мы оказываемся в сфере конституционного вопроса о соотношении частных и публичных интересов, о балансе между ними.

Иными словами, вполне возможно соотносить между собой публичные цели, преследуемые Законом № 223, и публичные интересы, им защищаемые, с ценностями частного характера, включая принципы третейского разбирательства. В конституционном плане эти вещи являются более чем сопоставимыми.

В свете изложенного выше КС РФ тем более не следует отказываться рассматривать запрос ВС РФ по существу.

Но какие именно публичные интересы преследует Закон № 223?

5. Публичные интересы, защищаемые Законом № 223.

Соотношение обеспечения таких интересов с квалификацией отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, как частноправовых

5.1. Часть 1 ст. 1 «Цели регулирования настоящего Федерального закона и отношения, регулируемые настоящим Федеральным законом» Закона № 223 предусматривает: *«Целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части настоящей статьи (далее — заказчики), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также — закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений».*

5.2. Какие из этих целей предполагают обеспечение не столько частных интересов, сколько именно публичных, какие из них не вписываются в рамки частного права?

1) обеспечение единства экономического пространства? Нет.

Само собой, обеспечение публичного интереса в этой цели очевидно, однако тут имеет место обеспечение также и частных интересов. Как известно, п. 5 ст. 1 ГК РФ предусматривает: *«Товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются на всей территории Российской Федерации».*

Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей».

Так что эта цель обеспечивает и публичные, и частные интересы, а делать в ее свете вывод о том, что именно она должна превращать споры из соответствующих гражданско-правовых отношений, регулируемых Законом № 223, в неарбитрабельные, просто невозможно;

2) создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей заказчиков в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности? Нет, конечно же.

До тех пор пока цены государством не диктуются, создание таких условий полностью отвечает как публичным, так и частным интересам. При этом частным даже в большей степени. Именно такое удовлетворение частных интересов влечет удовлетворение публичного интереса, а никак не наоборот.

Но в то же время важно понимать, что то обстоятельство, что данная цель направлена на защиту частных интересов, не исключает наличие в Законе № 223 иных целей — публичных;

3) эффективное использование денежных средств? Нет.

Сказанное в предыдущем подп. 2 применимо *mutatis mutandis* и здесь;

4) расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупках для нужд заказчиков и стимулирование такого участия? Нет.

Сказанное в предыдущем подп. 2 применимо *mutatis mutandis* и здесь;

5) развитие добросовестной конкуренции? Нет.

Сказанное в предыдущем подп. 2 применимо *mutatis mutandis* и здесь;

6) обеспечение гласности и прозрачности закупок?

А вот здесь уже можно констатировать превалирование публичного интереса, обеспечение которого для законодателя оказывается важнее обеспечения той конфиденциальности частных дел, которая вытекает из таких основных начал цивилистики, как признание равенства участников отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав (ст. 1 ГК РФ);

7) предотвращение коррупции и других злоупотреблений?

Здесь превалирование публичного интереса над частными уже просто неоспоримо.

5.3. Итак, из семи целей, указанных в Законе № 223, только две последние предполагают обеспечение не столько частных интересов, сколько и исключительно публичных, и не вписываются в рамки частного права:

обеспечение гласности и прозрачности закупок;

предотвращение коррупции и других злоупотреблений. При этом под «злоупотреблениями» здесь следует понимать, как представляется, не только те, которые носят чисто цивилистический характер.

Только две цели.

И важно понимать, что одна из них главенствующая, а другая — подчиненная.

Главенствует, само собой, цель предотвращения коррупции и других злоупотреблений. С ними предлагается бороться именно при помощи обеспечения гласности и прозрачности закупок.

По этой причине ВС РФ не вполне прав, когда в запросе основное противоречие целей Закона № 223 принципам третейского разбирательства усматривает именно в расхождении таких целей с принципом конфиденциальности.

5.4. И как соотносить два отмеченных публичных интереса, защищаемых Законом № 223, с квалификацией отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, в качестве частноправовых?

Может быть, все-таки эти публичные интересы могут *«рассматриваться как влияющ[ие] на природу спора в целом»* между заказчиками, и (или) участниками закупок, и (или) поставщиками?⁴⁸ И они являются *«фактор[ами], изменяющим[и] саму природу... отношений»* между этими лицами? Причем они *«затрагива[ют] сам[о] содержи[е] гражданско-го права и... ограничива[ют] свободу договоров»*?

Нет, конечно же.

Гражданско-правовые отношения — сами по себе, а обеспечение публичных интересов — само по себе. Смешивать их нельзя: это было бы методологической и логической ошибкой.

Никакого противоречия здесь нет: одно может существовать независимо от другого.

Примеров соотношения этих двух вещей, когда они взаимосвязаны, но в то же время и друг от друга независимы, множество: начиная с регистрации юридических лиц либо лицензирования и заканчивая нотариальной формой завещаний.

⁴⁸ Здесь и далее в настоящем абзаце используются *mutatis mutandis* формулировки из Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П.

При этом, конечно же, в случае с отношениями между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, имеют место ограничения свободы договора и вмешательство в частные дела (но не недопустимое все же, как представляется).

При помощи чего?

Двух вещей:

- особых правил о заключении договоров;
- особых правил о гласности и прозрачности закупок.

Ради чего?

- Обеспечения гласности и прозрачности закупок.
- Предотвращения коррупции и других злоупотреблений.

При этом первое подчинено второму.

Кстати, да, звучит несколько странно. Закон № 223 указывает в качестве одной из своих целей обеспечение гласности и прозрачности закупок. И как он ее достигает? Опять-таки при помощи своей ст. 4 «Информационное обеспечение закупки». Цель тут не просто оправдывает средства, но и совпадает с ними. На самом же деле обеспечение гласности и прозрачности закупок должно быть инструментом для достижения такой цели, как предотвращение коррупции и других злоупотреблений. Ну да что делать, недостатки законодательной техники.

В любом случае становится ясно, что вот она, основная публичная цель Закона № 223, вот он, основной защищаемый им публичный интерес: предотвращение коррупции и других злоупотреблений (не только цивилистических, надо полагать).

5.5. Закон № 223 обеспечивает и защищает такой интерес — предотвращение коррупции и других злоупотреблений в отношениях с участием заказчиков — применительно к особым субъектам, а именно к заказчикам, указанным в данном Законе, которые являются экономическими агентами государства (см. выше п. 4.3.2).

Тем самым государство пытается осуществлять контроль над такими субъектами и их деятельностью на рынке.

Зачем? В том числе по той причине, что, как известно, многие сектора экономики РФ во многом огосударствлены, будучи одновременно ослабленными и подверженными злоупотреблениям из-за отсутствия здоровой конкуренции. Органы власти ввиду этого не могут, естественно, не пытаться осуществлять над ними контроль.

А еще ответ на вопрос «зачем?» дают откровенные слова в послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 30 ноября 2010 г.:

«Я не буду сейчас „демонизировать“ известный всем 94-й закон, его все критикуют, но ситуация действительно уже вышла за грань разумного. Заложенные в нем цели, к сожалению, во многом остались декларациями. По самым скромным оценкам, нецелевые расходы, включая и прямое воровство, и „откаты“, и просто нецелевые расходы, составляют не менее триллиона рублей. Поэтому пора начинать работу над новой редакцией закона о госзакупках — более продуманной и более современной.

Полагаю также, что обо всех планируемых открытых закупках должно быть известно заранее. На специальном интернет-портале нужно предварительно публиковать информацию о таких планах с возможностью обратной связи с компаниями относительно их заинтересованности в торгах, а также мнения экспертов об адекватности этих планов современным требованиям и рыночным ценовым условиям»⁴⁹.

⁴⁹ <http://kremlin.ru/events/president/news/9637/work>

Эти слова относятся к Федеральному закону от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон № 94), который распространялся на властных агентов российских «суверенной государственности» и муниципальности (см. выше п. 4.3.2) и на смену которому пришел Закон № 44.

Такую смену председатель Счетной палаты РФ С.В. Степашин объяснял в конце 2011 г. следующим образом: «*Существующая система госзакупки приводит к ежегодной потере триллиона рублей. А это 1/11 бюджета страны*», – уточнил Сергей Степашин оценку, вынесенную закону Дмитрием Медведевым в ноябрьском 2010 г. послании Федеральному собранию, напрямую имевшим в виду совокупность „нецелевых расходов, включая и прямое воровство, и откаты“. Это стало главной причиной необходимости пересмотра системы госзаказа в стране»⁵⁰.

Слова Президента РФ вполне применимы и к Закону № 223: государство не хочет в отношении заказчиков по данному Закону ни нецелевых расходов, ни прямого воровства, ни «откатов». И это можно понять: «*Общий объем процедур, объявленных в соответствии с Законом № 223-ФЗ, увеличился по сравнению с 2015 годом на 10% и достиг 25,7 трлн. рублей*»⁵¹.

Президент РФ лишь ясно высказал то, что и так всем было известно и что завуалированно выражено в ст. 1 Закона № 223.

«...*Если бы отвечать одним словом на вопрос, что делается в России, то пришлось бы сказать: крадут*» (Н.М. Карамзин)⁵².

Сказанное еще раз доказывает то, что Закон № 223 обеспечивает и защищает следующий основной публичный интерес в РФ – предотвращение коррупции и других злоупотреблений в отношениях с участием заказчиков, указанных в данном Законе.

Посредством принятия в том числе Закона № 223 государством была предпринята попытка по созданию механизма, который, с одной стороны, представлял бы собой диспозитивное регулирование соответствующих закупок, а с другой – обеспечивал бы контроль над соответствующими лицами.

И это вполне нормально.

«...*как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 18 июля 2008 года № 10-П, государство вправе и обязано осуществлять в сфере экономических отношений контрольную функцию, которая по своей конституционно-правовой природе производится от его организующего и регулирующего воздействия на общественные отношения и присуща всем органам государственной власти в пределах закрепленной за ними компетенции*»⁵³.

5.6. Как бы то ни было, осуществление данной контрольной функции не может влиять на то, что отношения между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, всегда были, остаются и будут гражданско-правовыми.

⁵⁰ См.: Сергей Степашин: «Дырам» в сфере госзакупок приходит конец (www.zakonia.ru/blog/157946/69258).

⁵¹ Закупки по 223-ФЗ: итоги и выводы 2016 года (<http://doka1.ru/publikatsii/zakupki-po-223-fz-itogi-i-vyvody-2016-goda.html>).

⁵² По свидетельству П.А. Вяземского (см.: Полное собрание сочинений князя П.А. Вяземского / Изд. графа С.Д. Шереметева. Т. VIII: Старая записная книжка. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1883. С. 113). Далее князь Вяземский добавляет: «Он [Карамзин] был непримиримый враг русского лихоимства, расточительности, как частной, так и казенной».

⁵³ Абзац второй п. 3 Постановления КС РФ от 17 января 2013 г. № 1-П.

Осуществление такой контрольной функции и цели Закона № 223 не ведут к появлению в указанных отношениях каких-либо публичных элементов, не превращают эти отношения в публично-правовые и не наделяют их существенной публично-правовой спецификой. И уж тем более они не делают такие отношения «квази-гражданско-правовыми».

Нет, эти отношения продолжают оставаться именно гражданско-правовыми.

Но, само собой, без ущерба для обеспечения и защиты публичных интересов, среди которых наиглавнейший — предотвращение коррупции и других злоупотреблений в отношениях с участием заказчиков, указанных в Законе № 223.

В связи со сказанным также важно подчеркнуть, что недопустимо отождествлять интересы заказчиков по Закону № 223 и публичные интересы, обеспечиваемые данным Законом. В рамках Закона № 223 заказчики действуют именно как субъекты частного права, причем преследующие как раз цель получения прибыли, но не как лица, реализующие властные функции по защите публичных интересов. Игнорирование этого момента повлекло бы размытие и даже исчезновение разницы между, например, акционерными обществами как заказчиками по такому Закону и лицами, осуществляющими властные полномочия. Но, например, АО «Российские железные дороги» — не Министерство транспорта РФ, ни *de iure*, ни *de facto*. В то же время это наличие публичных интересов применительно к деятельности АО «Российские железные дороги» не отменяет.

6. Вопрос о соотношении частных и публичных интересов, о балансе между ними применительно к рассматриваемой ситуации

6.1. Из практики КС РФ следует, что баланс частного и публичного выступает в качестве одной из конституционных ценностей, охрана которой должна осуществляться как законодателем, так и правоприменителем.

В Постановлении от 21 мая 2013 г. № 10-П (абзац седьмой п. 2) КС РФ указал:

«...он [законодатель] связан требованиями Конституции Российской Федерации, которые обязывают его обеспечивать баланс конституционно защищаемых ценностей, публичных и частных интересов, прав и законных интересов различных категорий граждан, соблюдая при этом принципы справедливости, равенства и соразмерности, выступающие конституционным критерием оценки законодательного регулирования прав и свобод человека и гражданина, закрепленных непосредственно в Конституции Российской Федерации, и прав, приобретаемых на основании закона»⁵⁴.

В Постановлении от 13 февраля 2018 г. № 8-П (абзац четвертый п. 5) КС РФ указал:

«Осуществляя правовое регулирование по... предметам ведения Российской Федерации... (статья 71... Конституции Российской Федерации), федеральный законодатель призван исходить из необходимости соблюдения баланса конституционно значимых для сферы рыночных отношений ценностей — экономической безопасности, свободы предпринимательства... путем предоставления участникам гражданского оборота эффективной... в том числе судебной, защиты нарушенных прав и свобод, обеспечивая тем самым определенность и устойчивость вводимого им правового регулирования и способствуя развитию экономики. В свою очередь, правопримени-

⁵⁴ См. также Определение КС РФ от 9 декабря 2014 г. № 2755-О.

тели, прежде всего суды, обязаны применять положения законодательства... не только исходя из их системной связи с основными положениями гражданского законодательства, но и в контексте общеправовых принципов равенства и справедливости, а также принимая во внимание вытекающие из этих принципов требования соразмерности (пропорциональности) и соблюдения баланса конкурирующих прав и законных интересов — частных и публичных...».

Сказанное в вышеприведенном Постановлении № 8-П, особенно по поводу эффективной, в том числе судебной, защиты, полностью применимо и в рассматриваемой ситуации.

Из Конституции РФ и практики КС РФ следует, что баланс частного и публичного выступает в качестве одной из конституционных ценностей, охрана которой должна осуществляться не только законодателем, но и правоприменителем. Однако правоприменителем без нарушения требований закона, само собой.

6.2. Важно понимать, что безусловное определение с конституционной точки зрения природы и характера отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, как гражданско-правовых еще не означает, что споры из таких отношений, учитывая вопрос о взаимосвязи частных и публичных интересов, о балансе между ними, должны всегда объявляться арбитрабельными.

Именно эта идея лежит в основе формулы «если иное не предусмотрено... федеральным законом» в ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах, ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже.

Квалификация с конституционной точки зрения природы и характера отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, как цивилистической еще не предрешает окончательно вопрос об арбитрабельности споров из данных отношений. Законодатель может решить вопрос об арбитрабельности таких споров по-своему: гражданско-правовой характер спора еще не препятствует тому, чтобы он был объявлен законом неарбитрабельным (само собой, с соблюдений всех надлежащих конституционных требований).

Однако равным образом ничто не мешает и тому, чтобы и споры публично-правового характера были объявлены арбитрабельными.

Например, сегодня право РФ признает три вида публично-правовых споров, которые могут рассматриваться в третейских судах:

споры из соответствующих договоров РФ о защите иностранных инвестиций;

споры из соглашений о разделе продукции;

индивидуальные трудовые споры в профессиональном спорте и спорте высших достижений (см., например, ст. 36² «Постоянно действующее арбитражное учреждение, администрирующее арбитраж (третейское разбирательство) споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений, включая индивидуальные трудовые споры» Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»).

6.3. И, само собой разумеется, было бы ошибкой считать, что исключительные прерогативы в вопросе о соотношении частных и публичных интересов, о балансе между ними в том, чтобы гражданско-правовые споры квалифицировать в свете такого вопроса всегда и автоматически как арбитрабельные, принадлежат лишь федеральному законодателю.

Нет, это совсем не так.

КС РФ в контексте вопроса о соотношении частных и публичных интересов, о балансе между ними также может объявить гражданско-правовые споры неарбитрабельными (само собой разумеется, сделать это он может лишь в рамках проверки конституционности норм закона).

Таким образом, совершают методологическую ошибку все те, кто полагает, что формула *«если иное не предусмотрено... федеральным законом»* предreshает вопрос об арбитрабельности споров из отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223.

Это неверно в свете полномочий КС РФ.

Как неверно и то, что в свете указанной формулы ВС РФ не мог сомневаться в том, что указанные споры всегда арбитрабельны. Суд не просто может, но обязан сомневаться. Так что ВС РФ имел право поставить перед КС РФ вопрос об арбитрабельности таких споров даже и в условиях, когда имеется указанная формула.

И КС РФ следует на данный вопрос ответить. Даже в условиях, когда все знают, что гражданско-правовые споры по общему правилу арбитрабельны, когда все согласны с этим.

КС РФ на то и КС РФ, что он должен на такие поставленные перед ним вопросы отвечать.

Как ему следует отвечать?

Зависит от того, как КС РФ понимает обеспечение баланса частных и публичных интересов, причем не абстрактно, а *«в зависимости от их социальной значимости, конкретных условий развития гражданского оборота и социально-экономической системы в целом, укоренения правовых начал рыночного хозяйства, правовой культуры и других факторов»* (абзац четвертый п. 3.1 Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П).

Казалось бы, банальный ответ? Отнюдь, если знать *«конкретные условия»*.

6.4. А они таковы, что, как бы то ни было, КС РФ уже не может объявить споры из отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223, неарбитрабельными.

Как указывал сам КС РФ, объявление споров неарбитрабельными не может *«осуществляться путем произвольного снижения уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства, без учета сложившегося правового регулирования, призванного обеспечить стабильность и динамизм гражданского оборота и предсказуемость в использовании процессуальных возможностей для его участников»* (абзац четвертый п. 3.1 Постановления от 26 мая 2011 г. № 10-П, абзац шестой п. 2 Определения от 5 февраля 2015 г. № 233-О).

Между тем законодатель уже признал на будущее арбитрабельными споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (см. выше п. 1.3.4).

Если соответствующие споры из отношений, регулируемых Законом № 44, признаны законодателем арбитрабельными (хотя и под условием), то у КС РФ нет никаких оснований делать что-либо ведущее к безусловному признанию неарбитрабельными споров из отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223.

Более чем очевидно, что применительно к последним спорам вопрос о защите публичного интереса является гораздо менее острым, чем в ситуации с первыми спорами.

7. Некоторые положения Закона об арбитраже в их соотношении со следующими целями Закона № 223:

**эффективное использование денежных средств;
обеспечение гласности и прозрачности закупок;
предотвращение коррупции и других злоупотреблений**

7.1. Для разбирательств в государственных судах установлен предельный размер государственной пошлины. Например, в государственных арбитражных судах она составляет 200 тыс. руб.

Между тем согласно п. 9 ч. 4 ст. 45 «Правила арбитража и правила выполнения функций в связи с администрированием арбитража» Закона об арбитраже размеры арбитражных сборов устанавливаются постоянно действующими арбитражными учреждениями. В итоге при больших суммах исков размер сбора может превышать предельную сумму государственной пошлины в разы. Например, при сумме иска в 10 млн долл. США в МКАС при ТПП РФ в рамках арбитража международных коммерческих споров размер сбора превысит указанную предельную сумму пошлины в 25 раз, а при сумме иска в 20 млн долл. США – в 30 раз.

Соответствует ли данное положение дел такой цели Закона № 223, как «*эффективное использование денежных средств*»?

Думается, что никакой несовместимости с указанной целью здесь нет.

И дело не только в том, что прибегать или нет к третейскому разбирательству – свободное решение заказчиков по Закону № 223. Дело еще и в том, что в зависимости от ситуации третейское разбирательство может обладать теми достоинствами, которые будут отсутствовать при рассмотрении спора государственными судами (например, предельная тщательность разбирательства или качество выносимых решений), ввиду чего уплата более высокого арбитражного сбора может быть более чем оправданной, особенно в спорах с иностранными лицами.

ВС РФ в своем запросе этот момент никак не затрагивает, хотя ранее он уже успел указать: *«Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, самостоятельно устанавливаемых третейским судом, что не отвечает цели экономии бюджетных средств, которая также является элементом публичного порядка»* (Определение от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014); *«О нарушении публичного порядка также свидетельствует следующее обстоятельство. Рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, самостоятельно устанавливаемых третейским судом, что не отвечает цели экономии бюджетных средств, которая также является элементом публичного порядка»* (Определение от 27 декабря 2017 г. по делу № 310-ЭС17-12469, А64-906/2017).

Но, как бы то ни было, не исключено, что государственные суды в будущем могут начать предъявлять претензии уже именно к суммам третейских сборов, объявляя их величины нарушающими публичный порядок РФ. Если они уже давно не соглашаются с размером вознаграждений судебных представителей, почему бы не начать действовать аналогично и по таким сборам? Подобный сценарий оказался бы весьма прискорбным, самой собой.

Но, к сожалению, сегодня третейские суды, даже действующие под эгидой солидных постоянно действующих арбитражных учреждений, сами дают повод для критики их действий в плане арбитражных сборов.

Пример тому – возмутительная ситуация с лишением истца денежных средств, уплаченных в виде арбитражного сбора, в деле № 69/2016 в МКАС при ТПП РФ, по поводу чего появилось дело Арбитражного суда г. Москвы № А40-6049/17 (<http://kad.arbitr.ru/Card/091bbf1b-df30-4426-a83f-4d6cb10cff29>).

7.2. Далее, другой целью Закона № 223 выступает «обеспечение гласности и прозрачности закупки».

На стр. 6–7 запроса ВС РФ указывает:

«Между тем к принципам третейского разбирательства, в том числе согласно Закону о третейских судах, относится принцип конфиденциальности, который не позволяет обеспечить цели, для достижения которых вводилась и применяется система размещения публичных заказов, и не соответствует таким целям Закона о закупках товаров, как обеспечение гласности и прозрачности закупки, а также основным принципам российского права – противодействия коррупции и обеспечения конкуренции.

Следовательно, также как несовместимы принципы третейского разбирательства и правовые принцип [sic! – именно «принцип»] размещения заказов для государственных и муниципальных нужд, вышеуказанные принципы закупок товаров [sic! – почему только товаров?], указанные в Законе о закупках товаров, не совпадают с принципами третейского разбирательства, в частности, принципом конфиденциальности».

Формулировки эти серьезные и требуют анализа.

Статья 22 «Конфиденциальность третейского разбирательства» Закона 2002 г. о третейских судах предусматривала:

«1. Третейский судья не вправе разглашать сведения, ставшие известными ему в ходе третейского разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников.

2. Третейский судья не может быть допрошен в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными в ходе третейского разбирательства».

Положения эти были сформулированы не вполне удачно, так что логично, что на смену им сегодня пришла ст. 21 «Конфиденциальность арбитража» Закона об арбитраже:

«1. Если стороны не договорились об ином или иное не предусмотрено федеральным законом, арбитраж является конфиденциальным, а слушание дела проводится в закрытом заседании.

2. Арбитры, сотрудники постоянно действующего арбитражного учреждения не вправе разглашать сведения, ставшие им известными в ходе арбитража, без согласия сторон.

3. Арбитр не подлежит допросу в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными в ходе арбитража».

В то же время можно полагать, что из идей указанной ст. 21 Закона об арбитраже исходит и ст. 22 «Конфиденциальность третейского разбирательства» Закона 2002 г. о третейских судах.

Итак, если две вышеприведенные статьи Законов предполагают, что арбитраж является конфиденциальным, а слушание дела проводится в закрытом заседании, то не рас-

ходится ли это с такой целью Закона № 223, как «обеспечение гласности и прозрачности закупок», особенно если учитывать то, что конфиденциальность арбитража всегда толкуется как препятствующая любой стороне спора сообщать кому-либо любые сведения об арбитраже, в том числе о самом факте арбитража?

7.2.1. Для ответа на данный вопрос надо еще определить, что охватывается понятием «закупка» в Законе № 223: только заключение договора между заказчиком и поставщиком и все, что такому заключению предшествовало?

Или вместе с тем и исполнение соответствующего договора, в ходе которого между заказчиком и поставщиком могут возникать споры?

В первом случае никаких вопросов в связи с принципом конфиденциальности арбитража не возникает. Во втором — и исполнение такого договора, и порядок разрешения возникающих при этом споров должны отвечать цели обеспечения гласности и прозрачности закупок.

Представляется, что по смыслу Закона № 223 верным является второй подход.

В противном случае лишалась бы смысла его ст. 5 «Реестр недобросовестных поставщиков». А ее следует рассматривать как одну из ключевых в Законе № 223.

В этом плане можно по определенной аналогии согласиться с позицией Президиума ВАС РФ, который еще в Постановлении от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 о неарбитрабельности споров из государственных или муниципальных контрактов указывал: «Поэтому все этапы указанных правоотношений, включая заключение, исполнение, расторжение контрактов и применение ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение, должны быть полностью прозрачны и доступны для проверочных мероприятий вплоть до их завершения...».

7.3. Но и в таком случае нельзя утверждать, что имеется существенное противоречие между указанной целью Закона № 223 и ст. 22 «Конфиденциальность третейского разбирательства» Закона 2002 г. о третейских судах.

Дело в том, что не следует, как это делает ВС РФ, толковать указанную ст. 22 Закона 2002 г. о третейских судах бессистемно, в отрыве от иных положений российских законов. При системном же ее толковании становится ясно, что предусматриваемая ею конфиденциальность все-таки ничем не ограниченной являться не может, она не абсолютна.

В частности, правовой режим такой конфиденциальности не исключает использования оговорки «если иное не предусмотрено федеральным законом». Часть 1 ст. 21 Закона об арбитраже это подтверждает.

Еще больше подтверждает это и то, что требования соблюдения конфиденциальности, предъявляемые к третейскому судье, также не являются абсолютными, что следует из ч. 5 и ч. 6 ст. 9 «Ограничение доступа к информации» Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»:

«5. Информация, полученная гражданами (физическими лицами) при исполнении ими профессиональных обязанностей или организациями при осуществлении ими определенных видов деятельности (профессиональная тайна), подлежит защите в случаях, если на эти лица федеральными законами возложены обязанности по соблюдению конфиденциальности такой информации.

6. Информация, составляющая профессиональную тайну, может быть предоставлена третьим лицам в соответствии с федеральными законами и (или) по решению суда».

Так что согласно праву РФ не исключена ситуация, в которой арбитр по решению суда может быть обязан раскрыть соответствующую информацию⁵⁵.

Таким образом, из системного толкования ст. 22 Закона 2002 г. о третейских судах в единстве с иными российскими законами вытекает, что режим конфиденциальности арбитража должен соблюдаться только в той мере, в какой иное не предусмотрено другими федеральными законами (при соблюдении соответствующих конституционных требований, само собой).

В свете сказанного получается, что никакого сущностного конституционного противоречия между указанной целью Закона № 223 и ст. 22 Закона 2002 г. о третейских судах (как и ст. 21 Закона об арбитраже) не имеется.

В частности, согласно ч. 2 и ч. 3 ст. 5 «Реестр недобросовестных поставщиков» Закона № 223

«2. В реестр недобросовестных поставщиков включаются сведения об участниках закупки, уклонившихся от заключения договоров, а также о поставщиках (исполнителях, подрядчиках), с которыми договоры по решению суда расторгнуты в связи с существенным нарушением ими договоров.

3. Перечень сведений, включаемых в реестр недобросовестных поставщиков... устанавливается Правительством Российской Федерации».

В соответствии с п. 8 Перечня сведений, включаемых в реестр недобросовестных поставщиков (утв. Постановлением Правительства РФ от 22 ноября 2012 г. № 1211 «О ведении реестра недобросовестных поставщиков, предусмотренного Федеральным законом „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“») в такой перечень входит *«Дата расторжения договора с указанием основания расторжения договора (в связи с существенным нарушением поставщиком (исполнителем, подрядчиком) условий договора) и документа, являющегося основанием расторжения договора (решения суда)».*

В свете этого ничто не препятствует тому, чтобы данные о решении третейского суда в указанный реестр были включены без нарушения Закона об арбитраже.

7.3.1. Но при этом следует учитывать ст. 43 «Внесение изменений в юридически значимые реестры» Закона об арбитраже: *«Никакое арбитражное решение, включая арбитражное решение, не требующее принудительного приведения в исполнение, не может являться основанием для внесения записи в государственный реестр (в том числе единый государственный реестр юридических лиц, единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей, Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним), реестр владельцев именных ценных бумаг или иной реестр на территории Российской Федерации, внесение записей в который влечет за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, при отсутствии исполнительного листа, выданного на основании судебного акта компетентного суда (в том числе в отношении арбитражного решения, не требующего принудительного приведения в исполнение)».*

⁵⁵ Безусловно, нельзя не задаться вопросом о том, а действительно ли только что приведенная норма в ч. 6 ст. 9 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» является полностью адекватной применительно к арбитражу в РФ? Мнение автора: нет, не вполне.

Но российские условия таковы, что на них можно списать и не только такое регулирование.

Представляется, что включение в реестр недобросовестных поставщиков может влечь изменение гражданских прав в свете ч. 7 ст. 3 Закона № 223⁵⁶. Впрочем, это отдельный непростой вопрос, по которому возможны и иные точки зрения.

7.3.2. Имеется точка зрения, согласно которой Закон № 223 все же делает упор на обеспечение гласности и прозрачности закупок применительно к этапу до заключения договора и к этапу его заключения, а не к этапу его исполнения. В соответствии с ней Закон № 223 вовсе и не требует обеспечения гласности и прозрачности в отношении исполнения договора и порядка разрешения возникающих при этом споров. Отсюда делается вывод, что вопрос о конфиденциальности рассмотрения в третейском порядке споров между заказчиками и поставщиками по Закону № 223 не имеет отношения к обеспечению гласности и прозрачности закупок.

«Публичный интерес (элементы публичности) проявляются в нормах этого закона в том и только в том, чтобы сделать закупки более открытыми, конкурентными, не подверженными коррупции. Это ясно видно из целей регулирования указанного закона (ст. 1), где говорится о развитии добросовестной конкуренции, об обеспечении гласности и прозрачности закупки, о предотвращении коррупции и других злоупотреблений.

Отсюда и соответствующая комбинация запретов и позитивных обязываний в нормах этого закона, которые относятся именно к периоду планирования закупки и заключения договора; остальная динамика обязательственного отношения никакими публичными элементами не корректируется»⁵⁷.

В свете этого некоторые даже утверждают, что гласность и прозрачность в ходе закупок вообще не касаются публичных интересов, а нужны скорее лишь именно для участников закупок, для принятия ими решения об участии в таких закупках. Это, безусловно, не так.

Вместе с тем нельзя отрицать, что может создаваться впечатление, что такой упор и акцент в Законе № 223 прослеживается.

Однако все же в свете его ст. 5 «Реестр недобросовестных поставщиков» невозможно считать, что обеспечение гласности и прозрачности закупки касается только процедуры отбора поставщиков и заключения с ними договоров. Безусловно, Закон № 223 не регулирует в материально-правовом отношении вопросы исполнения или расторжения соответствующих договоров, но в то же время его нельзя не считать стремящимся обеспечить гласность и прозрачность в отношении итогов исполнения таких договоров (расходования средств по ним) и споров из них. Иными словами, нерегулирование в материально-правовом отношении вопросов исполнения или расторжения соответствующих договоров (или регулирование вопросов гласности и прозрачности закупок применительно к этапу до заключения договора и к этапу его заключения) с логической точки зрения еще не означает того, что Закон № 223 в свете его ст. 5 отказывается от гласности и прозрачности в отношении итогов исполнения таких договоров и споров из них в процессуальном плане;

гласность и прозрачность в отношении данных итогов исполнения таких договоров и споров из них обеспечиваются в ситуации с государственными арбитражными судами тем, что их акты являются публично-доступными, в отличие от решений третейских судов;

⁵⁶ «7. При закупке заказчик вправе установить требование об отсутствии сведений об участниках закупки в реестре недобросовестных поставщиков, предусмотренном статьей 5 настоящего Федерального закона...».

⁵⁷ Правовое заключение по договору от 2 мая 2017 г. по теме «Арбитрабельность споров по договорам, заключенным в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“» / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. – М., 2017. С. 19 (<http://ars-rspp.ru/files/other/legal-opinion-about-fz223.pdf>).

цель обеспечения гласности и прозрачности закупок позволяет достичь именно что публичная доступность актов государственных арбитражных судов, а не формальное подчинение режима конфиденциальности арбитража оговорке «если иное не предусмотрено... федеральным законом» и даже не размещение данных о решениях третейских судов в реестре недобросовестных поставщиков, учитывая то, что получить доступ к самому содержанию таких решений невозможно;

отсутствие сведений о том, почему тот или иной договор не был исполнен, что послужило причиной его расторжения, действительно может препятствовать развитию добросовестной конкуренции, на что указал ВС РФ (стр. 6–7 запроса). В этом с ним согласиться можно. Для развития добросовестной конкуренции недостаточно гласности и прозрачности в виде информационной открытости на стадии заключения договоров по Закону № 223 либо на предшествующем ей этапе: открытость информации о нарушениях не менее важна, ведь ее недоступность способствует именно что недобросовестной практике. Было бы очень странным считать, что добросовестность конкуренции обеспечивается исключительно заключением сделок, а не их исполнением в том числе. Поэтому закрытость информации о том, как разрешались споры по исполнению договоров в рамках Закона № 223, не может не оказывать влияния на обеспечение добросовестной конкуренции в сфере закупок. Она также не может не ослаблять гарантии гласности и прозрачности в сфере отношений, регулируемых Законом № 223.

И это действительно очень сильные доводы⁵⁸.

Настолько сильные, что в их свете можно было бы утверждать, что публичные интересы в РФ в данном плане действительно должны превалировать над частными, что влечет неарбитрабельность споров между заказчиками и поставщиками по Закону № 223.

Правда, тут же возникает вопрос об арбитрабельности всех иных споров из гражданско-правовых отношений по Закону № 223: «*Naturam expellas furca, tamen usque recurret*».

7.4. Но как бы кому-либо ни хотелось, все же не получится объявлять, что отсутствие публичного доступа к содержанию третейских решений по спорам между заказчиками и поставщиками по Закону № 223 не соответствует цели «обеспечения гласности и прозрачности закупок» и влечет ввиду необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов неарбитрабельность таких споров.

Дело в том, что, как уже говорилось, ч. 8 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“» уже признала арбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Да, под условием установления федеральным законом порядка определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать такие споры, но признала.

⁵⁸ Кстати, невозможно считать, что имевшие недавно место ограничения гласности и прозрачности закупок Постановлением Правительства РФ от 27 ноября 2017 г. № 1429 являются доводом в пользу арбитрабельности споров между заказчиками и поставщиками по Закону № 223. Это не так, само собой: принятие указанного Постановления было вызвано совершенно иными причинами — «санкционными».

Из этого в контексте рассматриваемого вопроса следует, что ничто не мешает законодателю в свете оговорки «*если иное не предусмотрено... федеральным законом*» установить такие правила в отношении рассмотрения в третейском порядке споров между заказчиками и поставщиками по Закону № 223, которые будут направлены на обеспечение соответствующих гласности и прозрачности закупок, баланса частных и публичных интересов в этом вопросе.

Нет сомнений, что подобная идея может вызвать возражения со стороны сторонников «подлинного арбитража в чистом виде». Автор сам относится к их числу, но важно понимать, что в РФ применительно к таким спорам само по себе допущение подобного арбитража с точки зрения власти — вещь крайне сомнительная, не говоря уже о том, что лучше арбитрабельность данных споров с определенными ограничениями в отношении конфиденциальности арбитража по ним, нежели их неарбитрабельность.

Кстати говоря, законодатель для обеспечения такого баланса уже отступал от принципа конфиденциальности в случае с арбитражем корпоративных споров⁵⁹.

В любом случае вопрос о нахождении баланса между частными и публичными интересами в контексте необходимости обеспечения как конфиденциальности арбитража, так и гласности и прозрачности закупок является одним из ключевых в отношении вопроса о подтверждении арбитрабельности соответствующих споров в связи с Законом № 223.

7.5. Как уже говорилось, важнейшей целью Закона № 223 выступает «*предотвращение коррупции и других злоупотреблений*» (см. выше п. 5.1).

В российских условиях это крайне важная цель, и вполне очевидно, что и у ВАС РФ, и у ВС РФ риски коррупции и других злоупотреблений в третейской сфере вызвали самую серьезную обеспокоенность, учитывая, что до 1 ноября 2017 г. учредить в РФ третейский центр мог кто угодно, в том числе для неприемлемых целей.

Представляется, что борьба ВАС РФ и ВС РФ за неарбитрабельность соответствующего ряда споров была вызвана не непониманием ими важности третейского разбирательства, а именно что неприятием существовавшей в РФ третейской анархии и недоверием к существовавшей тогда массе третейских центров (см. также выше раздел 2).

Но с 1 ноября 2017 г. эта анархия канула в Лету: в РФ Законом об арбитраже по сути введено лицензирование третейской деятельности в форме установления необходимости получения от Правительства РФ особого права (по существу разрешения) на то, чтобы данную деятельность осуществлять.

К сожалению, как уже всем стало известно, Министерство юстиции РФ превратило процедуру получения такого права в жесточайший механизм цензуры, в инструмент умеренного ограничения конкуренции в третейской сфере, обеспечения в ней олигополии только тех лиц, которые его устраивают и которым оно может давать обязательные для

⁵⁹ Пункты 1 и 2 ч. 8 ст. 45 «Правила арбитража и правила выполнения функций в связи с администрированием арбитража» Закона об арбитраже гласят: «*Правила арбитража корпоративных споров должны предусматривать:*
1) *обязанность постоянно действующего арбитражного учреждения уведомить юридическое лицо, в отношении которого возник корпоративный спор, о поданном исковом заявлении и направить копию искового заявления такому юридическому лицу по адресу, содержащемуся в едином государственном реестре юридических лиц, не позднее чем через три дня со дня получения искового заявления постоянно действующим арбитражным учреждением;*
2) *обязанность постоянно действующего арбитражного учреждения размещать на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети „Интернет“ информацию о подаче искового заявления в течение трех дней со дня его получения арбитражным учреждением;*».

исполнения указания⁶⁰. При этом данное Министерство игнорирует требования Закона об арбитраже, не разрешающего ему проявлять дискрецию подобным неограниченным образом, а также принципы арбитража и конституционные подходы к нему, обозначенные в Постановлении КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П, принятом по запросу ВАС РФ по поводу арбитрабельности споров в связи с недвижимостью.

Из-за подобных действий Министерства юстиции РФ до сих пор такое право получили только две организации: РСПП, при котором действует Арбитражный центр⁶¹, и Институт современного арбитража (якобы «российский»), при котором также имеется Арбитражный центр (тоже якобы «российский») ⁶², хотя на получение права было подано 88 заявлений от 50 организаций, причем некоторые подавали заявления не единожды⁶³. Еще Закон об арбитраже наделил правом осуществлять третейскую деятельность без получения разрешения Правительства РФ МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ.

Таким образом, сегодня в РФ имеется только три организации, которым разрешено заниматься арбитражем: РСПП, Институт современного арбитража и ТПП РФ. И всего в РФ имеется только четыре постоянно действующих арбитражных учреждения: Арбитражный центр при РСПП, Арбитражный центр при указанном Институте, МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ. При этом МАК при ТПП РФ разрешает очень небольшое количество дел (не более 20 в год) и действует в очень узкой нише, ввиду чего по сути сегодня на всю огромную РФ имеется только три третейских центра.

Кроме того, все они расположены в Москве. Это свидетельствует еще и о том, что Министерство юстиции РФ совершает действия, направленные на неправомерную концентрацию рынка услуг по арбитражу только в г. Москве и на блокирование развития арбитража в регионах местными субъектами, которые с Москвой не связаны. Да, Арбитражный центр при Институте современного арбитража и МКАС при ТПП РФ открывают в городах РФ свои отделения, но это никоим образом не отменяет того, что на деле Министерство юстиции РФ и ТПП РФ местную инициативу подавляют, централизуют арбитраж в Москве. Происходящее никак не отвечает принципам федерализма, но это уже отдельный конституционный вопрос.

Можно еще отметить, что все такие действия Министерство юстиции РФ совместно с ТПП РФ совершают кулуарно, задействуя институт конфиденциальности, так что в отношении данных действий вполне можно применить слова ВС РФ, который говорит на стр. 6–7 своего запроса, что конфиденциальность не соответствует обеспечению конкуренции в третейской сфере: Министерство юстиции РФ совместно с ТПП РФ это уже наглядно доказало. Впрочем, это также отдельный конституционный вопрос, к запросу ВС РФ отношения не имеющий.

Казалось бы, в условиях жесткого лицензирования третейской деятельности какое может быть беспокойство у ВС РФ по поводу коррупции и других злоупотреблений, какое

⁶⁰ См., например, обоснование этого здесь: *Муранов А.* Третейская олигополия в РФ как главная политическая цель Минюста. Причины ситуации, «западники» и «славянофилы». Некоторые соображения о будущем (https://zakon.ru/blog/2017/12/7/tretejskaya_oligopolija_v_rf_kak_glavnaya_politicheskaya_cel_minjyusta_prichiny_situacii_zapadniki_i_61704).

⁶¹ См. его сайт: <https://arbitration-rspp.ru/>.

⁶² См. его сайт: <http://centerarbitr.ru/>.

⁶³ См. проект отчета о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства: <http://minjust.ru/ru/deyatelnost-v-sfere-tretejskogo-razbiratelstva/otchety-o-deyatelnosti-soveta-po-sovershenstvovaniyu>.

может быть недоверие к «лицензированным» арбитражным учреждениям? ВС РФ ведь не может не понимать, что его запрос касается уже будущего, а не прошлого: не случайно же он просит в своем запросе проверить конституционность и Закона об арбитраже.

Тогда почему ВС РФ все равно говорит в своем запросе о коррупции (на стр. 6 и стр. 7)⁶⁴ и о других злоупотреблениях (на стр. 6)?

7.6. И надо сказать, что в свете некоторых фактов основания для беспокойства у ВС РФ все же действительно имеются.

Прежде всего нельзя не отметить то, что Закон об арбитраже совсем не уделил должное внимание вопросам предотвращения коррупции и других злоупотреблений в арбитраже, а в российских условиях сделать это однозначно стоило.

В ст. 18 «Принципы арбитража» Закона об арбитраже указывается, что *«Арбитраж осуществляется на основе принципов независимости и беспристрастности арбитров...»*. Далее в своей ст. 45 «Правила арбитража и правила выполнения функций в связи с администрированием арбитража» Закон об арбитраже требует отражения в правилах постоянно действующего арбитражного учреждения массы мелких нюансов. Однако при этом он не устанавливает для постоянно действующих арбитражных учреждений обязанность разработать правила о беспристрастности и независимости арбитров, устанавливающие требования к обеспечению таких беспристрастности и независимости. Он просто говорит в п. 8 ч. 4 указанной статьи, что правила постоянно действующего арбитражного учреждения должны указывать на *«применимые правила о беспристрастности и независимости арбитров, устанавливающие также требования к обеспечению беспристрастности и независимости арбитров (в том числе путем отсылки)»*.

Иными словами, трем вышеуказанным организациям, получившим право осуществлять третейскую деятельность, предоставлена полная свобода усмотрения в плане установления критериев беспристрастности и независимости арбитров.

При этом еще восемь лет назад ТПП РФ приказом от 27 августа 2010 г. № 39 утвердила Правила о беспристрастности и независимости третейских судей. На них теперь ссылаются в своих правилах арбитража сама ТПП РФ, равно как и Институт современного арбитража: эти Правила стали в сфере арбитража «эталонном». У Арбитражного центра при РСПП имеются собственные Правила о независимости и беспристрастности арбитров⁶⁵, но они схожи с упомянутыми Правилами ТПП РФ.

Но указанные Правила ТПП РФ никак не изменялись и сегодня они уже не в полной мере соответствуют Закону об арбитраже. Последний вступил в силу еще 1 сентября 2016 г., но за полтора года ТПП РФ даже не попыталась эти Правила поправить.

7.7. Но неисправление данных Правил или принятие иных – не самое страшное.

Гораздо хуже в контексте задачи предотвращения коррупции и других злоупотреблений то, что ни Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденные ТПП РФ, ни правила арбитража трех указанных организаций не препятствуют и не пытаются препятствовать такому грубому нарушению требования предотвращения

⁶⁴ Хотя и в два раза реже, чем Президиум ВАС РФ в Постановлении от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 о неарбитрабельности споров из государственных или муниципальных контрактов: там о коррупции говорится четыре раза.

⁶⁵ <https://arbitration-rspp.ru/documents/rules/rules-on-independence-and-impartiality/>

конфликта интересов, обеспечения беспристрастности и независимости арбитров (а также элементарного требования этики), как недопустимость назначения в третейские дела в качестве арбитров лиц из руководства организаций, при которых созданы арбитражные учреждения, или лиц, входящих в органы управления этих учреждений.

Напротив, такие назначения на практике поощряются. В итоге, например, в крупные дела МКАС при ТПП РФ регулярно назначаются лица из третейского руководства ТПП РФ, а также из органов управления МКАС. Почему? Потому что там есть возможность получить повышенный гонорар. Подобная практика установлена и поощряется лицами, входящими в третейское руководство ТПП РФ, в его собственных интересах, а также в интересах приближенных к нему персон (например, для того, чтобы их гонораром «поощрить», «отблагодарить» за отдельные действия, или просто для того, чтобы «подкормить» в порядке очереди), но тщательно скрывается от общественности со ссылкой на конфиденциальность арбитража. В этом случае можно говорить по сути о самоназначениях таких персон себя арбитрами в те или иные крупные дела, даже если формально их назначение производится соответствующими комитетами: последние могут просто не осмеливаться отклонить сделанные им сотрудниками ТПП РФ предложения. Прежде всего это означает нарушение принципа равенства применительно ко всем арбитрам, однако не только это (см. ниже п. 7.8).

Между тем Кодекс судейской этики (утвержденный VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г.) в п. 6 своей ст. 12 «Правила поведения при осуществлении организационно-распорядительных полномочий» требует избегать «необоснованных назначений, покровительства» (хотя данное требование выдвигается в контексте «кадровых вопросов», оно применимо и к назначениям по конкретным делам). Более того, в государственных судах все больше используется распределение дел в автоматизированном режиме (это не означает того, что применение автоматизированного режима распределения дел должно иметь место в арбитраже, — это лишь довод в пользу того, что в арбитраже указанным самоназначениям и назначениям места быть не должно).

Далее, подп. 9 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (принятого I Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) в целях предотвращения конфликта интересов, обеспечения беспристрастности и независимости адвокатов запрещает последним принимать назначения органов дознания, органов предварительного следствия или суда в нарушение правил, установленных решением совета адвокатской палаты субъекта РФ.

И вот только действующие в сфере арбитража правила намеренно допускают вышеуказанный конфликт интересов, тем самым нарушая принцип равенства, а также не обеспечивая беспристрастность и независимость арбитров⁶⁶.

Возможность самоназначения арбитрами руководства и приближенных к нему лиц существует и в Арбитражном центре при Институте современного арбитража, и в Арбитражном центре при РСПП. Самое интересное: там, как и в МКАС при ТПП РФ, никто не видит в этом никакой проблемы, никакого конфликта интересов. Ответ с недоумением всегда один и тот же: «А что тут такого, какие вообще проблемы? Мы ведь ничего

⁶⁶ Безусловно, противники этой точки зрения немедленно начнут утверждать, что беспристрастность и независимость арбитров в таком случае все равно обеспечиваются, ведь якобы назначаются «лучшие». Наивность подобных утверждений прокомментировать стоит отдельно, но не здесь.

плохого не делаем, приличия все соблюдаем». Признание того, что это инфраструктурная проблема, отсутствует напрочь, в том числе и у известных в РФ арбитров, докторов наук (за редким исключением)⁶⁷.

Еще один момент. Два только что упомянутых кодекса этики приняты съездами соответствующих лиц. Принятие Правил о беспристрастности и независимости третейских судей было на деле обеспечено с технической точки зрения всего одним работником ТПП РФ (вице-президентом), а не одобрено собранием арбитров МКАС и МАК. Собрание арбитров и не будет допущено к принятию таких правил, поскольку оно может состоять на включении в них запрета на указанные самоназначения и назначения⁶⁸.

7.8. В этой связи нельзя не вспомнить о действующей и для РФ Конвенции ООН против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 г.), ст. 12 «Частный сектор» (п. 1 и подп. «b», «d» п. 2) которой устанавливает:

«1. Каждое Государство-участник принимает меры, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, по предупреждению коррупции в частном секторе...»

*2. Меры, направленные на достижение этих целей, могут включать, среди прочего, следующее:
<...>*

b) содействие разработке стандартов и процедур, предназначенных для обеспечения добросовестности в работе соответствующих частных организаций, включая кодексы поведения для правильного, добросовестного и надлежащего осуществления деятельности предпринимателями и представителями всех соответствующих профессий и предупреждения возникновения коллизии интересов...;

<...>

d) предупреждение злоупотреблений процедурами, регулирующими деятельность частных организаций...».

К сожалению, эти требования в нынешней сфере арбитража в РФ соблюдаются не в полной мере, что известно и ВС РФ. Именно поэтому он говорит в своем запросе о коррупции и других злоупотреблениях.

В то же время Министерство юстиции РФ не только не борется со сложившейся ситуацией, но, напротив, поощряет наличие таких конфликтов интересов путем одобрения хотя бы, например, деятельности ТПП РФ, где указанная практика самоназначений арбитрами активно используется.

Кроме того, ситуации с данными самоназначениями могут в определенных случаях подпадать под определение ст. 2 Конвенции о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (ETS N 174) (Страсбург, 4 ноября 1999 г.): *«Для целей настоящей Конвенции „коррупция“ означает просьбу, предложение, дачу или принятие, прямо или косвенно, взят-*

⁶⁷ В ходе разработки новых правил арбитража МКАС при ТПП РФ предложения изменить эту ситуацию были с ходу отвергнуты.

⁶⁸ Стремлением ТПП РФ вывести себя из-под контроля сообщества арбитров объясняется также установленная ею в последние годы отмена выборов председателя МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ, равно как и закрепление за самой собой права назначать по своему усмотрению большинство членов президиумов МКАС и МАК.

ки или любого другого ненадлежащего преимущества или обещания такового, которые искажают нормальное выполнение любой обязанности или поведение, требуемое от получателя взятки, ненадлежащего преимущества или обещания такового». РФ в этой Конвенции не участвует, но в качестве ориентира использоваться такое определение может.

7.9. Что же касается других злоупотреблений в сфере российского арбитража, которые могут вызывать обеспокоенность ВС РФ, то некоторые их примеры также общеизвестны.

Так, третейская реформа в РФ начиналась со ссылками на необходимость не допускать деятельность третейских центров, которые не являются независимыми, а выступают «карманными», в том числе для структур, близких к государству или крупному бизнесу.

Закончилась же эта реформа следующим:

1) право заниматься третейской деятельностью получил Институт современного арбитража, который был учрежден в 2016 г., т.е. *менее чем за год до получения такого права*, лицами, аффилированными, тесно связанными, в частности, с Министерством юстиции РФ и Газпромбанком. Многим же другим заявителям, которые осуществляют деятельность по третейскому разбирательству уже более 10 лет, указанное Министерство получить это право активно мешало и мешает;

2) в конце 2017 г. Институт современного арбитража фактически стал «карманным» судом госкорпорации «Росатом»:

«Арбитражный центр при АНО „Институт современного арбитража“ приступил к рассмотрению споров в атомной отрасли... Для этих разбирательств создано специальное отделение центра и разработаны особые правила.

Ответственный администратор Арбитражного центра... подтвердил эту информацию. Речь идет о спорах между предприятиями отрасли, сказал он „Интерфаксу“. С учетом особой технической сложности таких разбирательств центр сформировал отдельную базу специалистов по разрешению споров в этой сфере...

Ранее, до третейской реформы, проведенной в 2017 году, в системе „Росатома“ был собственный арбитраж — Третейский суд для разрешения экономических споров при частном учреждении „Центр третейского регулирования и правовой экспертизы“ (госкорпорация учредила ЦТРПЭ)»⁶⁹.

Эта «карманность» подтверждается хотя бы следующим: специально для таких споров установлена пониженная шкала арбитражных сборов, верхний предел которых не превышает 200 тыс. руб. (т.е. не выше размера государственной пошлины в государственных арбитражных судах). Для других лиц действует иная, повышенная шкала сборов.

7.10. Что же касается Арбитражного центра при РСПП, то аналогичным образом «карманным» его называть нельзя. Но, к сожалению, недавно стало известно, что его руководство, исходя из неверных представлений, в связи с одним из дел зачем-то последовало примеру Правительства РФ, которое приглашало судей на совещания по конкретным разбирательствам (например, о правах на советские мультфильмы).

⁶⁹ Росатом передал споры в отрасли новому третейскому суду (<http://www.interfax.ru/business/595699>).

7.11. Таким образом, проблемы независимости и «карманности», к которым обращался КС РФ в Постановлении от 18 ноября 2014 г. № 30-П, в РФ продолжают существовать.

Закон об арбитраже надлежащие гарантии для обеспечения беспристрастности и непредвзятости в деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений и их арбитров, для предотвращения конфликтов интересов и возможных злоупотреблений в третейской сфере так и не создал.

Напротив, действия Министерства юстиции РФ в 2017 г. привели к возникновению благоприятных условий для того, чтобы в третейской сфере указанные выше конфликты интересов разрешались ненадлежащим образом, а злоупотребления множились.

Анархия в этой сфере была заменена на незаконную, ничем не ограниченную дискрецию Министерства юстиции РФ, которое сначала ограничило конкуренцию частных лиц в ней, «одобнив» их деятельность, а теперь ввиду этого вынуждено мириться с теми злоупотреблениями, которые они допускают.

7.12. Имеется еще одна проблема, которая не может не привлекать внимание, в том числе и ВС РФ.

Дело в том, что ситуацию с регулированием статуса арбитров и государственных судей в современном праве РФ можно описать следующим образом: «У первых много прав, но мало обязанностей и требований к ответственному подходу, у вторых — больше обязанностей и таких требований, чем прав»⁷⁰.

Подобная ситуация, безусловно, не способствует предотвращению коррупции и других злоупотреблений в российской сфере третейского разбирательства.

И это далеко не все проблемы, связанные с необходимостью предотвращения коррупции и других злоупотреблений в данной сфере.

В третейской системе сохраняются системные проблемы (хотя и в меньшем объеме, само собой, чем ранее). Это и вызывает, видимо, недоверие ВС РФ и к существующим сегодня арбитражным учреждениям, некоторые из которых уже, к сожалению, успели проявить себя в ненужном юридическом плане. Но ВС РФ прямо говорить об этом не может.

7.13. Но в то же время важно понимать, что с конституционно-правовой точки зрения наличие таких фактических проблем в третейской сфере еще не означает, что третейское разбирательство является абсолютно неприемлемым для споров из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых задействованы указанные в данном Законе заказчики, участники закупок и поставщики. Особенно в условиях наличия разрешительного механизма осуществления третейской деятельности, введенного Законом об арбитраже, который при условии надлежащего его использования действительно мог бы помочь в борьбе с упомянутыми проблемами. Министерство юстиции РФ, если бы действительно хотело их устранения, также могло бы потребовать от ТПП РФ, РСПП и Института современного арбитража соответствующие злоупотребления прекратить. Но оно, само собой, на это неспособно (с Институтом современного арбитража оно аффилировано, а с ТПП РФ и РСПП оно «ссориться» не готово: силы не те): оно в состоянии лишь возвращать документы другим заявителям.

В любом случае наличие у ВС РФ сомнений и опасений по поводу третейской сферы — не вопрос конституционного права, а вопрос факта, умения на практике устранить

⁷⁰ Подробное описание этой ситуации выходит за рамки настоящего заключения.

те злоупотребления и нарушения, которые сегодня в третейской сфере допускаются, в том числе Министерством юстиции РФ.

Коррупции и недостаткам подвержены и государственные суды, но это же не повод лишать их возможности разрешать споры?

Так что вопрос в ином: признание арбитрабельности указанных споров должно базироваться на обеспечении баланса между частными и публичными интересами.

Это признает и законодатель, которому о проблемах в третейской сфере должно быть известно, но который тем не менее уже принципиально признал арбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (см. выше п. 1.3.4).

Для законодателя вопрос сегодня состоит не в признании такой арбитрабельности (она подразумевается, ведь все равно государственные и муниципальные контракты подпадают под гражданско-правовое регулирование), а в установлении федеральным законом порядка определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать данные споры.

И при установлении такого порядка следует, безусловно, использовать средства, предотвращающие коррупцию и другие злоупотребления в третейской сфере.

Одним из них должен быть запрет в целях предотвращения конфликта интересов на назначение арбитрами лиц, являющихся уполномоченными лицами постоянно действующих арбитражных учреждений или организаций, при которых такие учреждения созданы, а также лиц, входящих в органы управления данных учреждений и организаций.

Кроме того, учитывая, что коррупция и другим злоупотреблениям способствует монополизация, важно не повторить двусмысленность, которую допустил законодатель, когда указал на федеральный закон, устанавливающий *«порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»*⁷¹.

На самом деле предотвращение коррупции и других злоупотреблений в третейской сфере может быть достигнуто прежде всего путем поощрения конкуренции в ней⁷², из чего следует, что не должно существовать только одно учреждение, имеющее право администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

И уж тем более не должно существовать только одно учреждение, имеющее право администрировать соответствующие споры из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых выступают указанные в этом Законе заказчики, участники закупок и поставщики.

⁷¹ Часть 8 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“».

⁷² Ввиду этого представляется, что существующие сегодня в российской третейской сфере злоупотребления не в последнюю очередь обусловлены стремлением Министерства юстиции ограничить конкуренцию в третейской сфере.

8. Прочие инструменты обеспечения баланса между частными и публичными интересами в рассматриваемой ситуации

Хотя в свете сказанного ясно, что споры из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых задействованы указанные в нем заказчики, участники закупок и поставщики, являются арбитрабельными, это никак не может предполагать непринятие во внимание публичных интересов в контексте данного Закона.

Соблюдение баланса конкурирующих частных и публичных интересов вытекает из общеправовых принципов равенства и справедливости.

При этом при решении вопроса об указанном балансе в рассматриваемой ситуации недопустимо допущение превалирования исключительно частных либо только публичных интересов. С большой степенью уверенности можно сказать, что подобное превалирование одного из них приведет к негативным последствиям для развития отношений, регулируемых Законом № 223.

Так, при ничем не ограниченной арбитрабельности соответствующих споров из отношений, регулируемых Законом № 223, не будут учтены две цели этого Закона, защищающие публичные интересы (см. выше п. 5.3). В свою очередь при полном запрете арбитрабельности таких споров возникнет ситуация, в которой будет полностью проигнорирован интерес частных лиц, их право на разрешение споров в третейском суде, что может во многом лишить данные отношения, в частности, привлекательности для иностранных лиц.

Между тем различные варианты обеспечить данный баланс (помимо указанного в предыдущем разделе 7) существуют.

Также можно сразу отметить, что не следует рассматривать в качестве средства обеспечения этого баланса различные инструменты внутреннего контроля (включая корпоративный), которые должны или могут иметься у заказчиков, или же возможности требовать впоследствии признания сделок недействительными в свете, например, ст. 173, 173¹ или 174 ГК РФ: их либо недостаточно, либо они не вполне учитывают специфику третейской сферы.

Во-первых, федеральный закон может установить, что какие-то конкретные из таких споров являются неарбитрабельными.

Во-вторых, федеральный закон может установить требование о принятии постоянно действующими арбитражными учреждениями отдельных правил арбитража применительно к данным спорам⁷³.

В-третьих, федеральный закон может установить требование о наличии места арбитража именно в РФ для подобных споров, в которых не участвуют иностранные лица и которые не подпадают под действие Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

В-четвертых, федеральный закон может установить, что в случае с арбитражем с местом на территории РФ такие споры в третейских судах *ad hoc* рассматриваться не могут.

В-пятых, федеральный закон может установить определенные ограничения в отношении конфиденциальности арбитража по указанным спорам (например, это было сделано в Законе об арбитраже в отношении арбитража корпоративных споров)⁷⁴.

⁷³ Например, в Законе об арбитраже это уже сделано в отношении арбитража корпоративных споров.

⁷⁴ Нет сомнений, что подобное предложение может вызвать возражения со стороны сторонников «подлинного арбитража в чистом виде».

В-шестых, федеральный закон в целях обеспечения баланса частных и публичных интересов, включая возможность обращения в государственный суд, а также ненавязывания заказчиками третейского способа разрешения споров в связанных с ними судах (как в случае с госкорпорацией «Росатом» и Институтом современного арбитража) может прямо указать на то, что в проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, проект арбитражного соглашения включаться не может, что арбитражное соглашение может быть достигнуто между заказчиком и поставщиком только после заключения договора по результатам закупки.

Довод о том, что теперь в Законе об арбитраже не имеется нормы, аналогичной п. 3 ст. 5⁷⁵ Закона 2002 г. о третейских судах, и по этой причине арбитражное соглашение в проект договора включать допустимо, а лицо, заключающее договор, с ним должно согласиться, серьезным назвать в свете обеспечения такого баланса нельзя. По этой же причине нельзя назвать серьезным и аргумент о том, что при заключении договора между заказчиком и участником закупки, которые обязаны его заключить, могут проводиться преддоговорные переговоры (в том числе путем составления протоколов разногласий) и что «*[у]же сам по себе этот факт исключает рассуждения о „навязывании“ третейского соглашения победителю процедуры закупки*»⁷⁶.

Но в качестве варианта допустимо использовать следующее предложение: «...*третейская оговорка может быть сформулирована в виде альтернативного (или вариативного) договорного условия, включение которого в итоговый текст договора санкционируется победителем (третейская оговорка получает юридическую силу ввиду волеизъявления победителя процедуры). Условие договора, содержащее третейскую оговорку, должно позволять победителю торгов (иной конкурентной процедуры) однозначно выразить свое волеизъявление. В таком случае опаривание третейской оговорки станет невозможным*»⁷⁷.

В-седьмых, при желании законодатель может сказать о том, что арбитрами в указанных спорах могут быть только лица, прошедшие специальную подготовку. Сегодня опасения ВС РФ может вызывать то, что арбитры могут просто не иметь достаточно знаний и опыта для разрешения соответствующих споров, которые действительно могут являться непростыми и специфическими. И эти опасения во многом основательны, если быть знакомым с практикой функционирования существующих третейских учреждений. Впрочем, думается, что это все же было бы излишне.

Не исключено также, что следует обсудить и возможность закрепления особенностей ответственности арбитров и постоянно действующих арбитражных учреждений применительно к этим спорам.

Автор сам относится к их числу, но важно понимать, что в РФ применительно к таким спорам само по себе допущение подобного арбитража с точки зрения власти – вещь крайне сомнительная, не говоря уже о том, что лучше арбитрабельность данных споров с определенными ограничениями в отношении конфиденциальности арбитража по ним, нежели их неарбитрабельность.

⁷⁵ «Третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска и если иное не предусмотрено федеральным законом».

⁷⁶ Правовое заключение по договору от 2 мая 2017 г. по теме «Арбитрабельность споров по договорам, заключенным в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 г. № 223-ФЗ „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“» / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. – М., 2017. С. 19 (<http://ars-rspp.ru/files/other/legal-opinion-about-fz223.pdf>).

⁷⁷ Там же. С. 18–19.

КС РФ может на все это законодателю указать: это может оказаться определенным вариантом для обеспечения публичных интересов без ущерба арбитрабельности соответствующих споров по Закону № 223.

Важно еще раз подчеркнуть, что законодатель допустил неточность, когда указал на федеральный закон, устанавливающий только *«порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»*⁷⁸. На самом деле проблема арбитрабельности таких споров лишь к одному этому определению не сводится.

Более того, КС РФ может сам по итогам рассмотрения запроса ВС РФ провозгласить указанные выше конституционные ограничители и моменты в своем акте как предполагающиеся по конституционно-правовому смыслу оспариваемых ВС РФ положений.

9. Прочие моменты, которые следует учитывать КС РФ при рассмотрении запроса ВС РФ

КС РФ мог бы также принять во внимание следующее.

9.1. Отсутствие необходимости дожидаться принятия федерального закона, устанавливающего *«порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»*⁷⁹.

Вопрос о принятии такого закона является в данном плане совершенно независимым от вопроса об арбитрабельности соответствующих споров по Закону № 223.

9.2. Как известно, КС РФ в своих актах неоднократно использовал понятие «законные ожидания», не говоря уже о конституционной категории «предсказуемость регулирования».

Законные ожидания вполне можно считать одной из конституционных ценностей, направленных на обеспечение прав и свобод.

В свете этого подход ВС РФ является тем более расходящимся с Конституцией РФ.

Частные лица, зная, что соответствующие отношения по Закону № 223 являются гражданско-правовыми, вправе рассчитывать в свете ч. 6 ст. 4 АПК РФ, п. 2 ст. 1 Закона 2002 г. о третейских судах и ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже на то, что споры из таких отношений являются арбитрабельными.

Но ВС РФ подобные ожидания применительно к другим видам споров уже не оправдывал. Потому, чувствуя, видимо, что тут у него слабое место, он попытался оправдаться (в Определении от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014):

⁷⁸ Часть 8 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“».

⁷⁹ Там же.

«Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что специальные требования, предъявляемые законом и в целом публичным порядком Российской Федерации к отношениям в сфере реализации государством публично-значимых задач при расходовании на их решение бюджетных средств, обусловленные общественной значимостью таких отношений, и, соответственно, необходимостью публичного контроля за ними, соответствуют требованию правовой определенности, а, значит, являются предсказуемыми для участников гражданского оборота, в том числе в части использования процессуальных возможностей для защиты своих прав».

Такой подход чреват ослаблением доверия к закону и к действиям государства у участников оборота.

9.3. Положения Федерального закона от 3 ноября 2015 г. № 297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации», особенно его ст. 7 «Неприменение судебного иммунитета в отношении споров, связанных с участием иностранного государства в гражданско-правовых сделках и (или) осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности»:

«1. Иностранное государство не пользуется в Российской Федерации судебным иммунитетом в отношении споров, связанных с участием иностранного государства в гражданско-правовых сделках с физическими лицами, или юридическими лицами, или иными образованиями, не имеющими статуса юридического лица, иного государства, если такие споры в соответствии с применимыми нормами права подлежат юрисдикции суда Российской Федерации и указанные сделки не связаны с осуществлением иностранным государством суверенных властных полномочий.

<...>

3. Иностранное государство не пользуется в Российской Федерации судебным иммунитетом в отношении споров, связанных с осуществлением иностранным государством предпринимательской и иной экономической деятельности на территории Российской Федерации, а также на территории другого государства, если последствия такой деятельности имеют связь с территорией Российской Федерации.

4. При решении вопроса о том, связана ли сделка, совершенная иностранным государством, с осуществлением его суверенных властных полномочий, суд Российской Федерации принимает во внимание характер и цель такой сделки».

После сравнения позиций ВС РФ об арбитрабельности соответствующих споров по Закону № 223 с положениями данного Федерального закона создается впечатление, что ВС РФ с методологической точки зрения или игнорирует такие положения, или же использует двойные стандарты.

В самом деле, почему в одном случае для признания гражданско-правовой сделки имеющей в себе «публичный элемент» достаточно участия в ней, например, коммерческой организации, подконтрольной государству, а в другом даже участие целого государства в гражданско-правовой сделке не мешает считать ее именно что гражданско-правовой? Почему во втором случае для игнорирования статуса сделки как гражданско-правовой требуется осуществление властных полномочий, а в первом – не требуется?

9.4. Ранее ВС РФ не испытывал проблем с признанием арбитрабельности споров из договоров в связи с Законом № 223.

Например, в Определении ВС РФ от 30 марта 2016 г. № 309-ЭС16-1489 по делу № А60-31268/2015 говорится: «*Иные доводы заявителя (в части неарбитрабельности спора, ввиду заключения контракта в соответствии с нормами Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“)* при признании нарушения им обязательства по существу спора, не свидетельствуют о существенном нарушении его прав, следовательно не свидетельствует о наличии компетенции высшей судебной инстанции государства. Заявитель не обосновал, каким образом указанное нарушение нарушает его права».

Как быть с принципом эстоппель, который нередко использует и ВС РФ?

Закон № 223 вступил в силу в 2012 г., и лишь спустя шесть лет ВС РФ вдруг задался вопросом об арбитрабельности споров из отношений, регулируемых данным Законом.

Впрочем, это особый и самостоятельный вопрос: почему так изменилась политика ВС РФ? И почему аналогичным образом изменилась политика ВАС РФ, который ранее тоже считал арбитрабельными споры, связанные с изменением, исполнением, расторжением и недействительностью государственных контрактов?⁸⁰

9.5. Более того, в ходе разработки Закона об арбитраже активно дебатировался, в том числе с участием ВС РФ, вопрос об арбитрабельности / неарбитрабельности не только споров из государственных или муниципальных контрактов, но и споров из отношений заказчиков, участников закупок и поставщиков согласно Закону № 223.

По итогам было решено использовать следующий компромисс: первые споры, хотя они и являются гражданско-правовыми, объявить, учитывая позицию ВС РФ, «условно арбитрабельными», т.е. согласиться принять в будущем отдельный закон, который сделает эти споры арбитрабельными. Расчет делался на то, что по итогам реформы недобросовестных арбитражных центров больше не будет и основания для опасений ВС РФ окажутся устраненными.

Но вместе с тем также признавалось, в том числе и представителями ВС РФ, что споры из отношений заказчиков, участников закупок и поставщиков согласно Закону № 223 являются гражданско-правовыми и арбитрабельными.

Однако теперь ВС РФ эту позицию неожиданно изменил.

9.6. Далее, если ВС РФ полагает возможным логику признания неарбитрабельности споров из государственных или муниципальных контрактов применять по аналогии к спорам из отношений заказчиков, участников закупок и поставщиков согласно Закону № 223, то почему он не использует обратную логику и по аналогии не применяет норму о том, что первые споры все же арбитрабельны, хотя и под условием?⁸¹

⁸⁰ См., например: http://a-tsm.ru/docs/paktika/Spory_po_gosudarstvennym_kontraktam_-_s_logo.pdf.

⁸¹ Часть 8 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“». См. выше п. 1.3.4.

9.7. Как уже говорилось, отрицание арбитрабельности споров, за которыми все же признается гражданско-правовой характер, является не чем иным, как допущением коллизии правовых норм, которая приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав, ввиду чего вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции КС РФ (см. выше п. 3.2).

То, что такая коллизия действительно существует, доказывается и наличием двух диаметрально противоположных позиций двух органов исполнительной власти.

В п. 5 письма от 28 декабря 2015 г. № АЦ/75923/15 «О применении Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ и статьи 7.32.3 КоАП РФ» ФАС РФ указала: «По вопросу целесообразности включения в договор, заключаемый по итогам проведения закупочной процедуры в соответствии с Законом о закупках, третейских оговорок, ФАС России сообщает следующее.

<...>

...по мнению ФАС России, соглашения о передаче в третейские суды споров, возникающих из договоров, заключенных в результате проведения закупочной процедуры в соответствии с Законом о закупках, являются недействительными...».

А в письме от 27 января 2017 г. № Д28и-337 Министерство экономического развития РФ сообщило: «...заказчик вправе самостоятельно устанавливать в положении о закупке требования к закупке, порядок подготовки и проведения процедур закупки согласно положениям Закона № 223-ФЗ, в том числе включать в проект договора положения об урегулировании споров, вытекающих из Закона № 223-ФЗ, через третейский суд».

Очевидно, что в такую ситуацию вмешательство КС РФ требуется.

9.8. Необходимо помнить о том, что лозунг «Мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное» все же как-то сегодня устарел (хотя и начинает в чем-то возвращаться).

Между тем, если посмотреть на правовые позиции ВС РФ по рассматриваемым здесь вопросам, создается впечатление, что он по-прежнему руководствуется следующим:

«Идет подготовка нового гражданского законодательства. НКЮст „плывет по течению“; я это вижу. А он обязан бороться *против* течения. Не перенимать (вернее, не дать себя надуть тупоумным и буржуазным старым юристам, кои перенимают) старое, буржуазное понятие о гражданском праве, а создавать новое. Не поддаваться Наркоминделу, который „по должности“ тянет линию „приспособления к Европе“, а бороться с этой линией, выработать *новое* гражданское право, новое отношение к „частным“ договорам и т. п. Мы ничего „частного“ не признаем, для нас *все* в области хозяйства есть *публично-правовое*, а не частное. Мы допускаем капитализм *только* государственный, а государство, это — мы, как сказано выше. Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в „частноправовые“ отношения; расширить право государства отменять „частные“ договоры; применять не *corpus juris romani* к „гражданским правоотношениям“, а *наше революционное правосознание*; показывать систематически, упорно, настойчиво на ряде образцовых процессов, как это надо делать с умом и энергией; через партию шельмовать и выгонять тех членов ревтрибуналов и нарсудей, кои не учатся этому и не хотят понять этого»⁸².

⁸² Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д.И. Курскому // Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Издание пятое. Том 44 / Институт марксизма-ленинизма при ЦК КПСС. — М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 398. Полностью эта цитата курсивов не выделена ввиду необходимости показать выделение слов, сделанное В.И. Лениным.

9.9. Необходимо проявлять максимально взвешенный подход и учитывать российские реалии.

Так, например, представляется, что в Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П КС РФ проявил чрезмерно «восторженное» отношение к третейским судам, назвав их *«институтами гражданского общества, наделенными публично значимыми функциями»*. Верная в конституционной теории, на практике эта характеристика привела в РФ лишь к росту числа злоупотреблений со стороны многих третейских центров, которые, занимаясь явно неправомерной деятельностью, такой формулировкой стали активно прикрываться.

Сегодня ситуация в третейской сфере также далека от идеальной, учитывая то, что деятельность Министерства юстиции РФ направлена на ограничение конкуренции в этой сфере и обеспечение в ней олигополии только тех лиц, которые устраивают указанное Министерство, а также безответственное отношение некоторых организаций, получивших право администрировать арбитраж, к третейской сфере, использование в ней двойных стандартов (см. выше п. 7.5).

Можно утверждать, что сегодня регулирование третейской сферы в РФ перешло из одной крайности (избыточный либерализм и вседозволенность для всех) в другую (избыточный авторитаризм и вседозволенность для избранных).

Ввиду этого КС РФ при рассмотрении запроса ВС РФ следует принимать во внимание не только мнение Министерства юстиции РФ и (или) иных организаций, получивших право администрировать арбитраж, по поводу итогов реформы сферы арбитража в РФ, но и мнения иных лиц, в том числе расходящиеся с позицией указанного Министерства и (или) таких организаций⁸³.

9.10. Следует особо подчеркнуть возможность наличия в отношениях, регулируемых Законом № 223, и в спорах из них иностранных лиц как участников закупок и поставщиков.

Для таких лиц приемлемым способом разрешения данных споров всегда был и будет скорее арбитраж, а не обращение в государственные арбитражные суды РФ.

Если вдруг по какой-то причине квалифицировать споры из указанных отношений как неарбитрабельные, то такая квалификация будет «пригодной» именно и сугубо для внутрироссийских потребностей, тогда как в транснациональном контексте она окажется просто неприемлемой для контрагентов заказчиков по Закону № 223. Пострадают же в итоге сами эти заказчики.

Кроме того, данным заказчикам будет гораздо легче привести в исполнение в большинстве стран третейское решение против допустившего нарушения поставщика, а не решение государственного суда РФ.

В нынешних условиях многие заказчики и так страдают от ситуации с персональными и секторальными санкциями, а возможности получения ими соответствующих товаров или услуг ограничиваются. Согласие на арбитраж – один из немаловажных способов

⁸³ См., например: *Севастьянов Г.* Российское третейское сообщество протестует! (о расширенном заседании Российского центра содействия третейскому разбирательству) (https://zakon.ru/blog/2017/11/20/rossijskoe_tretejskoe_soobschestvo_prottestuet_o_rasshirennom_zasedanii_rossijskogo_centra_sodejstviju); *Он же.* Голое третейское право. Третейское саморегулирование неизбежно... (краткий анализ основных позиций М.Л. Гальперина по поводу перспективы третейской реформы) (https://zakon.ru/blog/2017/12/28/goloe_tretejskoe_pravo_tretejskoe_samoregulirovanie_neizbezno...kratkij_analiz_osnovnyh_pozicij_m_l_1); *Морозов М.* Скажите товарищу Сталину, что это чудовищная ошибка! (https://zakon.ru/blog/2017/07/11/skazhite_tovarischu_stalinu_chno_eto_chudovischnaya_oshibka).

смягчить для них такую ситуацию. Защита публичного интереса должна состоять в обеспечении для них арбитрабельности, а не наоборот.

9.10.1. Современный международный оборот требует с практической и прагматической точки зрения более гибких подходов к квалификации отношений, складывающихся в ходе транснационального экономического сотрудничества.

Игнорировать такую специфику международного оборота не следует. При этом из конституционного принципа равенства вытекает, что невозможно споры из отношений, регулируемых Законом № 223, считать арбитрабельными только в том случае, если в них имеются иностранные лица как участники закупок и поставщики, и рассматривать их как неарбитрабельные в ситуации, когда данные лица в них отсутствуют.

Необходимость признания таких споров арбитрабельными обуславливается в том числе положениями Заключительного акта Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1 августа 1975 г.), который распространяется и на РФ:

«Арбитраж

Государства-участники,

считая, что быстрое и справедливое разрешение споров, могущих возникнуть из коммерческих сделок, относящихся к торговле и обмену услугами, и из контрактов в области промышленного сотрудничества, способствовало бы расширению и облегчению торговли и сотрудничества,

полагая, что арбитраж является одним из подходящих способов разрешения таких споров, рекомендуют организациям, предприятиям и фирмам своих стран в соответствующих случаях предусматривать арбитражную оговорку в коммерческих сделках и контрактах о промышленном сотрудничестве или специальных соглашениях;

рекомендуют, чтобы положения об арбитраже предусматривали проведение арбитража на основе взаимоприемлемого регламента и допускали проведение арбитража в третьей стране, с учетом действующих межправительственных и иных соглашений в этой области».

Признает это и ВС РФ: *«С учетом изложенного, споры, возникающие из договоров, предполагающих расходование бюджетных средств, по общему правилу, являются неарбитрабельными, а третейские соглашения о передаче подобных споров в третейские суды — недействительными. Рассмотрение таких споров третейскими судами, исполнение решений третейских судов, вынесенных в результате рассмотрения таких споров, нарушает основополагающие принципы российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции, публичного контроля за расходованием бюджетных средств). В порядке исключения такие споры могут признаваться арбитрабельными, если в правоотношениях, из которых возник спор, обеспечивается более значимый общественный интерес (в частности, потребность общества в товарах, работах, услугах, которая иным образом обеспечена быть не может, например, в отношениях международного характера)»* (Определение от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014).

Вот только такой поход («арбитрабельность на экспорт», а не для внутреннего потребления) в условиях, когда закон его не одобряет, конституционному принципу равенства не соответствует.

И, к сожалению, ВС РФ выводит арбитрабельность споров трансграничного характера не из их гражданско-правовой природы, а из якобы необходимости обеспечивать «более значимый общественный интерес».

Это, безусловно, новое слово в обосновании важности арбитража в международном торговом обороте.

9.11. Нельзя забывать и о Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.), участницей которой является и РФ.

Пункт 1 ст. II «Возможность для публично-правовых юридических лиц обращаться к арбитражу» этой Конвенции предусматривает: «*В случаях, предусмотренных пунктом 1 статьи I настоящей Конвенции, юридические лица, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как „юридические лица публичного права“, будут иметь возможность заключать арбитражные соглашения*»⁸⁴.

Сказанное только что в п. 9.10 и в п. 9.10.1 применимо *mutatis mutandis* и здесь.

9.12. Заявления о том, что неарбитрабельность соответствующих споров объясняется тем, что договоры, из которых они возникли, имеют публичную основу, преследуют публичный интерес и направлены на достижение результата, необходимого в публичных целях для удовлетворения публичных нужд, достигаемого за счет траты бюджетных средств, могут на деле создавать серьезный риск того, что правовой статус заказчиков по Закону № 223 может начать восприниматься за рубежом искаженным образом, что их могут начать считать *alter ego* РФ со всеми вытекающими отсюда последствиями для имущества РФ.

9.13. В праве РФ имеет место тенденция к расширению арбитрабельности споров.

Так, с 1 февраля 2017 г. арбитрабельными стали корпоративные споры.

А с декабря 2016 г. — индивидуальные трудовые споры, возникающие в профессиональном спорте и спорте высших достижений (см. выше п. 6.2).

9.14. Нельзя не учитывать и то, что ВС РФ в своем подходе к арбитрабельности споров намеренно стремится приравнять затрагивание публичного интереса в РФ к нарушению публичного порядка РФ.

Один из ярких примеров этого — Определение ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014:

«Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить цели публичного (общественного) контроля за такими отношениями, а значит — интересы публичного порядка.

<...>

⁸⁴ Вот п. 1 ст. I «Сфера применения Конвенции»:

«Настоящая Конвенция применяется:

а) к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных Договаривающихся Государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле;

б) к арбитражным процессам и решениям, основанным на соглашениях, указанных в пункте 1, абзац „а“ настоящей статьи».

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, самостоятельно устанавливаемых третейским судом, что не отвечает цели экономии бюджетных средств, которая также является элементом публичного порядка.

<...>

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что специальные требования, предъявляемые законом и в целом публичным порядком Российской Федерации к отношениям в сфере реализации государством публично-значимых задач при расходовании на их решение бюджетных средств, обусловленные общественной значимостью таких отношений, и, соответственно, необходимостью публичного контроля за ними, соответствуют требованию правовой определенности, а, значит, являются предсказуемыми для участников гражданского оборота, в том числе в части использования процессуальных возможностей для защиты своих прав».

Исторический опыт подсказывает, что подобный вариант – крайне опасный путь для развития права. Не зря категорию «публичного порядка», используя известное гегелевское выражение, давно уже именуют «подушкой для лени мысли».

9.15. Важно также понимать, что утверждения о необеспечении целей какого-то закона неизбежно ведут к заявлениям о том, что такой закон «обходится».

Как известно, ложная и создающая неопределенность правового регулирования теория «обхода закона» базируется в том числе на объявлении недействительными действий, якобы «подрывающих цели закона».

И эту ложную и опаснейшую для оборота идею ВС РФ уже внедряет.

Так, в Определении от 27 декабря 2017 г. по делу № 310-ЭС17-12469, А64-906/2017 ВС РФ сообщил: *«В данном случае исполнение решения третейского суда приводит к нарушению таких основ публичного порядка Российской Федерации как принципы распоряжения публичной собственностью, публичного контроля за ее распоряжением, направленности публичной собственности на обеспечение интересов общества, функционирующего в рамках публичного образования, запрета обхода закона, запрета распоряжения публичной собственностью через частные средства разрешения споров, тем более, через частные средства разрешения споров, исключающие публичный контроль за спорными правоотношениями ввиду конфиденциальности разрешения спора (третейские суды)».*

Представляется, что этим дело не ограничится и в конце концов государственные суды могут начать стремиться все чаще объявлять третейские суды именно средством «обхода закона». Отечественному праву это уже было известно⁸⁵.

9.16. Несложно понять, что ВС РФ своим подходом, предлагающим отрицать гражданско-правовую природу правоотношений ввиду присутствия в ней особых субъектов, связанных с государством или осуществляющих деятельность, имеющую значение для общества, не просто повторяет ошибки теории «хозяйственного права», которая предлагала отделить государственные предприятия от граждан, т.е. чисто частных лиц (см. выше п. 4.3.1), но на деле ведет к появлению в российском праве того, что ранее называлось сословиями.

⁸⁵ Гурлянд Я. О третейском суде. Обход закона о переходе прав на недвижимые имущества // Судебный вестник. 1872. № 37, 38, 45.

В нашем Отечестве уже имелись служилые люди, служилое сословие: совокупность лиц, которые были обязаны нести соответствующую службу в пользу государства.

Сейчас ВС РФ добавляет к государству и общество, но суть от этого не меняется: предложения ВС РФ – лозунг «Вперед, в прошлое!», возврат к чему-то феодальному.

И в свете текущей ситуации выглядит это логичным, но все же неконституционным.

9.17. Любопытен и тот момент, что и администрирование арбитража, и сам арбитраж как процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом являются и с правовой, и с экономической точки зрения оказанием услуг, образующим самостоятельные сферы, а администрирование арбитража – и отдельный рынок в свете законодательства РФ о защите конкуренции.

На администрирование арбитража как оказание услуг имеется указание в законодательстве РФ (см., например, подп. 16.1 п. 2 ст. 149 НК РФ⁸⁶). Определение деятельности по арбитражу как услуг закреплено в документах ВТО – международной организации, участницей которой является также РФ. ТПП РФ на своем сайте в разделе «Услуги системы ТПП РФ» предлагает заказывать услуги (платные) МКАС или МАК (см.: <https://uslugi.tpprf.ru/ru/services/>). Институт современного арбитража также признает, что он предоставляет «*эффективные, профессиональные и исполнимые услуги по разрешению споров сторонам из различных правовых систем и культур*» (см.: <https://centerarbitr.ru/2017/10/18/siac-mou/>). Наконец, и Министерство юстиции РФ также уже характеризовало сферу арбитража именно как «рынок». Можно привести еще массу доводов в пользу квалификации администрирования арбитража и самого арбитража как услуг.

Из этого вытекает, что Закон № 223 вполне мог бы распространяться и на закупку указанных услуг, а различные арбитражные учреждения могли бы конкурировать между собой за право получить того или иного заказчика по данному Закону в качестве потенциального истца в будущем. Другое дело, что на практике это не происходит.

И думается, что не должно происходить – хотя бы потому, что в противном случае могли бы иметь место сомнения в независимости и беспристрастности соответствующего арбитражного учреждения, ведь в такой ситуации это учреждение само активно предлагало бы свои услуги конкретному заказчику.

Кстати, Директива 2014/24/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 26 февраля 2014 г. о государственных закупках и об отмене Директивы 2004/18/ЕС (п. (24) Преамбулы) также исходит из того, что правила о закупках не должны распространяться на услуги по арбитражу: «*Следует помнить, что услуги по арбитражному разбирательству и примирению, а также по реализации аналогичных форм альтернативного разрешения споров обычно предоставляются организациями или физическими лицами, согласованными или избранными в таком порядке, который не может регламентироваться нормами о закупках.* <...>».

⁸⁶ «2. Не подлежит налогообложению (освобождается от налогообложения) реализация (а также передача, выполнение, оказание для собственных нужд) на территории Российской Федерации:

<...>

«16.1) услуги, оказываемых в рамках арбитража (третейского разбирательства), администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ и Законом Российской Федерации от 7 июля 1993 года № 5338-1 „О международном коммерческом арбитраже“...».

10. Вопрос о прошлой и будущей судебной практике: давно уже продолжающееся намеренное неконституционное ограничение арбитрабельности споров из гражданско-правовых отношений российскими государственными арбитражными судами и ВС РФ

10.1. В указанных судах в последние годы сложилась практика, согласно которой в гражданско-правовых отношениях может иметь место «концентрация общественно-значимых публичных элементов», которая делает споры из таких отношений неарбитрабельными, *«не позволяет признать [эти] споры... спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами»⁸⁷*.

Сначала Президиум ВАС РФ принял Постановление от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 о неарбитрабельности споров из государственных или муниципальных контрактов.

Затем Постановлением от 11 февраля 2014 г. № 11059/13 по делу № А26-9592/2012 Президиум ВАС РФ объявил неарбитрабельными споры, возникающие из договоров аренды лесных участков, заключенных в соответствии с Лесным кодексом.

ВС РФ такие подходы поддержал.

Более того, он стал активно их развивать.

Так, Определением ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014 был признан неарбитрабельным спор, не связанный с государственным или муниципальным контрактом, но заключенный акционерным обществом, привлеченным к выполнению функций федерального органа исполнительной власти, уполномоченного осуществлять функции по управлению особыми экономическими зонами.

Кроме того, в Определении от 27 декабря 2017 г. по делу № 310-ЭС17-12469, А64-906/2017 ВС РФ указал: *«Таким образом, споры из договоров, предметом которых является имущество, находящееся в публичной (например, муниципальной) собственности, в силу наличия высокой концентрации публичных элементов не могут рассматриваться третейскими судами ввиду несовместимости законодательных принципов третейского разбирательства и принципов организации местного самоуправления в Российской Федерации»*. Тем самым был объявлен неарбитрабельным еще один вид споров (впрочем, это в целом не более чем вариация на тему неарбитрабельности споров, возникающих из договоров аренды лесных участков).

Нижестоящие государственные арбитражные суды во многом следовали и следуют таким подходам, а также начали активно объявлять неарбитрабельными споры из отношений между заказчиками, участниками закупок и поставщиками, указанными в Законе № 223.

Далее, Арбитражный суд г. Москвы в определении от 14 сентября 2017 г. по делу № А40-93716/17-151-865 указал: *«Следовательно, споры из концессионных соглашений имеют ту же правовую природу, что и споры по контрактам о государственных закупках, так как основаны на соблюдении основополагающих принципов российского права (противодействие коррупции, обеспечение конкуренции, публичность реализации сделки с государственным заказом и государственным имуществом)»*. И хотя рассмотрение этого спора еще продолжается и с

⁸⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 11535/13; Определение ВС РФ от 3 марта 2015 г. по делу № 305-ЭС14-4115, А41-60951/13.

ним все не так однозначно, уже понятно: идеи неарбитрабельности стали задействоваться и касательно соответствующих споров из отношений, регулируемых Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

10.2. Как уже говорилось, само словосочетание «концентрация общественно-значимых публичных элементов в частном правоотношении» есть не что иное, как оксюморон.

Можно утверждать, что устремления ВАС РФ и ВС РФ привели к появлению в праве РФ некоего «юридического мутанта», нового «любопытного» концепта: «отношения по диагонали» (см. выше п. 4.3, п. 4.3.1–4.3.4).

По сути ВАС РФ и ВС РФ вольно или невольно приспособили теорию «хозяйственного права» к процессуальной сфере, «изобрели» «хозяйственно-юрисдикционно-третейское право», причем в целях ограничения арбитрабельности соответствующих споров и расширения компетенции государственных арбитражных судов (см. выше п. 4.3 и п. 4.3.1).

10.3. Но что подобный подход ВС РФ в свете только что сказанного означает в конституционном контексте, учитывая общую формулу «*Все споры из гражданско-правовых отношений арбитрабельны, если иное не предусмотрено федеральным законом*»?

Несколько важных вещей.

Во-первых, нарушение принципа разделения властей, зафиксированного в ст. 10 Конституции РФ⁸⁸. В самом деле, кто может определять в РФ компетенцию государственных судов? Законодатель, само собой. А что произошло в рассматриваемом случае? Компетенцию государственных судов определяли ВАС РФ и ВС РФ.

Во-вторых, нарушение общеправового принципа «*Nemo debet esse iudex in propria causa*» («*Никто не может быть судьей в собственном деле*»). В самом деле, по сути ВС РФ, определяя указанную выше компетенцию, определил автоматически и свою компетенцию.

КС РФ, кстати, в своих актах также использовал данный общеправовой принцип⁸⁹.

В-третьих, не что иное, как присваивание себе прерогатив законодателя, подмену его воли своей (это ясно следует из только что сказанного).

В-четвертых, не что иное, как бесосновательное отрицание высшей судебной инстанцией прямого указания федерального закона.

В-пятых, не что иное, как нарушение Конституции РФ как таковой⁹⁰.

10.4. Далее, в такой ситуации является очевидным, что отрицание арбитрабельности споров, за которыми все же признается гражданско-правовой характер, является не чем иным, как допущением столкновения различных конституционных правил, а именно ч. 2 ст. 45 («*Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом*») и ч. 1 ст. 47 («*Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом*») в ее системном единстве с ч. 1 ст. 118 («*Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом*») Конституции РФ.

⁸⁸ «Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны».

⁸⁹ См., в частности, постановления от 14 июля 2005 г. № 8-П, от 5 февраля 2007 г. № 2-П.

⁹⁰ «[Он] замахнулся на самое святое, что у нас есть. На Конституцию!» (кинолента «Берегись автомобиля» (Мосфильм, 1966)).

А ведь еще ранее КС РФ указывал (см. Постановление от 2 марта 2010 г. № 5-П (абзац седьмой п. 5) и более ранние акты):

«В случаях, когда коллизия правовых норм приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав, вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, который обеспечивает в этих случаях выявление конституционного смысла действующего права (Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1997 года № 21-П, от 2 февраля 1999 года № 3-П и от 23 февраля 1999 года № 4-П)».

Является очевидным, что ВАС РФ такое указание КС РФ игнорировал. Как известно, он считал себя выше и КС РФ, и законодателя⁹¹.

ВС РФ после ликвидации ВАС РФ ведет себя в этом плане гораздо осторожнее, но все же опять-таки с конституционной точки зрения не вполне ответственно, свидетельство чему – его Определение от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014.

Но, безусловно, очень отраднo то, что наконец-то ВС РФ осознал, что в контексте проблемы арбитрабельности в рассматриваемой ситуации коллизия правовых норм приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав и что вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции КС РФ, который обеспечивает в этих случаях выявление конституционного смысла действующего права.

Правда, обратившись в КС РФ с запросом, ВС РФ по сути автоматически расписался в тех нарушениях, которые в плане объявления неарбитрабельности соответствующих споров уже были ранее допущены им, ВАС РФ и другими государственными судами.

Отраднo и то, что КС РФ наконец-то может реализовать свои прерогативы, которые он ранее сам и отстаивал.

10.5. А ведь у КС РФ уже была возможность их реализовать, причем не однажды.

Но что он сделал?

Вместо реализации своих прерогатив он принял два не вполне внятных Определения: от 15 января 2015 г. № 5-О (дело об арбитрабельности споров из договоров аренды лесных участков); и

от 5 февраля 2015 г. № 233-О (дело об арбитрабельности споров из государственных или муниципальных контрактов).

Вот вывод КС РФ из первого Определения (абзац третий п. 2.3):

«Проверка же законности и обоснованности правоприменительных решений, состоявших в деле с участием заявителя, в том числе в части квалификации Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации правовой природы требования о взыскании задолженности по договору аренды лесного участка как вытекающего из публично-правовых отношений, исключающей возможность рассмотрения этого спора третейскими судами, не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, определенную статьей 125 Конституции Российской Федерации».

⁹¹ В отношении последнего небезосновательно, надо сказать.

Вот вывод КС РФ из второго Определения (абзац четвертый п. 4):

«Проверка же законности и обоснованности правоприменительных решений, состоявшихся в деле с участием заявителя, в том числе в части квалификации судами различных инстанций правовой природы требования о расторжении договора, заключенного по результатам открытого аукциона в электронной форме в соответствии с требованиями Федерального закона „О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, как вытекающего из публично-правовых отношений, исключая возможность рассмотрения этого спора третейскими судами, а также в части установления данной возможности при наличии содержащейся в договоре альтернативной оговорки о рассмотрении всех споров и разногласий, возникающих между сторонами, третейским либо государственным судом, не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, определенную статьей 125 Конституции Российской Федерации и статьей 3 Федерального конституционного закона „О Конституционном Суде Российской Федерации“».

Видимо, КС РФ тогда не понял или не захотел понять, что речь идет не о квалификации государственными арбитражными судами правовой природы требований как вытекающих из публично-правовых отношений, а о том, что они квалифицируют такие требования как не вполне гражданско-правовые, но одновременно и как не вполне публично-правовые.

КС РФ не разобрался или не захотел разбираться с идеей о том, что «концентрация общественно-значимых публичных элементов» имеет место именно в гражданско-правовых отношениях: он воспринял ее так, будто речь идет в данном случае о публично-правовых отношениях. Но это совсем нет так. Достоинно сожаления то, что КС РФ проявил в двух только что указанных Определениях «страусиную политику».

Так что еще тогда КС РФ следовало, руководствуясь ранее им выраженными позициями, попытаться объяснить судам, что к чему в этом вопросе, в том числе на основе постановления от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» (абзац третий п. 5), где КС РФ указал, что *«обращение... в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности примененного или подлежащего применению в конкретном деле закона, если суд приходит к выводу о несоответствии закона Конституции Российской Федерации, не может рассматриваться только как его право, — суд обязан обратиться с таким запросом...»*.

И тогда КС РФ мог бы выявить подлинный конституционный смысл законов, регулирующих гражданско-правовые отношения, споры из которых государственные суды стали признавать неарбитрабельными.

Подобно тому как он выявил такой смысл законов, например, в Постановлении от 21 января 2010 г. № 1-П⁹² или в Постановлении от 31 мая 2016 г. № 14-П⁹³.

КС РФ может это сделать сейчас в ходе рассмотрения запроса ВС РФ.

И в любом случае по итогам рассмотрения такого запроса ВС РФ имело бы смысл указать государственным судам, что в контексте проблемы арбитрабельности имеет место

⁹² По поводу пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта, оспариваемого заявителем в порядке надзора и основанного на положениях законодательства, практика применения которых после принятия оспариваемого судебного акта определена ВАС РФ в постановлении Пленума ВАС РФ или в постановлении Президиума ВАС РФ, в том числе принятом по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора.

⁹³ По поводу системы «Платон» и платы в счет возмещения вреда, причиняемого автомобильным дорогам общего пользования федерального значения большегрузными транспортными средствами.

коллизия правовых норм, которая приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав, и что вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции КС РФ, который обеспечивает в этих случаях выявление конституционного смысла действующего права.

Лучше позднее, чем никогда.

11. Некоторые выводы

А) Анализ арбитрабельности споров из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых выступают указанные в этом Законе заказчики, участники закупок и поставщики, с точки зрения:

отделения в РФ частного права от публичного;
правового статуса заказчиков по данному Закону;
возможности участия в указанных отношениях иностранных лиц;
понятийного аппарата российского законодательства;
истории отечественного права;
логики;
оценки различных рисков,
рассматриваемых в системном единстве, не может не приводить к выводу о том, что такие споры арбитрабельны.

Б) В свете вышеизложенного перед КС РФ может стоять тройная задача:

1) необходимо определить баланс частных и публичных интересов в контексте подтверждения конституционно-правовой природы отношений, регулируемых Законом № 223, в которых выступают указанные в данном Законе заказчики, участники закупок и поставщики, как гражданско-правовой;

2) необходимо определить баланс частных и публичных интересов в контексте подтверждения арбитрабельности споров из указанных отношений, соотношения компетенции третейских судов и государственных судов;

3) необходимо четко указать на необходимость соблюдения баланса между компетенцией КС РФ и иных государственных судов в контексте подтверждения такой арбитрабельности, т.е. в ситуации, когда тот или иной акт государственного суда может привести к коллизии конституционных прав.

И это КС РФ необходимо делать не только на будущее, но и распространить свои выводы на прошлое. В противном случае окажется нарушенным принцип равенства: ранее возникшие споры окажутся неарбитрабельными, в отличие от совершенно таких же тех, которые возникнут позднее.

В) В свете вышесказанного также можно предположить, почему ВС РФ просит КС РФ оценить Проверяемые Положения на соответствие п. «в» и п. «о» ст. 71⁹⁴ Конституции РФ.

⁹⁴ «В ведении Российской Федерации находятся:

Казалось бы, как правила о передаче гражданско-правовых споров в третейский суд могут противоречить этим пунктам?

Но намек очевиден: ВС РФ хочет сказать, что КС РФ не следует рассматривать этот вопрос по существу, а необходимо оставить его на решение законодателя.

Понятно, что для последнего такой вопрос приоритетным не будет, что ВС РФ вполне устроит, поскольку может позволить ему беспрепятственно продолжать политику неарбитрабельности.

Г) В связи с только что сказанным в п. В) важно отметить, что ВС РФ неправ, когда утверждает: *«Однако при наличии разницы в правовых принципах Закона о закупках товаров и правовых принципах законодательства о третейском разбирательстве и, исходя из самого их содержания, указывающего на наличие существенной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений по закупке товаров отдельными видами юридических лиц (наличие бюджетного финансирования и государства как собственника таких субъектов), федеральный законодатель не урегулировал определенно вопрос о компетенции третейских судов по рассмотрению споров, возникающих из отношений, регламентируемых нормами Закона о закупках товаров. При таких обстоятельствах нормы не соответствуют критерию правовой определенности как элементу принципа законности, гарантированного Конституцией Российской Федерации»*.

На самом деле федеральный законодатель не молчал и не молчит. Он уже давно урегулировал — и именно определенно урегулировал — вопрос о такой компетенции третейских судов: споры из отношений, регулируемых Законом № 223, в которых выступают указанные в данном Законе заказчики, участники закупок и поставщики, являются арбитрабельными в силу их гражданско-правовой природы.

Признание законодателем принципиальной арбитрабельности споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, этот вывод подтверждает.

Если ВС РФ полагает, что необходимо отдельное законодательное указание на арбитрабельность таких споров в связи с Законом № 223, то это неверно: такое указание было бы с точки зрения юридической техники и принципа законодательной экономии, системного соотношения норм в Законе об арбитраже, ГК РФ, АПК РФ, ГПК РФ совершенно излишним. Более того, оно влекло бы очень серьезные риски для сферы гражданско-правовых отношений, создавая впечатление, что в ней самое место принципу «Все, что не разрешено — запрещено» и что все сомнения нужно разрешать прежде всего не в пользу частных лиц. Кроме того, это также создавало бы риск нарушения принципа равенства: споры, возникшие до принятия подобного закона, оказывались бы неарбитрабельными, а совершенно идентичные, но возникшие после его принятия — арбитрабельными.

Однако, как представляется, пробел действительно имеется, но в ином, а именно по трем моментам, указанным выше в п. Б) настоящего раздела.

в) регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина; гражданство в Российской Федерации; регулирование и защита прав национальных меньшинств;

<...>

о) судоустройство; прокуратура; уголовное и уголовно-исполнительное законодательство; амнистия и помилование; гражданское законодательство; процессуальное законодательство; правовое регулирование интеллектуальной собственности;».

И разобраться в них КС РФ мог бы гораздо лучше нынешнего законодателя.

Д) Можно утверждать, что политика неарбитрабельности, проводимая ВС РФ, строится на своеобразно понимаемой им «юриспруденции интересов».

«Юриспруденцию понятий» применительно к вопросам арбитрабельности / неарбитрабельности ВС РФ отвергает: иначе он бы не игнорировал прямые нормативные указания на арбитрабельность споров из гражданско-правовых отношений, исключить которую может только закон.

Но что самое важное: ВС РФ ранее отвергал в этих вопросах и «юриспруденцию ценностей», не признавая то, что право на арбитраж неразрывно связано с конституционными ценностями, со ст. 2⁹⁵ Конституции РФ.

Однако хорошо уже то, что ВС РФ все же осознал, что в данном случае речь действительно идет о конституционных ценностях, ввиду чего и обратился в КС РФ с запросом.

Е) Важно также понимать, что если КС РФ укажет, что арбитрабельными являются гражданско-правовые споры, вытекающие из отношений, регулируемых Законом № 223, не подтвердив вместе с тем, что соответствующие отношения, регулируемые Законом № 223, являются гражданско-правовыми, то это подлинным решением проблемы не будет, поскольку государственные суды начнут говорить, как они уже и делали, о том, что на самом деле отношения, регулируемые Законом № 223, в подлинном смысле или полностью гражданско-правовыми не являются, что это отношения не *«исключительно частного характера между [исключительно] частными лицами»*, т.е. что они неарбитрабельны.

Ж) Ситуация с запросом ВС РФ в КС РФ наглядно демонстрирует то, что ВС РФ доверия к третейскому разбирательству не испытывает даже сегодня, когда действует разрешительный механизм в Законе об арбитраже (не испытывал его и ранее ВАС РФ).

Серьезные основания для этого имеются (см. выше п. 7.5–7.12). Но наличие таких оснований, как уже говорилось, не вопрос конституционного права, а вопрос факта, умения на практике устранить те злоупотребления и нарушения, которые сегодня в третейской сфере допускаются, в том числе Министерством юстиции РФ.

Однако есть иной вопрос, имеющий уже конституционную значимость: в условиях, когда третейские суды являются *«институтами гражданского общества, наделенными публично значимыми функциями»*, способом *«общественного саморегулирования»* (абзацы седьмой и одиннадцатый п. 2 Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П), недоверие ВС РФ к третейской сфере превращается в недоверие ВС РФ к обществу. И это так и есть.

Что в данных условиях ВС РФ по сути предлагает КС РФ: признать такое его недоверие обоснованным, объявить соответствующие споры неарбитрабельными, поощрить ВС РФ в его недоверии. Представляется, что это было бы слишком.

Может быть, ВС РФ следует самому бороться с таким своим отношением к обществу?

З) Но ситуация с запросом ВС РФ в КС РФ — еще и свидетельство глубокого кризиса ветвей власти в РФ, а такой кризис может иметь место лишь именно в конституционном смысле.

⁹⁵ «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства».

ВС РФ не доверяет не только третейским судам и обществу, но и законодательной власти, а также исполнительной. Как ранее не доверял им и ВАС РФ⁹⁶.

В противном случае ВС РФ избрал бы другой способ защиты тех публичных интересов, о которых он говорит в запросе.

Это очень любопытная тема, но развивать ее следует отдельно.

И) В условиях такого кризиса ВС РФ превращает свои полномочия и закон в орудие политики, причем своей собственной, направленной на расширение собственной компетенции. И, проявляя «заботу» о публичных интересах, ВС РФ сам же и нарушает базовые принципы публичного и частного права.

Сегодня – объявление вопреки закону неарбитрабельными гражданско-правовых споров, а завтра – презумпция «виновности» частного лица в отношениях с государственным учреждением, ибо последнее печется об общественном благе?

Такой подход разрушает ткань частного права, ведет к отрицанию границы между ним и публичным правом, что заканчивается, естественно, опубличиванием всего, что только можно.

«Поэтому попытки „смешения“ частного и публичного права находятся в противоречии с фундаментальными правовыми и этическими принципами»⁹⁷.

Да, в рассматриваемой ситуации именно так: ВАС РФ и ВС РФ нарушили, к сожалению, и этические принципы.

Но в современной РФ подобный подход ВС РФ («не пускать») выглядит закономерным: высшее средство проявления и имплементации власти – запрет.

Запрет – символ современного права РФ, закрытая дверь – современный символ РФ?

Ничего хорошего от этого ждать не приходится, что любому понятно.

К) КС РФ мог бы принять, например и в частности, следующее решение (далее формулировки лишь примерные и вполне возможно, что излишние, а также без учета того, что выводам КС РФ надлежит касаться не только будущего, но и прошлого):

1. Признать взаимосвязанные положения части 6 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (в первоначальной ее редакции, то есть до 1 сентября 2016 г.), пункта 2 статьи 1 Федерального закона от 24 июля 2002 года № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», части 3 статьи 1 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», норм Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» – по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего правового регулирования – не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку по конституционно-правовому смыслу названных положений в системе правового регулирования:

они представляют частноправовой способ воздействия на отношения, регулируемые Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг от-

⁹⁶ В российских условиях предпочли, к сожалению, устранить несогласного, нежели причины для несогласия.

⁹⁷ Это слова известного австрийского профессора Ф. Быдлински (см.: Суханов Е.А. Об отраслях права и их систематизации в австро-германской правовой доктрине (краткий обзор фундаментального труда) // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 2. С. 301).

дельными видами юридических лиц», в которых выступают указанные в этом Федеральном законе заказчики, участники закупок и поставщики (подрядчики, исполнители);

допускается рассмотрение третейскими судами споров, возникающих из указанных отношений;

в целях развития конкуренции не допускается наличие только одного постоянно действующего арбитражного учреждения, имеющего право администрировать указанные споры;

не предполагается включение проекта арбитражного соглашения в проект договора, являющийся неотъемлемой частью извещения о закупке и документации о закупке, учитывая то, что арбитражное соглашение может быть достигнуто между заказчиком и поставщиком (подрядчиком, исполнителем) только после заключения договора по результатам закупки;

постоянно действующие арбитражные учреждения, которые вправе администрировать указанные споры, должны принять отдельные правила арбитража применительно к таким спорам с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем Постановлении;

в целях предотвращения конфликта интересов не допускается назначение арбитрами для рассмотрения указанных споров лиц, являющихся уполномоченными лицами постоянно действующих арбитражных учреждений или организаций, при которых такие учреждения созданы, а также лиц, входящих в органы управления данных учреждений и организаций;

местом арбитража по указанным спорам, в которых не участвуют граждане или юридические лица, личным законом которых является иностранное право и которые не подпадают под действие Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», должна являться Российская Федерация;

при наличии у арбитража по указанным спорам места в Российской Федерации данные споры могут рассматриваться только постоянно действующими арбитражными учреждениями, имеющими право администрировать такой арбитраж, а не третейскими судами *ad hoc*;

принципы конфиденциальности арбитража по указанным спорам не могут ограничивать действие норм Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» о реестре недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) с учетом положений действующего законодательства Российской Федерации об арбитраже (третейском разбирательстве).

2. Федеральному законодателю в целях обеспечения баланса частных и публичных интересов надлежит — руководствуясь требованиями Конституции Российской Федерации и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем Постановлении, — в шестимесячный срок внести изменения и дополнения в федеральные законы, обеспечивающие указанный баланс частных и публичных интересов.

Впредь до внесения соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы взаимосвязанные положения части 6 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (в первоначальной ее редакции, то есть до 1 сентября 2016 г.), пункта 2 статьи 1 Федерального закона от 24 июля 2002 года № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», норм Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» подлежат применению в их конституционно-правовом истолковании, данном Конституционным Судом Российской Федерации в настоящем Постановлении.

Четыре трактовки Определения КС РФ от 12 апреля 2018 г. № 865-О насчет арбитрабельности споров по Закону о закупках отдельными видами юридических лиц: юридико-техническая, евангельская, ленинская и футурологическая

Four Interpretations of the Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 865-O Dated 12 April 2018 Regarding the Arbitrability of Disputes under the Law on Procurements by Various Types of Legal Entities: Legal-Technical, Evangelic, Leninist and Futurological

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.209>

20 апреля 2018 г. на сайте КС РФ появилось Определение № 865-О по запросу Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ о проверке конституционности положений АПК РФ, а также федеральных законов от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках), от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», датированное 12 апреля 2018 г. (далее – Определение № 865-О).

Как известно, ВС РФ «усомнился» в том, что признание арбитрабельности споров из частноправовых отношений по Закону о закупках соответствует Конституции РФ.

И попросил КС РФ эти «сомнения» подтвердить или развеять.

Акт КС РФ по указанному запросу ожидался с начала 2018 г. всеми теми, кто профессионально связан с третейским разбирательством.

Они возлагали на него надежды, аналогичные тем, которые питались в преддверии появления

постановления КС РФ от 18 ноября 2014 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона „О некоммерческих организациях“ в связи с жалобой открытого акционерного общества „Сбербанк России“», а до этого

постановления от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, статьи 28 Федерального закона „О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним“, пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона „Об ипотеке (залоге недвижимости)“ в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Надежды были простыми – на объявление «сомнений» ВС РФ неосновательными.

Но запрос ВС РФ и Определение № 865-О не могут не быть интересными и тем, кто:

- 1) вовлечен в частноправовые отношения по Закону о закупках и в разрешение споров из них;
- 2) вообще интересуется соотношением частноправовой и публично-правовой сфер, их границами, которые маятникообразно двигаются в нашей стране то в одну, то в другую сторону.

В самом деле, перед КС РФ были поставлены, если разобраться (см. запрос Судебной коллегии ВС РФ ниже и его анализ выше), те вопросы, которые действительно могут выводить на уровень философских и политико-правовых проблем соотношения частного и публичного права.

Например: может ли спор из частноправовых отношений быть осложненным каким-то публичным элементом или же затрагивать какой-то публичный интерес таким образом, чтобы полностью утратить свойство арбитрабельности?

Если да, то почему тот или иной публичный элемент или публичный интерес может лишать частного субъекта дискреции, ограничивать свободу договора, допускать вмешательство государства в частные дела и препятствовать их судебной защите в третейском суде?

Почему государственные суды отрицают положения закона, допускающие передачу частноправовых споров на рассмотрение третейского суда?

В современной России вопросы эти немаловажные, хотя во многом и риторические, само собой. Вот простые ответы на них в свете текущей конъюнктуры: может; потому — потому, что кончается на «у».

Однако КС РФ не стал утруждать себя поиском ответов на подобные вопросы. Он заявил лишь, что ВС РФ вполне может и сам справиться с проблемой упомянутой арбитрабельности, в том числе ввиду наличия *«специальной, присущей только Верховному Суду Российской Федерации компетенции по даче разъяснений по вопросам судебной практики»*.

Такой подход КС РФ вызвал недоумение и оставил в несколько расстроенных чувствах многих из тех, кто профессионально связан с третейским разбирательством.

Иногда после обнародования Определения № 865-О приходилось слышать: «Гора родила мышь!»; «Они не хотят работать!»; «Они испугались, и Определение, безусловно, трусливое!»; «Такой шанс у КС был поставить на место зарывающееся правоприменение!» и т.д.

Мне кажется, что возможны и иные варианты с объяснением позиции КС РФ.

Само собой, КС РФ весьма технично «отфутболил» вопрос об арбитрабельности споров из отношений по Закону о закупках назад ВС РФ.

Жаль, несомненно, и то, что КС РФ на защиту цивилистики и свобод гражданского права не встал, особенно в условиях, когда контрарбитражный настрой ВС РФ в данном плане достаточно очевиден.

Но чего вы хотите от КС РФ? Он давно уже не тот. Да и отстаивать свободы любому государственному органу при нынешней конъюнктуре может быть не с руки или даже чревато.

Кроме того, есть еще один существенный момент: запрос ВС РФ был сформулирован весьма небрежно и расплывчато, так что КС РФ, если бы взялся анализировать по существу поставленные перед ним вопросы, мог бы столкнуться со столь немалыми юридико-техническими сложностями конституционного порядка, что было бы крайне непросто их преодолеть.

Ввиду этого Определение № 865-О может быть, например, вежливым намеком на то, что КС РФ работать готов, однако не плане того, чтобы выправлять за заявителями их не вполне корректные обращения и формулировать за них надлежащие запросы. КС РФ не мог не следовать политесу, не мог просто отправить назад подобное обращение ВС РФ со ссылкой на имеющиеся в нем элементарные конституционные ошибки. Не исключено, что если бы запрос ВС РФ был сформулирован более корректно, то КС РФ его рассмотрел бы.

Но почему ВС РФ составил свой запрос именно таким образом?

Тут может быть несколько версий. Вариант с троллингом в адрес КС РФ следует отбросить сразу (впрочем, как и с искренним желанием разобраться в вопросе: ВС РФ все уже для себя решил (надеюсь, что ошибаюсь)).

Обычная небрежность? Возможно.

Есть еще один вариант: «договорной матч», обеспечение обоснования того, что теперь ВС РФ уж точно обладает полной дискрецией решать, как быть с арбитрабельностью споров из отношений по Закону о закупках. Небрежность запроса привела к тому, что КС РФ смог легко отправить его назад ВС РФ – претензий к КС РФ в данной ситуации быть не может. И теперь ВС РФ может говорить, что все в связи с этим вопросом он вправе по благословлению КС РФ решать сам.

Тут можно провести некоторую аналогию с арбитражем: если выбранный сторонами арбитр, перепутав доказательства и аргументы, решил спор неверно, это еще не повод его решение отменять или не приводить в исполнение (при условии, что нарушение публичного порядка места не имеет). Стороны его назначили? Назначили. Компетенция рассматривать у него была? Была. Какие тогда претензии к такому его решению, пусть и некорректному?

И теперь ВС РФ тоже может сказать: если сам КС РФ признал меня компетентным решать этот вопрос, то я его и решу так, как считаю нужным; и не будете же вы утверждать, что мое решение нарушает публичный порядок? Ну сами подумайте: как я, ВС РФ, могу нарушить публичный порядок, если я и определяю, что это такое?

Логика неверная, конечно же, но преодолеть ее может только КС РФ, который уже отказался вопрос рассматривать в пользу ВС РФ. Порочный круг? Нет, само собой, но об этом ниже.

Ситуация с запросом ВС РФ и Определением № 865-О позволяет увидеть еще несколько юридико-технических опций.

1. Общеизвестно, что отечественные чиновники нередко любят отправлять людей в суд, хотя имеют все полномочия принимать соответствующие решения сами: они так перестраховываются, в том числе из-за страха перед проверяющими. Боятся брать на себя ответственность – перекалдывают ее на суд.

Запрос ВС РФ также вполне можно рассматривать как попытку снять с себя ответственность, переложив ее на КС РФ. А почему в РФ должно быть иначе? Почему бы судьям ВС РФ не быть точно такими же чиновниками? Почему одним можно, а им нельзя? Логика неверная, конечно же, но зато практичная.

И теперь в новом свете можно взглянуть на намеренное ограничение возможностей обращения в КС РФ, установленных в Федеральном конституционном законе от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»: КС РФ изначально понимал, что надо поставить барьеры для обращений в него, иначе в российских условиях он сильно рисковал бы превратиться в крайнего.

2. Ошибки заразительны. В запросе ВС РФ их немало.

КС РФ также допустил небрежность, в самом начале, на стр. 1 и 2 Определения № 865-О указав: «*федеральных законов от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ „О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц“*», *от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ „О третейских судах в Российской Федерации“*». Все-таки функция «copy / paste» требует внимательности.

Сейчас текст на сайте КС РФ уже исправлен.

3. Признает ли ВС РФ арбитрабельность соответствующих споров из Закона о закупках?

С одной стороны, в ситуации с усилением огосударствления экономики прагматичнее ее отрицать.

С другой стороны, Минюст по сути завершил огосударствление уже самой третейской сферы, позволив в ней действовать только трем субъектам, с государством связанным и от него зависящим (ТПП РФ, РСПП и ИСА (с марта 2018 г. официально он «российский», т.е. якобы «РИСА», но все же понимают, что «медаль» эту он получил от Минюста незаслуженно: никакие уникальные услуги он не оказывает, так что называть его «российским» просто неловко). Минюст превратил арбитраж в РФ в аналог государственно-частного партнерства, где старшим партнером является именно государство. Все разговоры Минюста, ТПП РФ и т.д. о том, что арбитраж — это осуществление правосудия, являются свидетельством в пользу того, что все они воспринимают арбитраж как концессию: государство передает арбитражным учреждениям часть своих властных прерогатив для заработка, а эти учреждения обязуются развить, «реконструировать» сферу арбитража. Еще этот подход вполне можно назвать откупом (со всеми его гримасами, известными из истории).

Так что в свете сказанного ВС РФ теперь формально не может говорить о том, что упомянутые споры рискуют попасть непонятно куда. Наоборот, понятно: туда, с руководством чего госорганы могут в случае чего задушевно пообщаться.

Более того, можно вообще назначить только одного из этих трех субъектов уполномоченным разрешать подобные споры. И как тогда быть ВС РФ? Непростая задача.

И ВС РФ можно понять. Прежде всего, он может не верить даже и нынешней огосударственной системе арбитражных учреждений. Это объяснимо: он же не может не понимать ситуацию. Ну какой тут арбитраж, подлинный и независимый? ВС РФ также знает, что если почитать некоторые вынесенные там решения, то можно вообще перестать верить в идею арбитража в РФ.

Кроме того, что касается РСПП, то он, как олигархический клуб, классово чужд, и сомнения по его поводу у государственных судов иметься могут.

Есть и иные моменты. Так, государственные арбитражные суды сегодня постепенно мутируют в аналог советского госарбитража. А ТПП РФ создает из МКАС и его многочисленных отделений по РФ аналог ведомственного арбитража (если проводить аналогию и упрощать, то из юридического бутика делают контору по регистрации юридических лиц). Но вот зачем ВС РФ поддерживать хотя бы и такого конкурента, который может ослабевать? Нет смысла. К тому же некоторые судьи ВАС РФ и ВС РФ и ранее рассматривали МКАС как конкурирующую структуру, и эта историческая память никуда не делась.

ИСА же «классово-идейно» близок скорее к Минюсту, чем к государственным судам.

Так что все же, по-видимому, для ВС РФ будет проще упомянутую арбитрабельность не признавать. Для него эта идея скорее мертва, чем жива. Но варианты возможны.

4. Важно понимать, что вопрос об арбитрабельности соответствующих споров из Закона о закупках окончательно еще в конституционном плане не решен: некоторые лица смогут в будущем обратиться по поводу него в КС РФ по итогам рассмотрения их конкретных дел. Вопрос изучен, доводы имеются. Но не факт, что КС РФ захочет этим заниматься.

5. В таком случае не исключено, что вопрос о данной арбитрабельности Минюст и три лицензированных арбитражных субъекта могут попытаться решать (при помощи лоббирования и задействования своих связей с государством) через принятие закона, причем каждый в свою пользу. Это может оказаться отдельной любопытной историей.

6. Позиции КС РФ и ВС РФ в отношении арбитрабельности соответствующих споров из Закона о закупках ведут к повышению рисков девальвации и деградации цивилистики в РФ.

КС РФ защитить цивилистический подход к вопросу об этой арбитрабельности не захотел, ну а подходы ВС РФ к нему базируются, как известно, на теории «хозяйственного права», которая может все более и более усиливаться в РФ по мере огосударствления экономики.

Однако от юридико-технических вариантов трактовки Определения № 865-О перейдем к иным, указанным выше в заголовке.

Что касается евангельской, то дело не в том, что указанное Определение может в одной из его трактовок считаться пощечиной ВС РФ в ответ на бесцеремонное предложение решить то, что давно должен был решить сам ВС РФ (именно что беспардонное и не вполне конституционно-грамотное, к сожалению. Подобные обращения в КС РФ таким образом писать нельзя: это просто неловко): последний другую щеку немедленно не подставит.

Дело в ином.

Во-первых, отсылка КС РФ указанного вопроса к самому ВС РФ может рассматриваться в контексте евангельских слов «*Medice, cura te ipsum*» («врач! исцели Самого Себя» (Лк. 4:23)). В самом деле, если ВС РФ хочет считаться судом, то ему и следует, по мысли КС РФ, разрешить данный вопрос самому.

Во-вторых, возможно считать еще и вот как: КС РФ по сути умыл руки, предал подлинное правосудие в отношении важного цивилистического вопроса на усмотрение ВС РФ. А реакция ВС РФ в целом вполне ожидаема: он, скорее всего, предаст арбитрабельность соответствующих споров из Закона о закупках на распятие. И сподвиг ВС РФ на такой шаг именно КС РФ, хотя мог бы проявить в отношении цивилистики должное милосердие: она это заслужила. Но наше правоприменение движется в направлении древне-глухих времен, так что все логично.

Ну а в чем же состоит возможная ленинская трактовка Определения № 865-О?

Вспомним идеи В.И. Ульянова-Ленина из работы «Маевка революционного пролетариата» (1913 г.): «...Для революции недостаточно того, чтобы низы не хотели жить, как прежде. Для нее требуется ещё, чтобы верхи не могли хозяйничать и управлять, как прежде». Позднее эта же формулировка практически дословно повторяется в его работе «Крах II Интернационала» (1915 г.): «Для наступления революции обычно бывает недостаточно, чтобы „низы не хотели“, а требуется еще, чтобы „верхи не могли“ жить по-старому» и в

работе «Детская болезнь „левизны“ в коммунизме» (1920 г.): *«Лишь тогда, когда „низы“ не хотят старого и когда „верхи“ не могут по-старому, лишь тогда революция может победить»* (в данном абзаце приведены данные из Википедии).

Что мы видим в рассматриваемом случае? Именно что юридически-революционную ситуацию: ВС РФ не хотел решать вопрос, а КС РФ не мог (КС РФ – это, безусловно, «верхи»). Каждый по внеправовым причинам, само собой.

И на что-то это и впрямь будто бы намекает.

Наконец, что касается футурологической трактовки Определения № 865-О, то она очень простая: вся эта ситуация с запросом ВС РФ и реакцией КС РФ будто бы намекает на то, что КС РФ и ВС РФ проще слиться воедино, чем существовать порознь. Опять же и для бюджета проще выйдет.

В самом деле, если ВС РФ не хочет решать непростую правовую проблему (притом что вопрос об арбитрабельности споров из отношений по Закону о закупках не самый сложный с юридико-технической точки зрения, а вот с политико-правовой – весьма неоднозначный в современной РФ) и спихивает ее на КС РФ, а КС РФ возвращает ее обратно, то возникает резонный вопрос: а для чего тогда оба этих суда?

Кроме того, право на существование нужно заслуживать как минимум борьбой за компетенцию, отстаиванием своих прерогатив, участием в честной и публичной правовой конкуренции. Подобно тому, как это делал ВАС РФ, беря на себя ответственность. Да, он совершил в этой борьбе много ошибок (в том числе ненужным образом игнорируя ВС РФ и КС РФ), но то, что он тем самым заслуживал своего существования, вполне очевидно. В противном случае суды безвидны, и тьма над юридической бездною. Но какая такая публичная правовая конкуренция в РФ сегодня?

И, если честно, слияние КС РФ с ВС РФ уже никого сегодня не удивит и не испугает.

Оба этого заслуживают, но каждый – по собственной причине.

КС РФ – по той причине, что уже утратил моральное право быть настоящим КС.

ВС РФ – для того, чтобы дойти до конца, достичь дна, испить в полной мере ту чашу, что ему уготована.

В возможной надежде на возрождение, которая пока что тщетна.

Истинное величие ВС РФ было бы в способности признать ограничение своей компетенции в пользу упомянутой арбитрабельности.

**Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240
насчет арбитрабельности споров по Закону о закупках отдельными
видами юридических лиц: обманчивая надежда**

**Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240
Dated 11 July 2018 Regarding the Arbitrability of Disputes under the Law
on Procurements by Various Types of Legal Entities: Illusive Hope**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.215>

11 июля 2018 г. ВС РФ вынес Определение № 305-ЭС17-7240 (дело № А40-165680/2016; далее – Определение, Определение ВС РФ) насчет арбитрабельности споров из частноправовых отношений по Федеральному закону от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

После того как 20 апреля 2018 г. КС РФ своим Определением № 865-О предложил ВС РФ самому разобраться в этом вопросе, последний оказался в шекотливой ситуации: признавать арбитрабельность таких споров ему не хотелось, однако и положения российского права, и обычная логика не позволяли ему объявлять их неарбитрабельными.

В итоге ВС РФ вынес Определение, которое уже успели назвать «новой эрой российской арбитрабельности»¹ и даже «днем бракосочетания России и арбитрабельности»².

Этим Определением ВС РФ оставил без изменения определение Арбитражного суда г. Москвы о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда по спору из договора, подпадающего под Закон о закупках, а также последующее постановление АС Московского округа.

Казалось бы, действительно: ВС РФ признал споры из частноправовых отношений по Закону о закупках арбитрабельными, российское право сделало шаг вперед в благоприятном для арбитража направлении.

Однако внимательное изучение Определения ВС РФ позволяет заключить, что все далеко не так просто и радужно. И понятно почему: ВС РФ в лице своих соответствующих всем известным судей не умеет, не может и не хочет относиться к арбитражу благоприятно, напротив, видит в нем «неадекватного конкурента».

Определение ВС РФ – обманчивая надежда. ВС РФ сделал в тексте Определения все от него зависящее, чтобы не превращать это Определение в опасный прецедент признания соответствующих споров из отношений по Закону о закупках арбитрабельными.

Определение ВС РФ – не более чем акт *ad hoc*, который ВС РФ скорее был вынужден вынести, нежели хотел.

Как же «подстраховался» ВС РФ на будущее?

¹ См.: Костицын А. Новая эра российской арбитрабельности (<https://blog.pravo.ru/blog/33542.html>).

² <https://www.facebook.com/pg/adhocarbitration/posts/>

Во-первых, он четыре раза указал на то, что отношения по Закону о закупках носят гражданско-правовой характер лишь «в целом». Он также заявил, что такие отношения носят «особый характер». Далее ВС РФ сосредоточивает внимание на своей любимой теории «осложнения гражданско-правовых отношений публичным элементом», на основании которой он признает те или иные споры неарбитрабельными (см., например: *«Вместе с тем гражданско-правовые отношения могут быть осложнены публичным элементом, и данный факт, в свою очередь, ставит вопрос о влиянии такого осложнения на арбитрабельность спора. <...> Наличие публичного элемента в гражданско-правовом отношении свидетельствует о том, что стороны отношений не в полной мере свободны в установлении своих прав и обязанностей, в определении условий договора (пункт 1 статьи 1 Гражданского кодекса). Такое ограничение может влиять и на возможность выбора альтернативных способов разрешения спора из таких отношений»*).

Теория эта в корне ложна и порочна (об этом уже говорилось выше). Но ВС РФ не останавливается и перед тем, чтобы «придать» этой своей доморощенной позиции, берущей корни в советской концепции «хозяйственного права», «международное измерение»: *«Выделение споров, действительно осложненных публичным элементом, особым образом при определении вопроса об арбитрабельности / неарбитрабельности стало традиционным для правовых систем»*.

Во-вторых, ВС РФ признает, что в российских законах не имеется никаких ограничений касательно признания соответствующих споров из отношений по Закону о закупках арбитрабельными. Но он тут же заявляет о том, что суды в плане определения арбитрабельности ничуть не уступают федеральному законодателю. И обосновывает это ссылками на позицию КС РФ: *«Применительно к тем случаям, когда отношения действительно осложнены публичным элементом, Конституционный Суд Российской Федерации указал на два пути обеспечения баланса интересов в таких отношениях: прежде всего, на особое правомочие федерального законодателя, а затем — на правомочия судов в рамках защиты публичного порядка.*

<...>

Таким образом, анализ правового регулирования, существовавшего в период спорных правоотношений, равно как и действующего в настоящее время, не позволяет сделать вывод о том, что федеральный законодатель в рамках своих полномочий, устанавливая баланс публичных и частных интересов в отношениях по закупке товаров отдельными видами юридических лиц, предусматривал правило о неарбитрабельности споров, вытекающих из договоров, заключенных в результате такой закупки.

Судебная власть вправе устанавливать баланс в отношениях в целях защиты публичного порядка при наличии соответствующего элемента публичного порядка».

Однако при этом ВС РФ забывает о том, что он не вправе подменять федерального законодателя, который уже объявил арбитрабельными все гражданско-правовые споры, за исключением тех, которые прямо указаны в законе. Задача же судов — только выяснять, являются ли отношения и споры из них гражданско-правовыми, а не выдумывать «смешанные отношения» и «споры, осложненные публичным элементом».

Более того, ВС РФ грубо исказил суть позиции КС РФ, когда указал в Определении: *«Кроме того, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что суд также имеет своей задачей обеспечение баланса интересов сторон в диспозитивных отношениях, осложненных публичным элементом, однако тогда, когда соответствующие ценности стали элементом публичного порядка государства, в частности, ввиду того, что законодатель их имплементировал в соответствующие нормы закона, например, в нормы об арбитрабельности / неарбитрабельности споров (Определение от 05.02.2015 № 233-О)»*. Ничего подобного КС РФ в Определении № 233-О не писал.

Цель ВС РФ понятна: обеспечение себе свободы в вопросе о признании тех или иных споров арбитрабельными, уклонение от соблюдения прямого указания законодателя на арбитрабельность всех гражданско-правовых споров, за исключением тех, которые прямо указаны в законе.

Наконец, в-третьих, ВС РФ отметил: *«Такого элемента публичного порядка Российской Федерации[,] как неарбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых Федеральным законом № 223, не выявлено, а доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затраты бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил».*

Весьма странная формулировка. По мысли ВС РФ, неарбитрабельность споров обуславливается наличием в отношении публичного элемента, а затем такая неарбитрабельность уже сама по себе составляет элемент публичного порядка? Публичный элемент стремится к публичному порядку, сливается с ним. При такой методологии и логике несложно прийти к следующему выводу: все то, что в российском праве выступает публичным, является частью публичного порядка. Публичное право – это публичный порядок, и наоборот. Совершенно неверный подход, но его использование ВС РФ уже не удивляет: да, он так видит, да, он в это он верит. Осталось сделать последний шаг в отношении государственного и окологосударственного сектора экономики РФ: *«Мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»* (В.И. Ленин).

Но самое главное не это, а слова *«доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затраты бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил».* Иными словами, то, что ВС РФ принял Определение – не «заслуга» того обстоятельства, что у спора имелся гражданско-правовой характер, а «недоработка» должника, который не проявил должную находчивость и расторопность в плане представления доказательств «наличия публичных элементов» и тем самым не позволил судам, включая ВС РФ, признать спор неарбитрабельным. Были бы такие доказательства, и выводы ВС РФ были бы другими.

ВС РФ тут же данную идею реализовал, например, в трех определениях от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-20515 по делу № А40-79416/2017, № 305-ЭС17-22547 по делу № А40-79471/2017 и № 305-ЭС17-7231 по делу № А40-242465/2015.

Споры в делах, по которым были вынесены три указанных определения, возникли из отношений, регулируемых Законом о закупках. Рассмотрение этих споров сам ВС РФ приостанавливал ввиду обращения в КС РФ, по итогам которого было вынесено Определение КС РФ от 20 апреля 2018 г. № 865-О и вынужденное Определение ВС РФ, рассмотренное выше.

Несмотря на указанное приостановление, ВС РФ «сумел» обнаружить иные «публичные элементы» в упомянутых делах, а именно, например, затраты бюджетных средств и связь споров с отношениями, регулируемыми Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: *«При рассмотрении настоящего дела суды указали на то, что спорный договор фактически основан на контрактных обязательствах с государственным унитарным предприятием „Московский метрополитен“.*

Такие обязательства связаны с формированием цены договора и порядком оплаты на основании территориальных сметных нормативов для города Москвы, осуществлением платежей после поступления денежных средств от государственного унитарного предприятия „Московский метрополитен“, согласованием договора с Департаментом строительства города Москвы, а также с необходимостью открытия для субподрядчика как участника бюджетного процесса отдельного лицевого счета в Департаменте финансов города Москвы.

Суды, установив, что спор, рассмотренный третейским судом, возник из отношений, регулируемых, в том числе, нормами законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, указали, что такие споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Поскольку основной целью отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, субъектами которых выступают не только государственные заказчики, подрядчики, субподрядчики (статьи 30, 34, 94–95, 101 Федерального закона „О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд“ от 22.03.2013 № 44-ФЗ), является, в конечном счете, обеспечение публичных нужд, контракты, заключаемые в соответствии нормами законодательства, регулирующие такие отношения, должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, контроля общества за расходованием публичных средств и их эффективным использованием, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить указанные выше цели, в том числе и в процессе исполнения указанных выше контрактных обязательств.

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств³.

Несложно заметить, что ВС РФ среди прочего решил указать и на такой «публичный элемент», как необходимость «экономить бюджетные средства», а не тратить их на уплату третейского сбора и третейского гонорара. Абсурд, особенно в условиях процветающей в РФ коррупции, но все логично: если пить шампанское, то на спичках надо экономить.

Далее, в 13 других определениях, принятых после 27 июля и до 18 августа 2018 г., ВС РФ решил поступить еще проще. В этих определениях (кстати, в делах, по которым они вынесены, также имело место приостановление разбирательства ввиду обращения ВС РФ с запросом в КС РФ) он под копирунку использовал «процедурный прием» для оставления в силе судебных актов, не признающих арбитрабельность споров из отношений по Закону о закупках, а если точнее, то «процедурную уловку»: он объявил, что такое основание для отмены данных актов в порядке кассационного производства, как существенные нарушения норм права, отсутствует, поскольку отсутствует существенная судебная ошибка. А последняя отсутствует ввиду того, что в нормах закона не было правовой определенности, а также не имелось единообразия судебной практики по вышеуказанной проблеме.

«Спорные отношения возникли в период действия Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ „О третейских судах в Российской Федерации“. Нормы указанного закона, как и нормы нового регулирования (Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ и статья 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) в совокупности с иными нормами законодательства не соответствовали в полной мере критерию правовой определенности в части регулирования арбитрабельности споров, в том числе в отношениях с публичным элементом,

³ Определение ВС РФ от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-22547. В двух других определениях формулировки аналогичные.

при осуществлении публичных закупок для государственных нужд или при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц.

Ввиду отсутствия правовой определенности в нормах закона по указанным выше отношениям, судебные акты судов по делам данной категории не носили единообразного характера (например, дела № А40-12265/2017, № А40-12416/2017, № А40-168405/2016, № А40-181000/2016, № А40-168457/2016).

В связи с этим пробел правового регулирования восполнялся судебной практикой высшей судебной инстанции (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.01.2014 № 11535/13, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12.04.2018 № 865-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240).

Таким образом, в условиях отсутствия правовой определенности в нормах закона, до ее установления в судебных актах высшей судебной инстанции, отсутствовало единообразие судебной практики по вышеуказанной проблеме. Следовательно, учитывая вышеизложенные обстоятельства, выводы, к которым пришли суды при вынесении судебных актов по настоящему делу, не свидетельствуют о наличии существенной судебной ошибки, которая может быть признана достаточным основанием для отмены или изменения Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации судебных актов в порядке кассационного производства в соответствии с нормами части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, согласно которым такими основаниями являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Также отсутствует второй элемент компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет»⁴.

Как видно, ВС РФ не остановился перед тем, чтобы сослаться и на свое рассмотренное выше Определение. В этом можно усмотреть и цинизм, и издевку над третейским разбирательством. Их же можно увидеть и в следующем заявлении ВС РФ: «...нормы нового регулирования (Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ и статья 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) в совокупности с иными нормами законодательства не соответствовали в полной мере критерию правовой определенности в части регулирования арбитрабельности споров, в том числе в отношениях с публичным элементом, при осуществлении публичных закупок для государственных нужд или при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц». Из упомянутых норм четко следует, что споры из отношений по Закону о закупках являются арбитрабельными, однако ВС РФ упорствует: «Нет, они неопределенные!»

Так что Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 – обманка. Нас ждет не «новая эра российской арбитрабельности», а, к сожалению, «эра доминирования публичного порядка» и постоянно демонстрируемой незаконной дискреции ВС РФ.

⁴ Определение ВС РФ от 30 июля 2018 г. № 305-КГ17-20980 по делу № А40-28167/2017.

References

- 8 *Polnoye sobraniye sochineniy knyazya P.A. Vyazemskogo: Staraya zapisnaya knizhka* [Complete Works of Prince Pyotr A. Vyazemskiy: Old Memo Book] 113 (Tipografiya M.M. Stasyulevicha 1883).
- Gurlyand, Yakov. *O treteyskom sude. Obkhod zakona o perekhode prav na nedvizhimyye imushchestva* [On the Arbitral Tribunal. Evasion of Law on the Transfer of Rights to Real Estate], 1872(37), (38), (45) *Sudebnyy vestnik* [Court Review].
- Ioffe, Olimpiad S. *O khozyaystvennom prave (teoriya i praktika)* [On the Economic Law (Theory and Practice)], 2005(2) *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal* [Leningrad Law Journal] 177, 183, 18, available at <<https://cyberleninka.ru/article/n/o-hozyaystvennom-prave-teoriya-i-praktika>> (accessed Oct. 22, 2018).
- Ioffe, Olimpiad S. *Pravovoye regulirovaniye khozyaystvennoy deyatel'nosti v SSSR* [Legal Regulation of Economic Activity in the USSR], in *Izbrannyye trudy po grazhdanskomu pravu: Iz istorii tsivilisticheskoy mysli. Grazhdanskoye pravootnosheniye. Kritika teorii "khozyaystvennogo prava"* [Selected Works on Civil Law: From the History of Civil Law Thinking. The Civil Law Relationship. The Criticism of the "Economic Law" Theory] 696, 707, 711–12, 717 (Statut 2000).
- Laptev, Vladimir V. *O sovetskom khozyaystvennom prave* [On the Soviet Economic Law], 1959(4) *Sovetskoye gosudarstvo i pravo* [Soviet State and Law] 70, 77.
- Lenin, Vladimir I. *O zadachakh Narkomyusta v usloviyakh novoy ekonomicheskoy politiki. Pis'mo D.I. Kurskomu* [On the Tasks of the People's Commissariat of Justice in Conditions of the New Economic Policy. The Letter to D.I. Kursky], in 44 Complete Works 398 (5th ed., Politizdat 1970).
- Makovskiy, Alexander, & Sukhanov, Yevgeniy. *Eshche raz o khozyaystvennom prave, tekushchem momente i ob oshibkakh t. Mamutova* [Once Again about the Economic Law, the Current Moment and Mistakes of a Comrade Mamutov], 2001(8) *Khozyaystvo i pravo* [Economy and Law] 17, 23, 24, 26.
- Mamutov, Valentin. *Ponyatiyno-pravovaya ekvilibristika ne mozhet zamenit' predmetnogo issledovaniya* [The Conceptual and Legal Maneuvering May Not Replace a Focused Study], 2001(8) *Khozyaystvo i pravo* [Economy and Law] 14, 17.
- Shishkin, Sergey N. *Printsip partnerstva khozyaystvuyushchikh sub'yektov kak fundamental'noye nachalo pravovogo obespecheniya npravstvennoy ekonomiki* [The Principle of Partnership between Economic Parties as a Fundamental Premise of Legal Ensuring the Ethical Economy], in *Tvorcheskoye naslediyе akademika V.V. Lapteva i sovremennost'* [Legacy of the Academic V.V. Laptev and the Present] 177, 181 (Andrey G. Lisitsyn-Svetlanov et al., eds.) (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences 2014).
- Sukhanov, Yevgeniy A. *Ob otraslyakh prava i ikh sistematizatsii v avstro-germanskoy pravovoy doktrine (kratkiy obzor fundamental'nogo truda)* [On the Branches of Law and Their Systematization in Austro-German Legal Theory (brief analysis of the fundamental contribution)], 15(2) *Vestnik grazhdanskogo prava* [Civil Law Review] 295, 301 (2015).

Information about the author

Alexander I. Muranov (Moscow, Russia) – Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Private International and Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University) at the Russian Ministry of Foreign Affairs; Professor of the Department of Private International Law, Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation; Managing Partner at *Muranov, Chernyakov & Partners* Law Firm, Arbitrator (23 Denisovskiy Ln., Bldg. 6, Moscow, 105005, Russia; e-mail: A.Muranov@rospravo.ru).

ЗАПРОС

от 23 ноября 2017 г. № 305-ЭС17-7240 о проверке конституционности положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»

PETITION

No. 305-ES17-7240 Dated 23 November 2017 Regarding the Constitutionality of the Provisions of the Commercial (Arbitrazh) Procedure Code of the Russian Federation, of Federal Law No. 223-FZ Dated 18 July 2011 “On Procurements of Goods, Works, Services by Various Types of Legal Entities,” of Federal Law No. 102-FZ Dated 24 July 2002 “On Arbitral Tribunals in the Russian Federation,” and of Federal Law No. 382-FZ Dated 29 December 2015 “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation”

В соответствии с частью 2 статьи 125 Конституции Российской Федерации, статьей 101 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о соответствии Конституции Российской Федерации положений части 6 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) в редакции, действовавшей на дату начала третейского разбирательства (в соответствии с частью 12 статьи 13 Федерального закона от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон № 409-ФЗ)), норм Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках товаров), нормы пункта 2 статьи 1 Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах), нормы части 3 статьи 1 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже).

Наименование и адрес государственного органа, издавшего нормативные акты: Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации (ул. Охотный Ряд, 1, 103265, Москва).

Основанием для обращения явилась обнаружившаяся при рассмотрении дела № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли части 1 статьи 8, части 1 статьи 34, части 2 статьи 45, части 3 статьи 55, пунктам «в», «о» статьи 71 Конституции Российской Федерации положения части 6 статьи 4 АПК РФ, нормы Закона о закупках товаров, норма пункта 2 статьи 1 Закона о третейских судах, в части регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда, в частности ввиду отсутствия правовой определенности по вопросу об арбитрабельности / неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках, а также нормы части 3 статьи 1 Закона об арбитраже как нормативного правового акта, содержащего, среди прочего, нормы, закрепляющие принципы публичного порядка Российской Федерации в сфере третейского разбирательства, нарушение которых может послужить основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда, в том числе по вышеуказанному делу Арбитражного суда города Москвы.

В производстве Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации находится кассационная жалоба акционерного общества «Мосинжпроект» (далее – АО «Мосинжпроект») на судебные акты по указанному делу.

В рамках данного дела рассматривается заявление акционерного общества «Мостеплосетьстрой» (далее – АО «Мостеплосетьстрой») о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 14.07.2016.

14.07.2016 вышеуказанным третейским судом вынесено решение о взыскании с АО «Мосинжпроект» в пользу АО «Мостеплосетьстрой» задолженности по договору от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н в размере 5 215 689,64 рублей, расходов по оплате третейского сбора в размере 36 809 рублей.

Дело рассмотрено третейским судом на основании третейского соглашения, заключенного в виде оговорки, содержащейся в договоре от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н. АО «Мосинжпроект» решение третейского суда не исполнило, что послужило основанием для обращения АО «Мостеплосетьстрой» в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда. Определением Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017, требования АО «Мостеплосетьстрой» удовлетворены. Удовлетворяя заявленные требования, суды исходили из отсутствия оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, предусмотренных статьей 239 АПК РФ.

Не согласившись с судебными актами, принятыми по настоящему делу, АО «Мосинжпроект» обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации. В кассационной жалобе заявитель указывает, что договор от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н был заключен в соответствии с требованиями Закона о закупках товаров, в рамках реализации государственной программы города Москвы «Градостроительная политика на 2012–2018 годы», утвержденной Постановлением Правительства Москвы от 03.10.2011 № 460-1111. Указанным постановлением определены объекты, которые будут построены в Москве за счет средств бюджета города. По мнению общества, договор от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н заключен в соответствии с Законом о закупках в публичных интересах и направлен на удовлетворение государственных потребностей (строительство стан-

ций метрополитена), финансирование которых осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов. Кроме того, заявитель указывает на то обстоятельство, согласно которому владелец 100 [%] акций АО «Мосинжпроект» — город Москва в лице Департамента строительства города Москвы. Следовательно, по мнению заявителя, третейский суд не обладал компетенцией на рассмотрение спора между заявителем и АО «Мостеплосетьстрой», споры, возникающие из отношений, регулируемых Законом о закупках товаров, не являются арбитрабельными ввиду того, что при третейском разбирательстве, основанном на конфиденциальности, не обеспечиваются цели указанного закона: обеспечение добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений, не обеспечивается контроль общества за соответствующей закупкой.

В настоящее время нормами арбитражного процессуального закона урегулирован вопрос о невозможности передачи на рассмотрение третейского суда подведомственных арбитражным судам Российской Федерации споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Согласно пункту 6 части 2 статьи 33 АПК РФ такие споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда. Таким образом, такие споры являются в настоящее время неарбитрабельными.

До внесения в арбитражное процессуальное законодательство вышеуказанных изменений вопрос о компетенции третейского суда на рассмотрени[е] спора, возникающего из отношений по закупке товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд, в правовой системе Российской Федерации решался посредством судебного толкования в актах Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.01.2014 № 11535/13), Конституционного Суда Российской Федерации (Определение от 5.02.2015 № 233-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы государственного бюджетного учреждения здравоохранения города Москвы «Городская клиническая больница № 15 имени О.М. Филатова Департамента здравоохранения города Москвы» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации и части 8 статьи 9 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»[)], Верховного Суда Российской Федерации (Определение от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115, Определение от 24.07.2017 № 307-ЭС17-1723). При этом выявлены иные нормы федеральных законов, устанавливающие запреты на передачу на разрешение третейских судов споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, в частности ввиду несовместимости правовых принципов третейского разбирательства и правовых принципов размещения заказов.

Этот подход нашел в последующем свое закрепление в вышеуказанных нормах нового правового регулирования — в норме пункта 6 части 2 статьи 33 АПК РФ (в редакции Федерального закона от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»[)].

Вместе с тем в настоящее время в Российской Федерации в сфере регулирования публичных закупок, кроме Закона о контрактной системе, также действует Закон о закупках товаров.

Частично цели регулирования обоих законов совпадают. В частности, совпадающими являются такие цели регулирования указанных законов[,] как развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений (часть 1 статьи 1 Закона о контрактной системе, часть 1 статьи 1 Закона о закупках товаров).

Наличие данных целей в числе целей обоих законов обусловлено наличием доли участия государства в уставном капитале соответствующих субъектов, на которых распространяются нормы Закона о закупках товаров, бюджетного финансирования как при осуществлении государственных закупок, так и закупок субъектов, созданных с участием бюджетного финансирования, а также необходимостью общественного контроля за данной деятельностью, за эффективным расходованием бюджетных средств.

Между тем к принципам третейского разбирательства, в том числе согласно Закону о третейских судах, относится принцип конфиденциальности, который не позволяет обеспечить цели, для достижения которых вводилась и применяется система размещения публичных заказов, и не соответствует таким целям Закона о закупках товаров, как обеспечение гласности и прозрачности закупки, а также основным принципам российского права – противодействия коррупции и обеспечения конкуренции.

Следовательно, так же как несовместимы принципы третейского разбирательства и правовые принцип[ы] размещения заказов для государственных и муниципальных нужд, вышеуказанные принципы закупок товаров, указанные в Законе о закупках товаров, не совпадают с принципами третейского разбирательства, в частности, принципом конфиденциальности.

Закон о третейских судах предусматривает, что в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом.

Закон об арбитраже следующим образом определяет арбитрабельность споров (части 3, 4 статьи 1): в арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом. Федеральным законом могут устанавливаться ограничения на передачу отдельных категорий споров в арбитраж (третейское разбирательство).

На момент возбуждения дела в третейском суде нормы арбитражного процессуального законодательства об арбитрабельности споров звучали следующим образом: «По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникший из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом» (часть 6 статьи 4 АПК РФ).

Вместе с тем Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 05.02.2015 № 223-О отметил, что федеральный законодатель в рамках предоставленной ему дискреции (пункты “в”, “о” статьи 71 Конституции Российской Федерации) вправе определять – исходя из необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов – перечень видов споров, которые могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, в зависимости от их социальной значимости, конкретных условий развития гражданского оборота и социально-экономической системы в целом, укоренения правовых начал рыночного хозяйства, правовой культуры и других факторов и вносить в этот перечень изменения.

Однако при наличии разницы в правовых принципах Закона о закупках товаров и правовых принципах законодательства о третейском разбирательстве и, исходя из самого их содержания, указывающего на наличие существенной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений по закупке товаров отдельными видами юридических лиц (наличие бюджетного финансирования и государства как собственника таких субъектов), федеральный законодатель не урегулировал определенно вопрос о компетенции третейских судов по рассмотрению споров, возникающих из отношений, регламентируемых нормами Закона о закупках товаров. При таких обстоятельствах нормы не соответствуют критерию правовой определенности как элементу принципа законности, гарантированного Конституцией Российской Федерации.

Отсутствие правовой определенности в законодательстве по вышеописанному вопросу приводит к отсутствию единообразия судебной практики. Так, в производстве Верховного Суда Российской Федерации также находится дело № А23-2501/2016 Арбитражного суда Калужской области по иску Федерального государственного унитарного предприятия «Спецстройтехнологии» при Федеральном агентстве специального строительства (Амурская обл., п. Углегорск, Военный городок № 5) к акционерному обществу «Обнинское научно-производственное предприятие «Технология» им. А.Г. Ромашина» о признании недействительным (ничтожным) пункта 15.5 договора от 04.10.2013 № 1310-03-СМР по кассационной жалобе акционерного общества «Обнинское научно-производственное предприятие «Технология» им. А.Г. Ромашина» (Калужская обл., г. Обнинск) на решение Арбитражного суда Калужской области от 20.07.2016 по делу № А23-2501/2016, постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.10.2016 и постановление Арбитражного суда Центрального округа от 02.02.2017 по тому же делу. При рассмотрении указанного дела суды заняли правовую позицию, противоположную мнению судов по делу № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы, и признали возможной передачу на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках.

Также на рассмотрении Верховного Суда Российской Федерации находится жалоба АО «Мосинжпроект», стороны (ответчика в третейском разбирательстве) по делу № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы, на решение Арбитражного суда города Москвы от 22.06.2016 по делу № А40-242465/2015, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.03.2017 по тому же делу по иску акционерного общества «БалтСтрой» (г. Санкт-Петербург; далее – АО «БалтСтрой») к АО «Мосинжпроект» о признании договора от 16.08.2013 № 479-0713-ЗППП-1н недействительным в части пункта 20.3, содержащего третейскую оговорку. В указанной кассационной жалобе АО «Мосинжпроект», напротив, оспаривает судебные акты, которыми третейская оговорка в договоре о строительстве иной станции метрополитена была признана недействительной судами ввиду неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках.

В производстве Верховного Суда Российской Федерации, арбитражных судов Российской Федерации имеется ряд иных дел, в которых ставится вопрос об арбитрабельности / неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках.

Учитывая вышеизложенное, на основании части 2 статьи 125 Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» Верховный Суд Российской Федерации просит Конституционный Суд Российской Федерации проверить содержание норм части 6 статьи 4 АПК РФ, норм За-

кона о закупках товаров, нормы пункта 2 статьи 1 Закона о третейских судах, в части регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда, в частности ввиду отсутствия правовой определенности по вопросу об арбитрабельности / неарбитрабельности споров, возникающих из отношений в соответствии с Законом о закупках, а также нормы части 3 статьи 1 Закона об арбитраже как нормативного правового акта, содержащего, среди прочего, нормы, закрепляющие принципы публичного порядка Российской Федерации в сфере третейского разбирательства, нарушение которых может послужить основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на решение третейского суда, на соответствие части 1 статьи 8, части 1 статьи 34, части 2 статьи 45, части 3 статьи 55, пунктам «в», «о» статьи 71 Конституции Российской Федерации.

Приложения:

- 1) норма части 6 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции от 23.06.2016;
- 2) текст Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (опубликован в издании «Российская газета» от 22.07.2011 № 159);
- 3) текст Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (опубликован на официальном интернет-портале правовой информации <http://pravo.gov.ru> 29.12.2015);
- 4) текст Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (опубликован в издании «Российская газета» от 27.07.2002 № 137);
- 5) Определение Верховного Суда Российской Федерации от 23.10.2017 № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы об обращении с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации и приостановлении производства по делу;
- 6) Определение Верховного Суда Российской Федерации от 25.09.2017 № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 о передаче дела для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации;
- 7) определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016;
- 8) постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по делу № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы;
- 9) кассационная жалоба акционерного общества «Мосинжпроект» о пересмотре в порядке, установленном отдельными нормами главы 35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, определения Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановления Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу.

В соответствии со статьей 38 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» настоящий запрос и документы, указанные в приложении, направляются с одной копией.

Копии запроса и приложенных документов.

Председательствующий по делу:

Т.В. Завьялова

Судья:

Н.В. Павлова

Судья:

Д.В. Тютин

АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115191, г. Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>

(29 отделение, тел. 600-97-77)

ОПРЕДЕЛЕНИЕгород Москва
13 декабря 2016 года

Дело № А40-165680/16-29-1561

Резолютивная часть решения объявлена 07 декабря 2016 года
Решение в полном объеме изготовлено 13 декабря 2016 года

Арбитражный суд в составе:

Председательствующего: Лежневой О.Ю. (29-1561)

Судей: единолично

при ведении протокола секретарем судебного заседания Фагмановой Э.И.

рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению

АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002)

заинтересованное лицо АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «МОСИНЖПРОЕКТ» (ИНН 7701885820, ОГРН 1107746614436, дата регистрации 03.08.2010)

третье лицо ОБЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7743899817, ОГРН 1137746808671, дата регистрации 06.09.2013)

о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третьейского суда строительных организаций города при АНО «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (129090, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 7) по делу от 14.07.2016 г. № 079/2016

при участии:

Заявитель: Александров Н.М. по доверенности от 01.08.2016 № 01/08/2016
Заинтересованное лицо: Харламов Д.А. по доверенности от 20.07.2016 № 1-МС-294
Третье лицо: не явилось, извещено**УСТАНОВИЛ:**

АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002) обратилось с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третьейского суда строительных

организаций города при АНО «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (129090, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 7) от 14.07.2016 г. по делу № 079/2016.

К участию в деле в качестве Заинтересованного лица привлечено АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «МОСИНЖПРОЕКТ» (ИНН 7701885820, ОГРН 1107746614436, дата регистрации 03.08.2010).

Заявление АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002) принято судом к рассмотрению и возбуждено производство по делу № А40-165680/16 определением Арбитражного суда города Москвы от 12 августа 2016 года (л.д. 1).

В судебное заседание не явился представитель Третьего лица, о дате, времени и месте судебного заседания извещен надлежащим образом. Дело рассмотрено судом в порядке ст. 156 АПК РФ в отсутствие представителя Третьего лица.

Принимая во внимание положения ч. 6 ст. 121 АПК РФ, п. п. 4–5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17 февраля 2011 года №12 «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» в редакции Федерального закона от 27 июля 2010 года № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» (размещено на сайте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации <http://www.arbitr.ru> 15 марта 2011 года) суд также полагает необходимым обратить внимание на то, что информация о принятии искового заявления к производству, о завершении предварительного судебного заседания и назначении судебного заседания, об отложении судебного заседания, вместе с соответствующими файлами размещена на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (<http://kad.arbitr.ru/>).

Заявитель в судебном заседании требования заявления поддержал в полном объеме.

Заинтересованное лицо в судебном заседании против удовлетворения заявления возражало.

Изучив представленные в материалы дела документы, выслушав доводы Заявителя и Заинтересованного лица, суд пришел к следующим выводам.

Третейский суд строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города», в составе: председательствующего судьи Вербицкой Ю.В., судей Ачаловой Е.Б., Табачинской Е.В., 14 июля 2016 г. по адресу: г. Москва, ул. Гиляровского, д. 7, рассмотрел дело № 079/2016 по иску АО «Мостеплосетьстрой» к АО «Мосинжпроект», третье лицо ООО «МосТеплоСетьСтрой» о взыскании денежных средств по Договору № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 г.

Дело рассмотрено третейским судом согласно третейской оговорке в п. 20.3 Договора № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 г.

Решением от 14.07.2016 г. по делу № 079/2016 требования истца удовлетворены частично.

Данным решением суд постановил: Требования Акционерного общества «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ОГРН 1027739506882) удовлетворить частично.

Взыскать с Акционерного общества «МОСИНЖПРОЕКТ» (ОГРН 1107746614436) в пользу Акционерного общества «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ОГРН 1027739506882) задолженность по Договору № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 г. в размере 5 215 689 руб. 64 коп. (пять миллионов двести пятнадцать тысяч шестьсот восемьдесят девять руб. 64 коп.).

В остальной части иска отказать.

Взыскать с Акционерного общества «МОСИНЖПРОЕКТ» (ОГРН 1107746614436) в пользу Акционерного общества «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ОГРН 1027739506882) расходы по оплате третейского сбора в размере 36 809 руб.00 коп. (тридцать шесть тысяч восемьсот девять руб. 00 коп.).

Третейский суд, руководствуясь ст. 17 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», правомерно признал свою компетенцию рассматривать спор по делу № 079/2016.

Доводы Заинтересованного лица рассмотрены и отклонены судом как необоснованные и документально не подтвержденные. По мнению Заявителя, рассматривая данный спор[,] третейский суд превысил свою компетенцию, третейская оговорка является недействительной.

Согласно ч. 1 ст. 65 АПК РФ, каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Частью 3 статьи 239 АПК РФ предусмотрено, что арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что:

1) спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом;

2) решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права.

Из указанных норм следует, что безусловной отмене подлежат решения третейских судов, не соответствующие главным принципам права, то есть его основным началам, которые обладают универсальностью, высшей императивностью и особой общезначимостью.

5 февраля 2015 года Конституционный Суд Российской Федерации вынес Определение об отказе в принятии к рассмотрению жалобы государственного бюджетного учреждения здравоохранения города Москвы «Городская клиническая больница № 15 имени О.М. Филатова Департамента здравоохранения города Москвы» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации и части 8 статьи 9 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

В указанном определении Конституционный Суд Российской Федерации указал конституционно-правовые основы третейского разбирательства.

Подтвердив в целом право сторон передать любой гражданско-правовой спор на рассмотрение в третейский суд, разъяснив статус государственных бюджетных учреждений как участников гражданского оборота в части порядка заключения договора поставки для государственных нужд, а также правовую природу последнего, не указав на наличие прямого запрета рассматривать споры по государственным контрактам третейскими судами, Конституционный Суд Российской Федерации вместе с тем оставил вопрос об определении правовой природы спора (публично-правовой или частноправовой) в каждом конкретном случае на усмотрение судов.

АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002) обратилось в третейский суд с иском к АКЦИОНЕРНОМУ ОБЩЕСТВУ «МОСИНЖПРОЕКТ» (ИНН 7701885820, ОГРН 1107746614436, дата регистрации 03.08.2010) о взыскании задолженности по договору подряда № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.13 г. на основании третейской оговорки, содержащейся в п. 20.3 договора.

Между сторонами третейского разбирательства заключено третейское соглашение, возникший спор между сторонами вытекает из гражданских правоотношений, заявителем не представлены доказательства того, что рассматриваемый спор вытекает из публичных правоотношений.

Остальные доводы также отклонены судом как необоснованные, поскольку Заинтересованное лицо по существу просит арбитражный суд пересмотреть решение третей-

ского суда. Между тем, при рассмотрении заявления о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решения третейского суда фактические обстоятельства, установленные третейским судом, не переоцениваются (п. 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.07.1997 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов»).

Согласно ст. 44 Федерального Закона от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» решение третейского суда исполняется добровольно в порядке и сроки, которые установлены в данном решении.

В соответствии с п. 1 ст. 45 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», при неисполнении решения третейского суда добровольно в установленный срок, оно подлежит принудительному исполнению.

Однако в нарушение возложенных на Должника обязанностей по исполнению указанного решения третейского суда Должник не исполнил данное решение в согласованные сроки, в связи с чем, Взыскатель обратился в суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения Третейского суда.

Учитывая, что Должник не представил доказательств, подтверждающих наличие обстоятельств, являющихся основанием для отказа в выдаче исполнительного листа, исчерпывающий перечень которых содержится в ч. 2 ст. 239 АПК РФ, а также то, что рассмотренный третейским судом спор мог являться предметом третейского разбирательства и вынесенное третейским судом решение не нарушает основополагающие принципы российского права, арбитражный суд считает, что решение Третейского суда строительных организаций города при АНО «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (129090, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 7) от 14.07.2016 г. по делу № 079/2016 подлежит принудительному исполнению.

Госпошлина подлежит взысканию с Должника в пользу АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002).

Руководствуясь ст. ст. 110, 123, 184, 185, 236–240 АПК РФ, суд

ОПРЕДЕЛИЛ:

Удовлетворить заявление АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002).

Выдать исполнительный лист на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при АНО «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (129090, г. Москва, ул. Гиляровского, д. 7) по делу от 14.07.2016 г. № 079/2016.

Взыскать с АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСИНЖПРОЕКТ» (ИНН 7701885820, ОГРН 1107746614436, дата регистрации 03.08.2010) сумму госпошлины в размере 3 000 (три тысячи руб.) в пользу АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА «МОСТЕПЛОСЕТЬСТРОЙ» (ИНН 7706037943, ОГРН 1027739506882, дата регистрации 05.11.2002).

Определение может быть обжаловано в Арбитражный суд Московского округа в течение месяца со дня вынесения определения.

АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru>
e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Москва
27 февраля 2017 г.

Дело № А40-165680/16

Резолютивная часть постановления объявлена 21 февраля 2017 г.
Полный текст постановления изготовлен 27 февраля 2017 г.

Арбитражный суд Московского округа
в составе:

председательствующего-судьи Нечаева С.В.
судей Денисовой Н.Д., Дунаевой Н.Ю.

при участии в заседании:

от истца: Александров Н.М., дов. от 07.02.2017 № 07/02/2017

от ответчика: не явился, уведомлен

рассмотрев в судебном заседании кассационную жалобу

Акционерного общества «Мосинжпроект»

на определение от 13 декабря 2016 года

Арбитражного суда города Москвы,

принятое судьей Фагмановой Э.И. [*Забавная ошибка! Фагманова Э.И. была секретарем судебного заседания, тогда как судьей была Лежнева О.Ю.*],

по делу по заявлению Акционерного общества «Мостеплосетьстрой» (Москва, ОГРН 1027739506882)

заинтересованное лицо – Акционерное общество «Мосинжпроект» (Москва, ОГРН 1107746614436)

третье лицо – общество с ограниченной ответственностью «Мостеплосетьстрой»

о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третьей-ского суда

УСТАНОВИЛ:

Акционерное общество «Мостеплосетьстрой» (заявитель) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное ис-

полнение решения Третейского суда строительных организаций города при АНО «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (129090, Москва, ул. Гиляровского, д. 7) от 14.07.2016 по делу № 079/2016.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 13 декабря 2016 года заявление удовлетворено.

При вынесении определения суд исходил из того, что основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, исчерпывающий перечень которых содержится в ч. 2 ст. 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, отсутствуют.

В кассационной жалобе Акционерное общество «Мосинжпроект» (заинтересованное лицо) просит определение суда первой инстанции отменить, как принятое с нарушением норм процессуального права, принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявления.

В заседании суда кассационной инстанции представитель заявителя возражал против удовлетворения кассационной жалобы, просил оставить в силе обжалуемый судебный акт.

Заинтересованное лицо, надлежаще извещенное о времени и месте рассмотрения кассационной жалобы, своих представителей в суд кассационной инстанции не направило, что согласно ч. 3 ст. 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не является препятствием для рассмотрения дела в его отсутствие.

Изучив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, заслушав представителя заявителя, проверив в порядке статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильность применения норм материального и процессуального права, а также соответствие выводов, содержащихся в оспариваемом судебном акте, установленным по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, суд кассационной инстанции не находит оснований для отмены обжалуемого определения.

Как усматривается из материалов дела, 14.07.2016 Третейским судом строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города», в составе председательствующего судьи Вербицкой Ю.В., судей Ачаловой Е.Б., Табачинской Е.В., вынесено решение по делу №079/2016 о взыскании с Акционерного общества «Мосинжпроект» в пользу Акционерного общества «Мостеплосетьстрой» задолженности по договору № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 в размере 5 215 689 руб. 64 коп., расходов по оплате третейского сбора в размере 36 809 руб.

Дело подлежало рассмотрению в третейском суде на основании третейского соглашения, заключенного в виде оговорки, содержащейся в п. 20.3 договора № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013.

Заинтересованное лицо решение третейского суда не исполнило, в связи с чем взыскатель обратился в суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда.

Согласно статье 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда только в случаях, предусмотренных настоящей статьей.

Арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что спор, рассмотренный тре-

тейским судом, в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства (п. 1 ч. 4 ст. 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В обоснование кассационной жалобы заинтересованное лицо ссылается на то, что договор № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 был заключен сторонами в рамках исполнения контрактного обязательства в сфере заказа города Москвы в соответствии с Федеральным законом № 223-ФЗ от 18.07.2011 «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223-ФЗ), в публичных интересах.

Таким образом, по мнению заинтересованного лица, спор, возникший между сторонами из указанного договора, не мог быть предметом третейского разбирательства.

Данные доводы кассационной жалобы признаются судом кассационной инстанции несостоятельными.

Согласно правовой позиции, изложенной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12, учитывая специфику отношений, связанных с размещением заказов и заключением контрактов, законодатель урегулировал их отдельным Законом о размещении заказов, правила которого являются специальными по отношению к общим положениям гражданского законодательства. Совокупность правил Закона свидетельствует о том, что он является комплексным законодательным актом, содержит нормы как публичного, так и частного права. Третейские суды Закон о размещении заказов не упоминает, используемый в нем термин «суд» не может заведомо рассматриваться в качестве собирательного понятия, охватывающего третейские суды, либо понятия, имеющего в отдельных положениях этого Закона различное содержание.

Следовательно, третейские суды не обладают компетенцией на рассмотрение споров ни при заключении государственных и муниципальных контрактов, ни по вопросам их недействительности, определяемой по законодательству, действующему на момент подписания.

Согласно части 1 статьи 1 Закона № 223-ФЗ целями регулирования настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, создание условий для своевременного и полного удовлетворения потребностей юридических лиц, указанных в части 2 настоящей статьи (далее — заказчики), в товарах, работах, услугах с необходимыми показателями цены, качества и надежности, эффективное использование денежных средств, расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг (далее также — закупка) для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Стороны договора № 96-0213-ОК-1-Н от 10.05.2013 не относятся к юридическим лицам, указанным в части 2 статьи 1 Закона № 223-ФЗ, в связи с чем указанный договор не является договором, заключенным в публичных интересах.

Таким образом, правовая позици[я], изложенная в вышеуказанном Постановлении Президиума ВАС РФ, на спорные правоотношения сторон не распространяется.

Принимая во внимание, что оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решение третейского суда, предусмотренных статьей 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, из материалов дела не усматривается, основания, предусмотренные статьей 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для отмены обжалуемого судебного акта, отсутствуют.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 284, 286–289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражный суд Московского округа

ПОСТАНОВИЛ:

определение Арбитражного суда города Москвы от 13 декабря 2016 года по делу № А40-165680/16 оставить без изменения, кассационную жалобу – без удовлетворения.

Председательствующий-судья

С.В. Нечаев

Судьи:

Н.Д. Денисова

Н.Ю. Дунаева

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-7240

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

25.09.2017

Судья Верховного Суда Российской Федерации Павлова Н.В., изучив с материалами истребованного дела кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» (г. Москва) на определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу по заявлению акционерного общества «Мостеплосетьстрой» (г. Москва) о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третьейского суда строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 14.07.2016 по делу № 079/2016,

при участии в деле общества с ограниченной ответственностью «Мостеплосетьстрой» (Московская обл., Красногорский р-н),

УСТАНОВИЛ:

14.07.2016 Третьейским судом строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» вынесено решение по делу № 079/2016 о взыскании с акционерного общества «Мосинжпроект» в пользу акционерного общества «Мостеплосетьстрой» задолженности по договору от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н в размере 5 215 689,64 рублей, расходов по оплате третейского сбора в размере 36 809 рублей.

Дело подлежало рассмотрению в третейском суде на основании третейского соглашения, заключенного в виде оговорки, содержащейся в пункте 20.3 договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н.

Акционерное общество «Мосинжпроект» решение третейского суда не исполнило, что послужило основанием для обращения акционерного общества «Мостеплосетьстрой» в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда.

Определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017, требования акционерного общества «Мостеплосетьстрой» (далее – АО «Мостеплосетьстрой») удовлетворены.

Удовлетворяя заявленные требования, суды исходили из отсутствия оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решение третейского суда, предусмотренных статьей 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Кроме того, суды указали, что стороны договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н не относятся к юридическим лицам, указанным в части 2 статьи 1 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон № 223-ФЗ), в связи с чем указанный договор не является договором, заключенным в публичных интересах, а спор, возникший между сторонами из указанного договора, мог быть предметом третейского разбирательства.

Не согласившись с судебными актами, принятыми по настоящему делу, акционерное общество «Мосинжпроект» (далее – заявитель, общество) обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации.

Согласно части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) основаниями для отмены или изменения судебных актов в порядке кассационного производства в Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

При изучении доводов, изложенных в жалобах общества по материалам истребованного дела, установлены основания для ее передачи с делом для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

В кассационной жалобе заявитель указывает, что договор от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н был заключен в соответствии с требованиями Федерального закона № 223-ФЗ в рамках реализации государственной программы города Москвы «Градостроительная политика на 2012–2018 годы», утвержденной Постановлением Правительства Москвы от 03.10.2011 № 460-ПП, которым также определены объекты, которые будут построены в Москве за счет бюджета города.

По мнению общества, договор от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н заключен в соответствии с Федеральным законом № 223-ФЗ в публичных интересах и, учитывая его содержание, направлен на удовлетворение государственных и муниципальных потребностей, финансирование которых осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов.

Кроме того, заявитель указывает на то обстоятельство, согласно которому владелец 100 % акций акционерного общества «Мосинжпроект» – город Москва в лице Департамента строительства города Москвы.

Следовательно, по мнению заявителя, третейский суд не обладал компетенцией на рассмотрение спора между заявителем и АО «Мостеплосетьстрой».

Приведенные доводы, изложенные в кассационной жалобе акционерного общества «Мосинжпроект», заслуживают внимания и признаются достаточным основанием для передачи названной жалобы с делом для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Руководствуясь статьей 184, пунктом 2 части 7 статьи 291.6 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судья

ОПРЕДЕЛИЛ:

кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» на определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу с делом передать для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Судья Верховного Суда
Российской Федерации

Н.В. Павлова

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-7240

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

23.10.2017

Резолютивная часть определения объявлена 18 октября 2017 г.
Определение изготовлено в полном объеме 23 октября 2017 г.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в составе:

председательствующего судьи
Завьяловой Т.В.,
судей
Павловой Н.В., Тютина Д.В.

рассматривая в открытом судебном заседании дело по кассационной жалобе акционерного общества «Мосинжпроект» на определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу по заявлению акционерного общества «Мостеплосетьстрой» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 14.07.2016 по делу № 079/2016,

при участии в деле общества с ограниченной ответственностью «Мостеплосетьстрой»,

УСТАНОВИЛА:

14.07.2016 Третейским судом строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» вынесено решение по делу № 079/2016 о взыскании с акционерного общества «Мосинжпроект» (г. Москва; далее – АО «Мосинжпроект», общество) в пользу акционерного общества «Мостеплосетьстрой» (г. Москва; далее – АО «Мостеплосетьстрой») задолженности по договору от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н в размере 5 215 689,64 рублей, расходов по оплате третейского сбора в размере 36 809 рублей.

Третейская оговорка о рассмотрении споров в третейском суде содержалась в пункте 20.3 договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н.

Федерации, что согласно статьям 36, 101, 103 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – Закон о Конституционном Суде) является основанием для обращения с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации и приостановления производства по делу.

Руководствуясь статьями 143, 145, 184 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Судебная коллегия

ОПРЕДЕЛИЛА:

направить в Конституционный Суд Российской Федерации запрос о соответствии Конституции Российской Федерации положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Приостановить производство по делу № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы до разрешения дела по указанному запросу Конституционным Судом Российской Федерации.

Председательствующий

Т.В. Завьялова

Судья

Н.В. Павлова

Судья

Д.В. Тютин

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

по запросу Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, а также федеральных законов «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», «О третейских судах в Российской Федерации» и «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»

город Санкт-Петербург

12 апреля 2018 года

Конституционный Суд Российской Федерации в составе Председателя В.Д. Зорькина, судей К.В. Арановского, А.И. Бойцова, Н.С. Бондаря, Ю.М. Данилова, Л.М. Жарковой, С.М. Казанцева, С.Д. Князева, А.Н. Кокотова, Л.О. Красавчиковой, Н.В. Мельникова, Ю.Д. Рудкина, В.Г. Ярославцева,

заслушав заключение судьи Л.М. Жарковой, проводившей на основании статьи 41 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» предварительное изучение запроса Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации,

УСТАНОВИЛ:

1. В запросе Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации оспаривается конституционность положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, а также федеральных законов от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», от 24 июля 2002 года № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» [*в первоначальном тексте были следующие слова: «от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ „О третейских судах в Российской Федерации“»*].

Как следует из представленных в Конституционный Суд Российской Федерации материалов, в производстве Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в порядке, предусмотренном статьей 291¹² «Срок и порядок рассмотрения кассационных жалобы, представления вместе с делом в судебном заседании Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации» АПК Российской Федерации, находится дело по кассационной жалобе АО «Мосинжпроект» на определение Арбитражного суда города Москвы от 13 декабря 2016 года и постановление Арбитражного

суда Московского округа от 27 февраля 2017 года, вынесенные по заявлению АО «Мостеплосетьстрой» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 14 июля 2016 года по иску АО «Мостеплосетьстрой» к АО «Мосинжпроект» о взыскании денежных средств по договору подряда.

В ходе кассационного производства Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, придя к выводу о том, что подлежащие применению при рассмотрении данного дела часть 6 статьи 4 АПК Российской Федерации, согласно которой по соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникший из гражданско-правовых отношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не предусмотрено данным Кодексом и федеральным законом; пункт 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», в соответствии с которым в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом; часть 3 статьи 1 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», в силу которой в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом; Федеральный закон «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в целом противоречат Конституции Российской Федерации, приостановила производство по делу и обратилась в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке их конституционности.

По мнению заявителя, часть 6 статьи 4 АПК Российской Федерации, Федеральный закон «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и пункт 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» в части регулирования вопроса о спорах, подлежащих передаче на рассмотрение третейского суда, в том числе ввиду отсутствия правовой определенности по вопросу об арбитрабельности, т.е. возможности рассмотрения в третейском суде, споров, возникающих из отношений, регулируемых Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», а также часть 3 статьи 1 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» как нормативного правового акта, содержащего, среди прочего, нормы, закрепляющие принципы публичного порядка Российской Федерации в сфере третейского разбирательства, нарушение которых может послужить основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, не соответствуют статьям 8 (часть 1), 34 (часть 1), 45 (часть 2), 55 (часть 3) и 71 (пункты «в», «о») Конституции Российской Федерации.

2. Согласно пункту 8 части второй статьи 37 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в обращении заявителя в Конституционный Суд Российской Федерации должна содержаться его позиция по поставленному вопросу и ее правовое обоснование со ссылкой на соответствующие нормы Конституции Российской Федерации. Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, аргументируя свою позицию о противоречии оспариваемых законоположений Конституции Российской Федерации, указывает, в частности, на отсутствии единообразия в правоприменительной практике нижестоящих арбитражных судов

при решении вопроса об отнесении споров, вытекающих из правоотношений, регулируемых положениями Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», к компетенции третейских судов.

Неопределенность правового регулирования – при соблюдении критериев допустимости обращения в Конституционный Суд Российской Федерации – может стать основанием для оценки конституционности содержащих такое правовое регулирование правовых положений Конституционным Судом Российской Федерации, который в силу статьи 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, особенно по обращениям тех заявителей, которые не наделены компетенцией самостоятельно устранить эту неопределенность.

В то же время Конституционный Суд Российской Федерации, обращаясь в Постановлении от 17 октября 2017 года № 24-П к вопросу о месте и полномочиях Верховного Суда Российской Федерации в судебной системе Российской Федерации и опираясь на предписания статьи 126 Конституции Российской Федерации, закрепившей такое конституционное полномочие Верховного Суда Российской Федерации, как дача разъяснений по вопросам судебной практики, главной целью которой является обеспечение единообразного применения судами законодательства Российской Федерации, а также на положения Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 года № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», отметил, что конституционно значимые функции Верховного Суда Российской Федерации осуществляются им в том числе в целях поддержания единообразия в толковании и применении норм права судами; это является одним из элементов основанного на предписаниях статей 15 (часть 1), 17, 18, 19 и 120 Конституции Российской Федерации механизма обеспечения единства и непротиворечивости российской правовой системы; их реализация гарантируется, среди прочего, закрепленной законом возможностью проверки судебных постановлений Верховным Судом Российской Федерации в кассационном порядке и в порядке надзора, а также наличием специальной, присущей только Верховному Суду Российской Федерации компетенции по даче разъяснений по вопросам судебной практики.

В соответствии с приведенным положением статьи 126 Конституции Российской Федерации и сформулированной в его развитие правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации формирование единства правоприменительной практики судов Российской Федерации, подразумевающее устранение противоречий в применении судами норм права при рассмотрении дел со схожими фактическими обстоятельствами, относится к компетенции Верховного Суда Российской Федерации.

Таким образом, отсутствуют основания для принятия Конституционным Судом Российской Федерации данного запроса к рассмотрению.

Исходя из изложенного и руководствуясь пунктом 2 статьи 43 и частью первой статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации

ОПРЕДЕЛИЛ:

1. Признать запрос Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не подлежащим дальнейшему рассмотрению в заседании Кон-

ституционного Суда Российской Федерации, поскольку для разрешения поставленного заявителем вопроса не требуется вынесение предусмотренного статьей 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» итогового решения в виде постановления.

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данному запросу окончательно и обжалованию не подлежит.

Председатель
Конституционного Суда
Российской Федерации

В.Д. Зорькин

№ 865-О

***Amicus curiae* Арбитражной ассоциации (РАА)
в адрес Верховного Суда РФ**

***Amicus curiae* of the Arbitration Association (RAA)
for the Supreme Court of the Russian Federation**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.245>

Ассоциация участников по содействию
в развитии третейского разбирательства
(Арбитражная Ассоциация)
115191, Москва
ИНН: 771440222
КПП: 771001001
ОГРН: 1137799009996
Духовской переулок 17, стр. 12, офис 404
www.arbitrations.ru

Судья Верховного Суда России
Н.В. Павлова

3 июля 2018 г.

Дело № А40-165680/2016

Уважаемая Наталья Владимировна!

На рассмотрение Экономической коллегии Верховного суда (далее – Суд) передано дело № А40-165680/2016. Из судебных актов по делу следует, что предметом рассмотрения Суда может стать вопрос о возможности рассмотрения в третейском суде (арбитраже) споров, стороной которых являются организации, акционером или участником которых, в свою очередь, является Российская Федерация или иные публичные субъекты.

Мы понимаем, что вопросы права, такие как толкование и применение законодательства о третейских судах и арбитраже в конкретном деле, безусловно, относятся к исключительной компетенции Суда.

Целью настоящего письма является предоставление Суду дополнительной информации, которая может быть полезной для понимания международных подходов к разрешению аналогичных вопросов и которую Суд может оценить по собственному усмотрению.

Мы надеемся, что прилагаемый к настоящему письму обзор законодательства и судебной практики ряда иностранных государств (Англии и Уэльса, Бразилии и Китая) по

этому вопросу, а также ранее подготовленный Ассоциацией участников по содействию в развитии третейского разбирательства (далее – Арбитражная Ассоциация) обзор по вопросу об арбитрабельности споров с участием публичного субъекта или связанных с публичным (бюджетным) финансированием (в котором рассматривается соответствующая практика Англии и Уэльса, США, Финляндии, Франции и Швеции и который также прилагается к этому письму), могут быть полезны Суду.

Мы также отмечаем, что Европейская конвенция о внешнеэкономическом арбитраже, участницей которой является Российская Федерация, прямо предусматривает право «юридических лиц публичного права» заключать арбитражные соглашения при осуществлении операций по внешней торговле (ст. II(1)).

Об Арбитражной Ассоциации

Арбитражная Ассоциация была создана в 2013 г. и в настоящее время насчитывает более 90 членов: российских и иностранных юридических фирм, представителей науки и частнопрактикующих юристов. Целями деятельности Арбитражной Ассоциации является содействие развитию международного арбитража и третейского разбирательства в России, повышение привлекательности России как места арбитража. Более подробная информация о ней содержится на сайте www.arbitrations.ru.

Отсутствие конфликта интересов

Ни Арбитражная Ассоциация, ни юристы, участвовавшие в подготовке настоящего письма и прилагаемых обзоров, не имеют какой-либо заинтересованности в исходе рассматриваемого Судом дела. В частности, каждый из юристов, участвовавших в их подготовке, подтвердил, что ни он, ни юридическая фирма, с которой он связан, не представляет и не представляла спорящие стороны в деле.

Настоящее письмо подготовлено по собственной инициативе Арбитражной Ассоциации. Ни стороны дела, ни их представители не обращались по этому вопросу к Арбитражной Ассоциации, и она не вступала ни в какие контакты со сторонами дела или их представителями в связи с подготовкой настоящего письма и приложениями к нему.

Возможное значение законодательства и практики иностранных государств

Арбитражная Ассоциация посчитала необходимым привести информацию по практике иностранных судов и иностранному законодательству по следующей причине. Российская Федерация проводит политику, направленную на повышение привлекательности России как места арбитража. Поскольку судебная практика имеет важное значение при оценке сторонами привлекательности той или иной юрисдикции, Суд может принять во внимание при разрешении данного дела практику по схожим делам стран, являющихся признанными центрами арбитража.

В приведенном документе имеются только ссылки на иностранные источники, которые с учетом ограниченного времени на подготовку настоящего письма и прилагаемых обзоров мы не имели возможности перевести на русский язык. В силу этого такие источники не прилагаются в обзор. Вместе с тем в случае наличия к ним интереса мы готовы представить данные источники на языке оригинала или в неофициальном переводе на английский язык, если такой перевод был опубликован.

В случае необходимости мы будем рады ответить на любые вопросы Суда или представить дополнительные материалы или пояснения.

Приложение 1 — Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров, сторонами которых являются организации с госучастием.

Приложение 2 — Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров с участием публичного субъекта.

*С уважением,
Сергей Владимирович Уоскин,
руководитель Рабочей группы*

Приложение 1

**Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран
по вопросу арбитрабельности споров, сторонами которых являются организации
с государственным участием**

Annex 1

**Overview of Legislation and Court Practice of Various Countries
on the Issue of Arbitrability of Disputes Involving Parties Which Are Organizations
with State Participation**

1. В настоящем обзоре анализируются законодательства и судебная практика отдельных государств по вопросу арбитрабельности споров, стороной которых является компания, акционером или участником которой, в свою очередь, является государство.

2. В обзоре рассматриваются судебная практика Англии и Уэльса (п. 4–13), Бразилии (п. 14–19) и Китайской Народной Республики (п. 20–24). Обзор дополняет ранее подготовленный Рабочей группой обзор законодательства и судебной практики по вопросу арбитрабельности споров с участием субъектов публичного права, а также споров, связанных с использованием публичного (бюджетного) финансирования (приложен отдельно).

3. Приведенный обзор показывает, что во всех юрисдикциях, включая Англию и Уэльс, Бразилию и Китайскую Народную Республику, споры с участием компаний с государственным участием являются арбитрабельными. Наибольшее внимания заслуживает судебная практика Бразилии, где Верховный суд неоднократно прямо подтверждал арбитрабельность соответствующих споров, указывая на то, что неарбитрабельными их может признать только законодатель. В 2015 в бразильское законодательство были внесены изменения, которые подтвердили арбитрабельность споров в том числе с участием государственных органов и государственных компаний. Единственной юрисдикцией, в которой арбитрабельность споров с участием публичных субъектов ограничена, является Франция, однако здесь соответствующее ограничение установлено законом (более подробный анализ законодательства и практики приведен в приложенном обзоре).

Англия и Уэльс

4. Общее правило о возможности передачи споров в арбитраж закреплено в английском Законе об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г.¹ В соответствии с данным принципом свобода сторон в выборе средств разрешения споров может быть ограничена только в той мере, в которой это необходимо для защиты публичного интереса (ст. 1(b) Закона об арбитраже 1996 г.).

5. Одним из таких ограничений являются правила о неарбитрабельности споров, в соответствии с которыми определенные вопросы «не могут быть предметом арбитражного разбирательства»². При этом Закон об арбитраже 1996 г. не содержит определения или критериев, которыми должен руководствоваться суд, относя те или иные вопросы к категории арбитрабельных или неарбитрабельных.

6. Следовательно, английские суды обладают определенной свободой усмотрения при разрешении вопроса об арбитрабельности споров. Главным принципом, которым при этом руководствуются английские суды, в целом демонстрирующие явно выраженный проарбитражный подход, является принцип автономии воли сторон.

7. Ведущим прецедентом в этой области является дело *Fulham Football Club (1987) Ltd. v. Richards & Anor.*³ В данном деле Апелляционный суд Англии и Уэльса указал на следующие факторы, которые необходимо оценить для разрешения вопроса об арбитрабельности спора:

а) идет ли речь о «вопросе публичного интереса, который не может быть разрешен в условиях ограничений, присущих частному договорному процессу [разрешения спора]», т.е. присутствует ли в регулировании соответствующих отношений «такая степень государственного вмешательства и публичного интереса, которая делает неприемлемым рассмотрение [спора] каким-либо иным путем, кроме как в ходе судебного процесса»; и

б) затрагивает ли спор права третьих лиц.

8. Эту позицию Апелляционного суда развил Высокий суд в недавнем решении по делу *Nori Holdings Ltd. & Ors. v. Public Joint-Stock Company «Bank Otkritie Financial Corporation»*⁴. Высокий суд отметил, что спор должен считаться арбитрабельным вне зависимости от того, в связи с чем он возник, если арбитры с учетом договорной природы арбитража имеют необходимые инструменты для разрешения поставленного перед ними вопроса по существу и для восстановления нарушенных прав сторон.

9. Из позиции суда по делу *Fulham Football Club (1987) Ltd. v. Richards & Anor.* также следует, что стороне, ссылающейся на неарбитрабельность спора, было необходимо обосновать его отнесение к категории неарбитрабельных. Таким образом, суд не требовал доказательств арбитрабельности соответствующего спора. Данный подход был воспринят и в последующей судебной практике⁵.

10. На основании изложенного выше можно говорить о наличии фактической презумпции арбитрабельности споров до тех пор, пока не установлено обратное.

¹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

² Статья 81(1) Закона об арбитраже 1996 г. предусматривает сохранение правил общего права о неарбитрабельности споров; ст. 103(3) Закона об арбитраже 1996 г. указывает на неарбитрабельность в качестве одного из оснований для отказа в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

³ [2011] EWCA Civ. 855.

⁴ [2018] EWHC 1343 (Comm.).

⁵ См., например: *Salford Estates (No. 2) Ltd. v. Altomart Ltd.*, [2014] EWCA Civ. 1575.

11. На практике английские суды используют критерии неарбитрабельности ограничительно, относя к неарбитрабельным крайне узкий круг споров, в частности: 1) споры, связанные с ликвидацией юридических лиц и банкротством; 2) споры, возникающие из соглашений, заключаемых при разводе супругов и регулирующих вопросы выплаты алиментов; 3) споры из соглашений, исключающих или ограничивающих доступ работника к суду по трудовым спорам.

12. Из приведенных примеров неарбитрабельных споров и логики, которой руководствуются английские суды при разрешении вопроса об арбитрабельности, следует вывод о том, что споры из коммерческих контрактов по общему правилу арбитрабельны. Тот факт, что в коммерческом споре присутствует значительный публичный элемент (например, в ситуации, когда предметом спора являются средства, полученные стороной из государственного бюджета), сам по себе не означает его неарбитрабельности. Аналогичным образом статус сторон (их организационно-правовая форма, состав акционеров и положение собственников предмета спора) также не влияет на оценку арбитрабельности спора между ними.

13. Споры, возникающие из договоров о государственных закупках, не подпадают ни под одно из исключений и являются арбитрабельными. Более того, можно сделать вывод, что на практике арбитражные оговорки включаются в договоры о государственных закупках, регулируемые английским правом, с увеличивающейся частотой. Так, возможность рассмотрения споров в арбитраже предусматривают составленные Министерством торговли Великобритании типовые условия поставки товаров для нужд органов исполнительной власти и других публичных организаций⁶, а также некоторые стандартные условия договоров строительного подряда для государственных нужд.

Бразилия

14. В соответствии с бразильским законодательством арбитрабельными являются любые споры, касающиеся прав, которые могут иметь денежную оценку, т.е. любые имущественные споры⁷. В 2015 г. в бразильское законодательство были внесены изменения, которые прямо подтвердили возможность передачи в арбитраж споров, стороной которых являются государственные органы и компании с государственным участием.

15. Однако, как отмечают комментаторы⁸, и до прямого подтверждения возможности рассмотрения таких споров арбитражем бразильские суды последовательно исходили из их арбитрабельности.

16. Еще в 1999 г. в деле *Serveng CivilSan S/A – Empresas Associadas de Engenharia and Andrade Gutierrez S/A v. Tribunal de Contas do Distrito Federal* такой подход был подтвержден апелляционным судом. Спор возник из договора на реконструкцию систем водоснабжения и канализации города Бразилиа – столицы Бразилии. Нижестоящий суд решил, что соответствующий спор не может рассматриваться в арбитраже, однако с ним не согласился апелляционный суд по федеральному округу. Апелляционный суд признал, что стороной договора является государственная компания и работы затрагивают публичный интерес, но договорные споры между сторонами не затрагивают этот интерес и могут быть рассмотрены в арбитраже⁹.

⁶ См., например: <http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/>; <http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/tandcgoods.pdf>.

⁷ Law No. 9.307 of 23 September 1996.

⁸ *Oliveira L.V.P. de*. Arbitrability under the New Brazilian Arbitration Act: A Real Change // *Arbitration International*. 2016. Vol. 33. Issue 2. P. 295–316. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv084>

⁹ Writ of Mandamus (Mandado de Seguranca) No. 1998002003066-9, Especial Counsel of the Distrito Federal Court of Appeal, Reporting Judge Nancy Andrichi, decided on 18 May 1999, published in the Brazilian official gazette on 18 August 1999.

17. В 2005 г. этот подход был подтвержден Верховным судом Бразилии в деле *AES Uruguiana Empreendimentos Ltda v. Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE*, сторонами которого были частная электроэнергетическая компания и компания, принадлежащая бразильскому штату Риу-Гранди-ду-Сул. Бразильская госкомпания провела публичный тендер на закупку электроэнергии и заключила договор с частной компанией, предусматривающий рассмотрение споров Международным арбитражным судом Международной торговой палаты. Утверждая, что договор был нарушен, госкомпания обратилась в бразильский государственный суд, ссылаясь на то, что, как государственная компания, она не могла без разрешения законодателя отказаться от исключительной компетенции государственных судов рассматривать соответствующие споры. Однако Верховный суд отметил, что споры, связанные с хозяйственной деятельностью государственной компании (например, с торговлей с целью извлечения прибыли или производственной деятельностью), являются арбитрабельными; неарбитрабельными являются только споры, связанные с реализацией ею публичных полномочий, например с осуществлением публично-правового регулирования¹⁰.

18. В 2008 г. Верховный суд пришел к такому же выводу в деле *TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A v. Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia*. В этом деле истец оспаривал решение министра науки и технологий Бразилии расторгнуть договор, заключенный между истцом и компанией, принадлежащей бразильскому федеральному правительству, который предусматривал оказание истцом услуг по эксплуатации и управлению морским портом. Истец ссылаясь на то, что соответствующий спор должен был быть рассмотрен в арбитраже. Верховный суд Бразилии согласился с истцом, отметив, что если «публичное лицо» действует как частное, то спор не может быть признан неарбитрабельным. Суд особо подчеркнул, что признание такого спора неарбитрабельным будет означать создание запрета, который не предусмотрен законодательством¹¹.

19. В 2011 г. Верховный суд Бразилии еще раз подтвердил арбитрабельность подобных споров в деле *Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás v. Consórcio Carioca Passarelli*. Государственная компания, поставляющая газ потребителям, заключила с консорциумом договор на его поставку, который содержал арбитражную оговорку. Затем госкомпания оспорила ее в суде, ссылаясь на природу правоотношений по договору. Верховный суд признал спор арбитрабельным, указав на то, что он касается определения финансового и экономического баланса интересов сторон договора, связанного с нарушением сроков начала поставок, а значит, является имущественным¹².

Китайская Народная Республика

20. Критерии арбитрабельности указаны в ст. 2 Закона КНР от 31 августа 1994 г. «Об арбитраже»¹³, а именно: договорные споры и иные имущественные споры между равными субъектами (гражданами, юридическими лицами и иными организациями) могут рассматриваться посредством арбитража.

¹⁰ Special Appeal (Recurso Especial) No. 612.439/RS, Second Chamber of the Superior Court of Justice, Reporting Justice João Otávio de Noronha, decided on 25 October 2005, published in the Brazilian official gazette on 14 September 2006.

¹¹ Writ of Mandamus (Mandado de Segurança) No. 11308/DF, First Section of the Superior Court of Justice, Reporting Judge Luiz Fux, decided on 9 April 2008, published in the Brazilian official gazette on 19 May 2008.

¹² Special Appeal (Recurso Especial) No. 904.813/PR, Third Chamber of the Superior Court of Justice, Reporting Justice Nancy Andrighi, decided on 20 November 2011, published in the Brazilian official gazette on 28 February 2012.

¹³ <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn138en.pdf>

21. В ст. 3 Закона КНР «Об арбитраже» приведены две категории неарбитрабельных споров: 1) споры, затрагивающие личные права, а именно споры о браке, споры об усыновлении (удочерении), наследственные споры; 2) споры между государственными органами или споры, в которых одна из сторон является государственным органом, т.е. административные споры.

22. В качестве примера судебной практики по спорам первой категории можно привести Ответ Верховного народного суда КНР¹⁴ об отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения монгольского арбитража, так как предметом спора были наследственные отношения.

23. Также в силу ст. 77 Закона КНР «Об арбитраже» его действие не распространяется на трудовые споры и споры, связанные с договорами в области сельского хозяйства.

24. Законодательство Китайской Народной Республики не запрещает китайским компаниям с государственным участием участвовать в арбитраже.

Приложение 2

Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров с участием публичного субъекта

Annex 2

Overview of Legislation and Court Practice of Various Countries on the Issue of Arbitrability of Disputes Involving a Public Party

1. В настоящем обзоре анализируются законодательства и судебная практика отдельных государств по вопросу об арбитрабельности споров, участниками которых являются субъекты публичного права, а также споров, связанных с использованием публичного (бюджетного) финансирования.

2. В обзоре рассматриваются законодательство и судебная практика Англии и Уэльса (п. 4–11), Соединенных Штатов Америки (п. 12–16), Финляндии (п. 17–19), Франции (п. 20–37) и Швеции (п. 38–40).

3. Приведенный обзор показывает, что практика большинства стран не признает неарбитрабельными договорные споры, стороной которых является публичный субъект. Насколько нам известно с учетом проведенного анализа законодательства и практики указанных стран, ни одно из рассматриваемых государств не признает неарбитрабельными договорные споры, которые опосредованно связаны с использованием бюджетных средств. Наиболее известным примером государства, ограничивающего арбитрабельность споров с участием публичного субъекта, является Франция. Однако здесь по общему правилу на рассмотрение внутреннего арбитража не могут быть переданы только споры с участием пу-

¹⁴ *Wu Chunying v. Zhang Guiwen*, [2009] Min Si Ta Zi No. 33 (http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=701).

бличных образований и учреждений, а также связанные с публичным порядком, что прямо установлено Гражданским кодексом. При этом применительно к международному коммерческому арбитражу должна учитываться, в случае если она применима, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (стороной которой является и Российская Федерация), допускающая передачу в арбитраж споров с участием публичных субъектов.

Англия и Уэльс

4. Общее правило о возможности передачи споров в арбитраж закреплено в английском Законе об арбитраже 1996 г. В соответствии с данным принципом свобода сторон в выборе средств разрешения споров может быть ограничена только в той мере, в которой это необходимо для защиты публичного интереса (ст. 1(b) Закона об арбитраже 1996 г.).

5. Одним из таких ограничений являются правила о неарбитрабельности споров, т.е. о «вопросах, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства»; данная формулировка используется, в частности, в ст. 81(1)(а) Закона об арбитраже 1996 г., предусматривающей сохранение правил общего права о неарбитрабельности, и ст. 103(3), указывающей на неарбитрабельность в качестве одного из оснований для отказа в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

6. В соответствии с этим арбитражное соглашение, предусматривающее отнесение неарбитрабельного спора в арбитраж, является неисполнимым. При этом Закон об арбитраже 1996 г. не содержит определения или критериев, которыми должен руководствоваться суд, относя те ли иные вопросы к категории арбитрабельных или неарбитрабельных, равно как и примеров таких вопросов.

7. Следовательно, английские суды обладают определенной свободой усмотрения при разрешении вопроса об арбитрабельности споров. Главным принципом, которым при этом руководствуются английские суды, в целом демонстрирующие явно выраженный проарбитражный подход, является принцип автономии воли сторон.

8. Ведущим прецедентом в этой области является дело *Fulham Football Club (1987) Ltd. v. Richards & Anor.*¹⁵ В данном деле Апелляционный суд Англии и Уэльса, соглашаясь с возможностью передачи в арбитраж исков акционеров об ущемлении их прав (против компаний, акционерами которых они являются), указал на следующие факторы, которые необходимо оценить для разрешения вопроса об арбитрабельности спора:

а) присутствует ли в ситуации «такая степень государственного участия и публичного интереса, которая делает неприемлемым рассмотрение [спора] каким-либо иным путем, кроме как в ходе судебного процесса»; и

б) затрагивает ли спор права третьих лиц.

9. На практике английские суды используют данные критерии ограничительно, относя к неарбитрабельным крайне узкий круг споров. Например, суды относят к неарбитрабельным следующие категории споров, затрагивающие права третьих лиц: 1) споры, связанные с ликвидацией юридических лиц и банкротством; 2) споры, возникающие из соглашений, заключаемых при разводе супругов и регулирующих вопросы выплаты алиментов; 3) споры из соглашений, исключающих или ограничивающих доступ работника к суду по трудовым спорам; и 4) споры о передаче титула на недвижимость.

10. В соответствии с этим тот факт, что в споре присутствует значительный публичный элемент (например, в ситуации, когда предметом спора являются бюджетные сред-

¹⁵ [2011] EWCA Civ. 855.

ства), сам по себе не означает его неарбитрабельности. Аналогичным образом статус сторон также не влияет на оценку арбитрабельности предмета спора между ними.

11. Споры, возникающие из договоров о государственных закупках, не подпадают ни под одно из исключений и являются арбитрабельными. Более того, можно сделать вывод, что на практике арбитражные оговорки включаются в договоры о государственных закупках, регулируемые английским правом, с увеличивающейся частотой. Так, возможность рассмотрения споров в арбитраже предусматривают составленные Министерством торговли Великобритании типовые условия поставки товаров для нужд органов исполнительной власти и других публичных организаций, а также некоторые стандартные условия договоров строительного подряда для государственных нужд.

Соединенные Штаты Америки

12. В судебной практике США имеет место подход, согласно которому запрет на рассмотрение отдельных типов споров в арбитраже (придания им характера неарбитрабельности) должен следовать из намерения законодателя при урегулировании определенных общественных отношений, т.е. при отсутствии явно выраженного запрета на рассмотрение спора в арбитраже он является вполне арбитрабельным. Само по себе наличие публичного элемента в споре не означает, что такие категории споров являются неарбитрабельными: в судебной практике США имеются многочисленные примеры, когда связанные с публичным элементом споры (например, антимонопольные споры, споры, связанные с регулированием рынка ценных бумаг, и иные) успешно рассматриваются в арбитраже¹⁶.

13. Большое значение для понимания того, как суды в США относятся к вопросу арбитрабельности, имеет разделение правовой системы на федеральное право и право штатов¹⁷. Суды склонны определять арбитрабельность на федеральном уровне: федеральное законодательство имеет преимущественную юридическую силу при решении вопроса о том, является ли спор арбитрабельным. Даже если по праву конкретного штата спор не является арбитрабельным, это не препятствует его рассмотрению в арбитраже, если федеральное законодательство противоречит законодательству штата и допускает арбитрабельность спора¹⁸. Наличие общего (судебного) права приводит к тому, что границы арбитрабельности споров в США зачастую определяются путем судебного толкования законодательных актов, которые могут не содержать четкого перечня неарбитрабельных споров¹⁹.

¹⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

¹⁷ Своеобразным также является широкое понимание арбитрабельности в США, которое охватывает помимо привычного для европейских правовых систем вопроса о том, является ли допустимым рассмотрение конкретного типа споров в арбитраже, также действительность и объем арбитражного соглашения (см.: *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643 (1986); *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995); см. также критику данного подхода, воспринятого в Проекте Третьего свода права США по международному коммерческому арбитражу (Restatement (Third) of the U.S. Law of International Commercial Arbitration): *Born G.B. International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 954–955). Иной отличительной особенностью права США является то, что категория неарбитрабельных внутренних споров (без международно-правового элемента) значительно шире, чем категория неарбитрабельных споров, рассматриваемых в порядке международного коммерческого арбитража (см. также: *Born G.B. Op. cit.* P. 956).

¹⁸ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984); см. также: *Brooke Overby A. Arbitrability of Disputes under the Federal Arbitration Act // Iowa Law Review*. 1986. Vol. 71. P. 1142.

¹⁹ *Born G.B. Op. cit.* P. 963–964.

14. При определении арбитрабельности спора суды обязаны руководствоваться целями Федерального арбитражного акта (Federal Arbitration Act) США²⁰ (системообразующего нормативного правового акта в сфере арбитража) и со «здоровым подходом» относиться к федеральной политике, благоприятствующей арбитражу, т.е. препятствия для арбитрабельности спора должны толковаться ограничительно и не вредить арбитражу в целом²¹.

15. Данная проарбитражная федеральная политика должна тем не менее быть соотнесена (сбалансирована) с федеральной политикой, ставящей во главу угла право на рассмотрение спора в государственном суде. Однако последняя из названных политик не запрещает рассмотрение в арбитраже требований, основанных на федеральных правовых актах (возможно, с высокой концентрацией публично-правового элемента), если это 1) охватывается арбитражным соглашением и 2) Конгресс (федеральный орган законодательной власти США) «не продемонстрировал явного намерения ограничить отказ от права на рассмотрение иска в государственном суде»²². Намерение законодателя определяется путем буквального, системного и исторического толкования²³, и спор считается арбитрабельным, пока Конгресс явно не продемонстрировал обратного намерения²⁴. Бремя доказывания неарбитрабельности спора лежит на стороне, возражающей против возможности рассмотрения спора в арбитраже, и неарбитрабельность не может быть просто косвенно выведена из схемы законодательного регулирования²⁵.

16. Суды США применяют доктрину «вторичной оценки» («second look») при решении вопросов арбитрабельности: осознавая, что рассмотрение спора в арбитраже может не в полной мере отразить цели, преследуемые законодателем при принятии императивных правовых норм, имеющих особую значимость, государственные суды тем не менее не препятствуют арбитражу и не презюмируют, что арбитры пойдут вразрез с интересами законодателя, а дают им возможность рассмотреть спор и сохраняют за собой возможность применить «вторичную правовую оценку» в рамках процедур отмены или приведения в исполнение арбитражного решения²⁶.

Финляндия

17. Законодательство Финляндии никак не ограничивает право сторон, заключающих коммерческие контракты с привлечением бюджетного (государственного) финансирования, предусмотреть оговорку о рассмотрении споров из таких контрактов третьей стороной. Законодательство Финляндии строго ограничивает право стороны третейского (арбитражного) разбирательства требовать отмены / отказа в приведении в исполнение арбитражного решения по основаниям, которые она не заявляла при рассмотрении спора третьей стороной.

²⁰ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>

²¹ *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

²² *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 628 (1985).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibid.*, 639–40 (n. 21); *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 226–27 (1987).

²⁵ *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 483 (1989); *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 132 S. Ct. 665 (2012).

²⁶ См.: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716, 723 (n. 4) (9th Cir. 1999); *George Fischer Foundry Sys., Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 55 F.3d 1206, 1210 (6th Cir. 1995); *Life of Am. Ins. Co. v. Aetna Life Ins. Co.*, 744 F.2d 409 (5th Cir. 1984) (приводится по: *Born G.B. Op. cit.* p. 952, 979).

18. Процедура арбитража в Финляндии регулируется положениями Закона об арбитраже (967/1992)²⁷. Согласно ст. 2 финского Закона об арбитраже на рассмотрение третейского суда может быть передан любой гражданский или коммерческий спор, который теоретически может быть урегулирован соглашением сторон. Таким образом, если требования сторон(-ы) в силу закона могут быть удовлетворены только государственным судом или иным компетентным органом власти, то споры по таким требованиям не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда (например, требования о пресечении недобросовестной конкуренции). Аналогична ситуация, когда стороной спора является публичный субъект, выступающий не как равная сторона гражданско-правовых или коммерческих отношений, а реализующий свои публичные властные полномочия (например, в административных делах). В законодательстве Финляндии, как и в практике финских судов, не встречается примеров ограничения права сторон, заключающих коммерческие контракты с привлечением бюджетного (государственного) финансирования, передать споры из таких контрактов на разрешение третейского суда.

19. Согласно ст. 40 финского Закона об арбитраже решение внутреннего (не международного) третейского суда может быть отменено государственным судом Финляндии в случае, если рассмотренные требования не могли быть предметом арбитражного разбирательства согласно законам Финляндии (как указано в предыдущем пункте). В то же время в силу ст. 41(2) финского Закона об арбитраже (применимой по аналогии) сторона третейского разбирательства не вправе требовать в государственном суде отмены арбитражного решения по основаниям нарушения процедуры, если она не заявляла о них при рассмотрении спора третейским судом. Таким образом, можно заключить, что, если сторона сама инициировала третейское разбирательство, она не вправе в дальнейшем ссылаться на неарбитрабельность такого спора и требовать отмены / отказа в приведении в исполнение вынесенного по нему арбитражного решения.

Франция

20. Общие правила арбитрабельности споров установлены в ст. 2059, 2060 и 2061 ФГК.

21. В соответствии со ст. 2059 ФГК

«[в]се лица могут заключать арбитражные соглашения в отношении прав, которыми они могут свободно распоряжаться».

22. В соответствии с абзацем первым ст. 2060 ФГК

«[н]икто не может заключать арбитражные соглашения по вопросам статуса и правоспособности лиц; дел, связанных с разводом и с раздельным проживанием супругов или споров с участием государственных органов или учреждений и в целом — споров, затрагивающих публичный порядок».

23. В соответствии со ст. 2061 ФГК

«[к]роме случаев, оговоренных в законе, арбитражное соглашение в договорах, заключенных в связи с осуществлением трудовой деятельности, является действительным».

²⁷ Текст финского Закона об арбитраже (967/1992) с изменениями от 1999, 2002 и 2015 гг. на английском языке см.: <http://www.finlex.fi/sv/laki/kaannokset/1992/en19920967.pdf>.

24. Вышеназванные статьи очерчивают категории неарбитрабельных споров, и суды не обладают широкой свободой усмотрения по данному вопросу. Кроме того, к исключительной юрисдикции государственных судов отнесены уголовные и налоговые споры, а также споры о банкротстве²⁸.

25. Чуть большей свободой суды обладают при решении вопроса арбитрабельности «споров, затрагивающих публичный порядок» (ст. 2060). Тем не менее судебское усмотрение и здесь ограничено уже устоявшейся практикой, последовавшей за решением Кассационного суда Франции по делу *Tisco*²⁹. В этом деле Кассационный суд постановил, что арбитры могут выносить решения по спорам, затрагивающим вопросы публичного порядка, в том числе оценивать, имеется ли нарушение публичного порядка, при условии что сам арбитраж или арбитражное решение не приведет к нарушению публичного порядка³⁰.

26. Само арбитражное разбирательство также может нарушать публичный порядок, если полномочия арбитров вытекают из незаконного основания. Например, это случай, когда договор незаконен, а стороны просят арбитров оценить исполнение ими этого договора или истолковать его без оценки законности самого договора. В данной ситуации публичный порядок будет нарушен, так как соглашение сторон вынуждает арбитров вынести решение на основании незаконного договора. Однако если арбитры среди прочего уполномочены разрешить вопрос о действительности договора, а следовательно, и на вынесение решения о его недействительности на основании его незаконности, то спор будет арбитрабельным и не нарушит публичного порядка.

27. Так, в деле *JC Decaux* (решения Апелляционного суда Парижа от 22 мая 1982 г. и Кассационного суда от 21 октября 1981 г.) две компании создали совместное предприятие. Его создание было незаконным, так как нарушало антимонопольное законодательство. Между двумя компаниями возник спор по поводу деятельности совместного предприятия. Согласно арбитражной оговорке, содержащейся в уставе предприятия, спор был передан на рассмотрение арбитров, уполномоченных рассматривать любые споры об исполнении обязательств сторон, вытекающих из деятельности совместного предприятия. Французские государственные суды впоследствии отменили решение арбитров, так как совместное предприятие было незаконным. Вынесение решения на основании арбитражной оговорки, содержащейся в уставе незаконной компании, нарушает публичный порядок.

28. В научной литературе в целом отмечается, что французское право развивается в сторону более свободного толкования в пользу проарбитражного подхода³¹.

29. С учетом изложенного выше споры из договора, предполагающего использование государственных средств, который сам по себе не нарушает требований закона, по общему правилу арбитрабельны (при условии что обе его стороны уполномочены передавать споры в арбитраж согласно французскому арбитражному законодательству).

30. Правомочия публичных образований на передачу споров в арбитраж различаются в контексте внутреннего и международного арбитража. Споры из договоров, заключаемых между публичными образованиями и другими французскими сторонами, не могут быть переданы на рассмотрение внутреннего арбитража, за исключением случаев, когда

²⁸ *Loquin E.* L'arbitrage du commerce international. Joly éditions; Lextenso éditions, 2015. № 81 (p. 79–80).

²⁹ *Tissot c/ Neff*, Cass. com., 28 novembre 1950, Bull. civ. III, n° 355, D. 1951, p. 170.

³⁰ *Labinal c/ Mors*, CA Paris, 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson; по вопросу внутреннего арбитража см.: CA Paris, 16 juin 1998, Rev. arb. 1999, p. 333, note L. Idot.

³¹ *Loquin E.* Op. cit. № 83 (p. 80).

соответствующее публичное учреждение, занимающиеся промышленной или коммерческой деятельностью, имеет специальное разрешение Правительства на включение арбитражных оговорок в определенные договоры. Споры из договоров, заключенных между публичными образованиями и иностранными сторонами, напротив, могут свободно передаваться в международный арбитраж.

31. Один из распространенных сценариев, в котором возникает вопрос о публичном элементе, — это договорные отношения, включающие использование государственных средств. Вероятно, что хотя бы одна из сторон договора, предполагающего использование государственных средств, попадает в одну из двух категорий: 1) публичные органы и учреждения³²; 2) публичные учреждения, занимающиеся промышленной или коммерческой деятельностью³³ (совместно — публичные образования)³⁴.

32. Французским гражданским кодексом установлен следующий общий принцип:

«[в]се лица могут заключать арбитражные соглашения в отношении прав, которыми они могут свободно распоряжаться».

33. Из этого принципа есть исключения:

«Никто не может заключать арбитражные соглашения по вопросам, касающимся... споров с участием государственных органов или учреждений и в целом — споров, затрагивающих публичный порядок. Однако, некоторые категории публичных учреждений, занимающихся промышленной или торговой деятельностью, могут быть уполномочены декретом Правительства на заключение арбитражных соглашений».

34. Таким образом, публичные образования могут заключать арбитражные соглашения о передаче своих споров на рассмотрение внутреннего арбитража, только когда они уполномочены на это явно выраженным образом³⁵. Так, допускается включение арбитражных оговорок в договоры о государственных закупках, заключенные государством или территориальным образованием, с целью уменьшения их операционных расходов, однако в каждом конкретном случае необходимо специальное разрешение, оформляемое отдельным декретом Правительства.

35. Что касается международного арбитража, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (в тех случаях, когда она применима) превалирует над ст. 2060 ФГК. В соответствии со ст. II Европейской конвенции

«юридические лица, которые по применимому к ним праву считаются «юридическими лицами публичного права», уполномочены на заключение действительных арбитражных соглашений».

³² Публичные образования, созданные для осуществления традиционных суверенных и социальных функций государства (например, государство, территориальные образования).

³³ Публичные образования, созданные для производства и продажи товаров и услуг, чьи ресурсы формируются главным образом за счет средств, поступающих от потребителей (например, государственные компании).

³⁴ *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, Trib. conflits, 17 mai 2010, Rev. arb. 2010, p. 275, concl. M. Guyomar.

³⁵ Conseil d'État, n° 79532, Rev. arb. 1989, p. 215; *Foussard D. Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt AREA du 3 mars 1989) // Revue de l'arbitrage. 1989. P. 167.*

36. Таким образом, публичные образования свободны в заключении соглашений о передаче споров в международный арбитраж.

37. Важно отметить, что в данном случае арбитрабельность ограничена именно по субъективному признаку, т.е. соответствующие ограничения действуют именно в отношении определенных публичных образований и прямо установлены законом (ФГК).

Швеция

38. В Законе Швеции об арбитраже вопрос арбитрабельности решен достаточно простым образом, а именно все вопросы, по которым стороны могут достичь соглашения, признаются арбитрабельными. Сам Закон «Об арбитраже» не определяет круга таких споров, за одним исключением: споры с участием потребителей не могут быть предметом арбитражного рассмотрения.

39. Ориентиром могут служить и иные законодательные акты, содержащие ограничения в отношении арбитрабельности. Например, законодательство об интеллектуальной собственности устанавливает ограничения в отношении арбитрабельности споров о действительности патентов, товарных знаков и прочих объектов интеллектуальной собственности. Корпоративным законодательством также устанавливается, что соглашения, влекущие нарушение прав миноритарных акционеров, считаются неарбитрабельными в силу того, что затрагивают интересы третьих лиц, не являющихся стороной арбитражного соглашения. Неарбитрабельны в Швеции также и трудовые, семейные и уголовные дела. В то время как вопросы уголовного наказания не являются арбитрабельными, вопросы компенсации ущерба, наступившего вследствие совершения преступления, вполне могут быть предметом исследования арбитража.

40. Отметим, что если спор является лишь частично арбитрабельным, состав арбитража вправе вынести решение по тем вопросам спора, которые являются арбитрабельными.

References

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* 952, 954–56, 963–64, 979 (2nd ed., Kluwer Law International 2014).

Brooke Overby, Alison. *Arbitrability of Disputes under the Federal Arbitration Act*, 71 Iowa L. Rev. 1137, 1142 (1986).

Foussard, Dominique. *Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt AREA du 3 mars 1989)*, 1989 Rev. arb. 167.

Loquin, Éric. *L'arbitrage du commerce international* N° 81, at 79–80, N° 83, at 80 (Joly éditions; Lextenso éditions 2015).

Oliveira, Leonardo V.P. de. *Arbitrability under the New Brazilian Arbitration Act: A Real Change*, 33(2) Arb. Int'l 295 (2016). <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv084>

Примечание главного редактора: в свете того, как ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» определяет «арбитраж», термин «состав арбитража» лучше не использовать.

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-7240
Дело А40-165680/2016

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

11.07.2018

Резолютивная часть определения объявлена 04 июля 2018 г.
Полный текст определения изготовлен 11 июля 2018 г.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации в составе:

председательствующего судьи
Завьяловой Т.В.,
судей
Павловой Н.В., Тютина Д.В.

рассмотрела в открытом судебном заседании дело по кассационной жалобе акционерного общества «Мосинжпроект» на определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу по заявлению акционерного общества «Мостеплосетьстрой» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 14.07.2016 по делу № 079/2016,

при участии в деле общества с ограниченной ответственностью «Мостеплосетьстрой».

В заседании приняли участие:

– от акционерного общества «Мосинжпроект» – Каширин А.В., Харламов Д.А., Ширяев А.А.

– от акционерного общества «Мостеплосетьстрой» – Александров Н.М.

Заслушав доклад судьи Верховного Суда Российской Федерации Павловой Н.В., выслушав объяснения представителей участвующих в деле лиц, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

УСТАНОВИЛА:

10.05.2013 акционерное общество «Мосинжпроект» (г. Москва; далее – заявитель, АО «Мосинжпроект», Заказчик-Генподрядчик) и акционерное общество «Мостеплосетьстрой» (г. Москва; далее – АО «Мостеплосетьстрой», Подрядчик) заключили договор № 96-0213-ОК-1-Н.

Согласно договору Подрядчик обязуется в установленный договором срок на основании рабочей документации, утвержденной Заказчиком-Генподрядчиком, выполнить комплекс строительно-монтажных работ по объекту: «Таганско-Краснопресненская линия метрополитена», станция «Спартак», перекладка и вынос инженерных сетей водопровода, канализации, теплосети и водостока, а Заказчик-Генподрядчик обязуется принять результат выполненной работы и уплатить обусловленную цену.

В пункте 20.3 договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н содержалось третейское соглашение о разрешении всех споров, возникающих из договора или в связи с ним, в том числе касающихся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, в Третейском суде строительных организаций города при Автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (далее – третейский суд).

Ненадлежащее, по мнению АО «Мостеплосетьстрой», исполнение АО «Мосинжпроект» условий договора послужило основанием для обращения АО «Мостеплосетьстрой» с иском к заявителю в третейский суд.

14.07.2016 третейским судом вынесено решение по делу № 079/2016 о взыскании с АО «Мосинжпроект» в пользу АО «Мостеплосетьстрой» задолженности по договору от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н в размере 5 215 689,64 рублей, расходов по оплате третейского сбора в размере 36 809 рублей.

АО «Мосинжпроект» решение третейского суда в добровольном порядке не исполнило, что послужило основанием для обращения АО «Мостеплосетьстрой» в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017, требования АО «Мостеплосетьстрой» удовлетворены.

Не согласившись с судебными актами, принятыми по настоящему делу судами первой и кассационной инстанций, АО «Мосинжпроект» обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации.

В кассационной жалобе АО «Мосинжпроект» указывает на то, что договор от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н был заключен специальным субъектом в соответствии с требованиями Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон № 223-ФЗ), поскольку заявитель является лицом, на которое распространяются нормы данного закона – 100% акций АО «Мосинжпроект» принадлежат городу Москве. Кроме того, работы по договору оплачены бюджетными средствами – в рамках реализации государственной программы города Москвы «Градостроительная политика на 2012–2018 годы», утвержденной Постановлением Правительства Москвы от 03.10.2011 № 460-ПП, определяющим также объекты, которые будут построены в Москве за счет бюджета города.

По утверждению заявителя, он заключал договор как специальный субъект, в публичных интересах (общество с такой долей участия государства действует в интересах го-

сударства) и, учитывая его содержание, договор направлен на удовлетворение государственных потребностей (строительство транспортной инфраструктуры-метрополитена), финансирование которых осуществляется за счет средств соответствующего бюджета. Такие отношения требуют публичного контроля (в том числе, в части контроля результатов закупки и эффективного расходования средств). Указанный вывод, по мнению заявителя, следует, в том числе из принципов Федерального закона № 223-ФЗ, однако третья процедура, ввиду ее конфиденциальности, не обеспечивает публичный контроль за закупкой и исполнением договора, а также не обеспечивает эффективное расходование средств ввиду ее более высокой стоимости по сравнению с государственным правосудием, следовательно, споры, вытекающие из таких отношений, не могут рассматриваться третейскими судами.

В отзыве на кассационную жалобу заявителя АО «Мостеплосетьстрой» просило оставить судебные акты судов первой и кассационной инстанций без изменения и указывало на неверное толкование заявителем норм материального права, а также на отсутствие, по мнению АО «Мостеплосетьстрой», в материалах дела доказательств, подтверждающих доводы заявителя, в частности доказательств того, что договор заключен в соответствии с нормами Федерального закона № 223-ФЗ, и его исполнение финансировалось за счет средств бюджета.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации Павловой Н.В. от 25.09.2017 кассационная жалоба заявителя вместе с делом передана для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

При рассмотрении дела в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации Судебная коллегия обнаружила неопределенность в вопросе о том, соответствует ли ряд положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс), Федерального закона № 223-ФЗ, Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 382-ФЗ) Конституции Российской Федерации ввиду имеющегося противоречия между отдельными нормами указанных нормативных актов, с одной стороны, закрепляющих возможность передавать на разрешение третейских судов исключительно гражданско-правовые споры, с другой стороны, содержащих перечень неарбитрабельных споров, в который включены как гражданско-правовые споры (например, о приватизации государственного и муниципального имущества), так и споры, возникающие из публичных правоотношений (возникающие из административных и иных публичных правоотношений), а также споры из гражданско-правовых отношений с публичным элементом (например, о несостоятельности (банкротстве), возникающие из отношений в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд, из отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде), и обратилась с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации, приостановив производство по настоящему делу.

Конституционный Суд Российской Федерации вынес определение от 12.04.2018 № 865-О по делу о рассмотрении вышеуказанного запроса.

Определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации 18.05.2018 возобновлено производство по настоящему делу.

Основаниями для отмены или изменения Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации судебных актов в порядке кассационного производства являются су-

ществленные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов (часть 1 статьи 291.11 Кодекса).

Изучив материалы дела, проверив в соответствии с положениями статьи 291.14 Кодекса законность обжалуемых судебных актов, Судебная коллегия считает, что кассационная жалоба заявителя подлежит оставлению без удовлетворения, обжалуемые судебные акты – оставлению без изменения, ввиду следующего.

Удовлетворяя требования АО «Мостеплосетьстрой», суды исходили из отсутствия оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, предусмотренных статьей 239 Кодекса, в редакции, применимой к спорным правоотношениям. При этом суд первой инстанции указал, что отсутствуют основания считать спор, возникший из отношений сторон, неарбитрабельным.

Суд кассационной инстанции округа вопрос об арбитрабельности спора, возникающего из отношений, регулируемых нормами Федерального закона № 223-ФЗ, не анализировал, поскольку счел, что стороны договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н не относятся к юридическим лицам, указанным в нормах Федерального закона № 223-ФЗ, в связи с чем договор не является договором, заключенным в публичных интересах, а спор, возникший между сторонами из указанного договора, при таком условии, мог быть предметом третейского разбирательства. Следовательно, решение третейского суда, по мнению суда кассационной инстанции, не нарушает публичный порядок Российской Федерации.

Заявление АО «Мосинжпроект» по настоящему делу было принято к производству арбитражным судом первой инстанции 12.08.2016. К спорным правоотношениям подлежат применению нормы процессуального закона, действовавшего во время рассмотрения дела (часть 4 статьи 3 Кодекса).

Согласно части 3 статьи 239 Кодекса (в редакции, применимой к спорным правоотношениям) арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что: 1) спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом; 2) решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права.

Каждое из указанных оснований подлежит проверке судом по собственной инициативе на любой стадии рассмотрения дела независимо от доводов и возражений сторон. Вместе с тем участники спора вправе приводить доводы, свидетельствующие о наличии вышеуказанных оснований отказа в исполнении третейского решения (пункт 3 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, утвержденного Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, информационное письмо от 26.02.2013 № 156).

Податель жалобы в Верховный Суд Российской Федерации ссылается на отсутствие как объективной (основанной на характере спорных правоотношений), так и субъективной (основанной на правомочиях конкретных субъектов передавать спор в третейский суд) арбитрабельности спора.

Из материалов дела следует, что заказчиком по договору от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н выступало АО «Мосинжпроект», сто процентов акций которого принадлежат горо-

ду Москве. Указанное обстоятельство подтверждается уставом общества, представленным в материалы дела.

Закупки товаров, работ, услуг такого заказчика[,] как хозяйственное общество, доля участия субъекта Российской Федерации в уставном капитале которого превышает пятьдесят процентов, в силу пункта 1 части 2 статьи 1 Федерального закона № 223-ФЗ, осуществляются в соответствии с его нормами. При этом не имеет значения для цели разрешения вопроса о наличии или отсутствии у третейского суда компетенции, соблюдали ли стороны требования специальных норм о закупках, предусмотренных Федеральным законом № 223-ФЗ, при оформлении своих отношений, если по своей правовой природе отношения должны регулироваться императивными нормами указанного закона (определения Верховного Суда Российской Федерации от 11.05.2018 № 308-ПЭК17, от 28.07.2017 № 305-ЭС15-20073 по делу № А40-188599/2014 Арбитражного суда города Москвы).

Следовательно, отношения сторон в рамках договора от 10.05.2013 № 96-0213-ОК-1-Н регулируются нормами Федерального закона № 223-ФЗ. Соответственно, вопрос об арбитрабельности спора из отношений сторон подлежал разрешению в настоящем деле, как в части субъективной арбитрабельности, ввиду участия в отношениях особых субъектов, так и в части объективной арбитрабельности по причине особого характера отношений.

Согласно части 1 статьи 2 Федерального закона № 223-ФЗ правовую основу закупки товаров работ услуг, кроме указанного закона и правил закупки, утвержденных в соответствии с нормами данного закона, составляют Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – Гражданский кодекс), другие федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации.

Вышеизложенная норма закона, а также регламентируемые нормами Гражданского кодекса организационно-правовые формы и правовой статус лиц, являющихся субъектами отношений закупки, регулируемой Федеральным законом № 223-ФЗ, и указанных в нормах частей 2, 5 статьи 1 названного закона (государственные корпорации, государственные компании, автономные учреждения, хозяйственные общества, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в совокупности превышает 50 процентов, бюджетные учреждения и унитарные предприятия (при соблюдении ряда дополнительных условий)[,] свидетельствуют о воле законодателя на регулирование спорных отношений в целом как гражданско-правовых, то есть основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников (пункт 1 статьи 2 Гражданского кодекса). Субъекты, указанные в частях 2, 5 статьи 1, пункте 2 части 1 статьи 3.1 Федерального закона № 223-ФЗ, в силу норм Гражданского кодекса (глава 4), являются субъектами гражданских правоотношений и участниками гражданского оборота. Создавая такие юридические лица или участвуя в их деятельности, государство реализует невластные полномочия (статьи 124, 125 Гражданского кодекса). При закупках, осуществляемых субъектами, указанными в нормах Федерального закона № 223-ФЗ, стороны таких отношений выступают как юридически равноправные, никакая сторона не наделена властными полномочиями по отношению к другой стороне, что также свидетельствует о гражданско-правовом характере отношений.

Таким образом, совокупность вышеизложенных признаков свидетельствует о том, что споры, возникающие из договоров, заключенных в результате закупки в рамках Федерального закона № 223-ФЗ, в целом являются гражданско-правовыми. Соответственно, в целом гражданско-правовой характер носит спор сторон настоящего дела.

К числу общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора, которой наряду

с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности обуславливаются диспозитивные начала гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, относится обращение в третейский суд. В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на статье 45 (часть 2) и статье 8 (часть 1) Конституции Российской Федерации (Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О).

Таким образом, в своих судебных актах Конституционный Суд Российской Федерации указал на гражданско-правовой характер спора как критерий его возможного разрешения посредством третейского разбирательства.

Возможность разрешения гражданско-правовых споров с помощью третейского разбирательства закреплена в гражданском законодательстве. Согласно пункту 1 статьи 11 Гражданского кодекса защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд.

Нормой части 4 статьи 4 Кодекса в редакции, действовавшей в период спорных правоотношений, предусматривалось, что по соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, может быть передан на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом.

Общие принципы определения категорий споров, которые могли рассматриваться третейским судом, в период спорных правоотношений регулировались Федеральным законом от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах).

В силу пункта 2 статьи 1 Закона о третейских судах в третейский суд мог по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться любой спор, возникающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом.

Вместе с тем гражданско-правовые отношения могут быть осложнены публичным элементом, и данный факт, в свою очередь, ставит вопрос о влиянии такого осложнения на арбитрабельность спора. В качестве таковых квалифицируются отношения о несостоятельности (банкротстве), о государственной контрактной системе, отношения в сфере добросовестной конкуренции, в сфере опеки и попечительства и др. Наличие публичного элемента в гражданско-правовом отношении свидетельствует о том, что стороны отношений не в полной мере свободны в установлении своих прав и обязанностей, в определении условий договора (пункт 1 статьи 1 Гражданского кодекса). Такое ограничение может влиять и на возможность выбора альтернативных способов разрешения спора из таких отношений. Однако участники гражданских правоотношений в силу их диспозитивной природы должны иметь явное и однозначное представление о наличии такого ограничения.

Заявитель, не оспаривая тот факт, что отношения закупки товаров отдельными видами юридических лиц в целом носят гражданско-правовой характер, однако указывает на наличие в этих отношениях публичного элемента, а следовательно, на явный интерес неограниченного круга третьих лиц — общества в целом в эффективности отношений и в контроле за ними, по аналогии со спорами, например[,] о несостоятельности (банкротстве) или о возмещении вреда окружающей среде.

Выделение споров, действительно осложненных публичным элементом, особым образом при определении вопроса об арбитрабельности / неарбитрабельности стало традиционным для правовых систем.

В отечественной правовой системе важность правовой определенности в такой ситуации отметил Конституционный Суд Российской Федерации (Определение от 05.02.2015 № 233-О).

Применительно к тем случаям, когда отношения действительно осложнены публичным элементом, Конституционный Суд Российской Федерации указал на два пути обеспечения баланса интересов в таких отношениях: прежде всего, на особое правомочие федерального законодателя, а затем — на правомочия судов в рамках защиты публичного порядка.

Именно федеральный законодатель, в силу диспозитивного характера гражданско-правовых отношений, обладает прерогативой устанавливать баланс публичных и частных интересов в правоотношениях, которые по своей правовой природе предоставляют широкую свободу их участникам. В случае осложнения таких отношений публичным элементом, обеспечение баланса — функция законодателя и одновременно его обязанность устанавливать правовую определенность в диспозитивных правоотношениях, обусловленную разумными ожиданиями участников таких отношений, основанными на их диспозитивной природе, допускающей возможность совершать все, что не запрещено. Применительно к компетенции третейских судов такой баланс обеспечивается посредством определения категорий споров, являющихся арбитрабельными, неарбитрабельными, ввиду их осложнения публичным элементом, условно арбитрабельными, осложненными публичным элементом, но признаваемыми арбитрабельными ввиду прямой воли законодателя.

Полагая, что имеются признаки осложнения гражданско-правовых отношений публичным элементом, федеральный законодатель обязан реализовать свои полномочия по установлению соответствующей правовой определенности в нормах, обусловленной наличием таких признаков, в том числе в части модели разрешения споров. До тех пор пока не установлено иное в форме нормы закона, соответствующей критерию правовой определенности, диспозитивный характер гражданско-правовых отношений не предполагает выявление иными способами ограничений для участников гражданского оборота.

Кроме того, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что суд также имеет своей задачей обеспечение баланса интересов сторон в диспозитивных отношениях, осложненных публичным элементом, однако тогда, когда соответствующие ценности стали элементом публичного порядка государства, в частности, ввиду того, что законодатель их имплементировал в соответствующие нормы закона, например, в нормы об арбитрабельности / неарбитрабельности споров (Определение от 05.02.2015 № 233-О).

В спорный период специальной позиции федерального законодателя по вопросу полномочий (или их отсутствия) третейских судов на рассмотрение споров о закупках особых видов юридических лиц, в том числе ввиду наличия, по мнению законодателя, публичного элемента в спорных отношениях, не выявлено. Законодательство, закрепляя в целом подход об арбитрабельности споров из гражданских правоотношений, не содержало специальных норм об арбитрабельности, полной или условной неарбитрабельности споров из закупок особых видов юридических лиц.

Следовательно, к таким отношениям применимы общие нормы об арбитрабельности гражданско-правовых споров, пока федеральным законом не установлено иное.

При реформировании законодательства о третейском разбирательстве в 2014–2016 годах федеральный законодатель закрепил следующий подход к регулированию арбитрабельности: общий критерий арбитрабельности — гражданско-правовой характер отношений (часть 3 статьи 1 Закона об арбитраже, часть 6 статьи 4, часть 1 статьи 33 Кодекса), перечень неарбитрабельных споров (пункты 1–5, 7, 8 части 2 статьи 33 Кодекса), а также условно неарбитрабельную категорию — споры, возникающие из отношений, регулирую-

емых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (пункт 6 части 2 статьи 33 Кодекса).

Однако споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством о закупках товаров отдельными видами юридических лиц, в данном перечне не указаны, иных законов, закрепляющих нормы о неарбитрабельности таких споров, не имеется, не названы они и в качестве условно арбитрабельных.

Таким образом, анализ правового регулирования, существовавшего в период спорных правоотношений, равно как и действующего в настоящее время, не позволяет сделать вывод о том, что федеральный законодатель в рамках своих полномочий, устанавливая баланс публичных и частных интересов в отношении по закупке товаров отдельными видами юридических лиц, предусматривал правило о неарбитрабельности споров, вытекающих из договоров, заключенных в результате такой закупки.

Судебная власть вправе устанавливать баланс в отношении в целях защиты публичного порядка при наличии соответствующего элемента публичного порядка. Такого элемента публичного порядка Российской Федерации[,] как неарбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых Федеральным законом № 223, не выявлено, а доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затраты бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил.

При таких обстоятельствах, Судебная коллегия Верховного Суда Российской Федерации считает, что обжалуемые судебные акты подлежат оставлению без изменения на основании пункта 1 части 1 статьи 291.14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 167, 176, 291.11–291.15 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

ОПРЕДЕЛИЛА:

определение Арбитражного суда города Москвы от 13.12.2016 по делу № А40-165680/2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2017 по тому же делу оставить без изменения, кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» – без удовлетворения.

Председательствующий судья

Т.В. Завьялова

Судья

Н.В. Павлова

Судья

Д.В. Тютин

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-20515

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

27.07.2018

Судья Верховного Суда Российской Федерации Павлова Н.В., изучив с материалами истребованного дела кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» (г. Москва; далее — заявитель, АО «Мосинжпроект») на определение Арбитражного суда города Москвы от 21.06.2017 по делу № А40-79416/2017 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.09.2017 по тому же делу по заявлению АО «Мосинжпроект» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (далее — третейский суд) от 28.02.2017 по делу № 062/2016,

УСТАНОВИЛ:

Третейским судом строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (далее — третейский суд) принято решение от 28.02.2017 по делу № 062/2016 о взыскании с АО «УСК МОСТ» в пользу АО «Мосинжпроект» неотработанного аванса в размере 330 669 935 рублей 78 копеек.

Основанием для обращения в третейский суд явилось наличие третейской оговорки в пункте 19.3 контракта от 16.09.2011 № 11-1004СМР на выполнение подрядных работ по строительству участка Таганско-Краснопресненской линии метрополитена от станции «Выхино» до станции «Жулебино», согласно которой все споры, разногласия или требования, возникающие из контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в АНО «Третейский суд при строительных организациях города» в соответствии с его Регламентом, решение которого является окончательным и обязательным к исполнению для сторон.

Как следует из пункта 1.4 контракта от 16.09.2011 № 11-1004 СМР, он был заключен в рамках исполнения контрактного обязательства на разработку рабочей документации и строительства линий метрополитена, в соответствии с которым заказчиком-генподрядчиком является АО «Мосинжпроект», а инвестором-застройщиком — государственное унитарное предприятие «Московский метрополитен».

Решение третейского суда АО «УСК МОСТ» добровольно не исполнило, в связи с чем заявитель обратился в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 21.06.2017, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 19.09.2017, в удовлетворении заявления АО «Мосинжпроект» отказано.

АО «Мосинжпроект» обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации. В жалобе заявитель ссылается на нарушение судами норм материального и процессуального права, указывает на применение судами норм права, не подлежащих применению при рассмотрении настоящего дела.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации от 12.03.2018 № 305-ЭС17-20515 производство по настоящему делу приостановлено до вступления в законную силу определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, принятого по результатам рассмотрения дела № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Определением Верховного Суда Российской Федерации от 18.07.2018 № 305-ЭС17-20515 производство по делу возобновлено.

Согласно положениям части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) кассационная жалоба подлежит передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, если изложенные в ней доводы подтверждают наличие существенных нарушений норм материального права и (или) норм процессуального права, повлиявших на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Оснований для пересмотра принятых по настоящему делу судебных актов в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не установлено.

При рассмотрении настоящего дела суды указали на то, что спорный договор фактически основан на контрактных обязательствах с государственным унитарным предприятием «Московский метрополитен».

Такие обязательства связаны с формированием цены договора и порядком оплаты на основании территориальных сметных нормативов для города Москвы, осуществлением платежей после поступления денежных средств от государственного унитарного предприятия «Московский метрополитен», согласованием договора с Департаментом строительства города Москвы.

Суды, установив, что спор, рассмотренный третейским судом, возник из отношений, регулируемых, в том числе, нормами законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, указали, что такие споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Поскольку основной целью отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, субъектами которых выступают не только государственные заказчики, подрядчики, субподрядчики (статьи 30, 34, 94–95, 101 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 22.03.2013 № 44-ФЗ), яв-

ляется, в конечном счете, обеспечение публичных нужд, контракты, заключаемые в соответствии нормами законодательства, регулирующие такие отношения, должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, контроля общества за расходованием публичных средств и их эффективным использованием, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить указанные выше цели, в том числе и в процессе исполнения указанных выше контрактных обязательств.

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

Вывод судов, в соответствии с которым спор сторон настоящего дела не может быть предметом третейского разбирательства, был сделан в результате исследования и оценки судами юридических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения вопроса о нарушении основополагающих принципов российского права в случае рассмотрения таких споров третейским судом, а также с учетом оценки фактических обстоятельств, свидетельствующих о наличии существенной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О).

Учитывая изложенные обстоятельства, при вынесении судебных актов по настоящему делу судами не допущено существенное нарушение норм права, которое повлияло на исход дела и которое согласно норме части 1 статьи 291.11 Кодекса может быть основанием для компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации как высшей судебной инстанции государства. Также отсутствует второй критерий компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет.

При таких обстоятельствах доводы заявителя не могут служить основанием для передачи заявления на рассмотрение в порядке кассационного производства Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 291.1, 291.6 и 291.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судья Верховного Суда Российской Федерации

ОПРЕДЕЛИЛ:

в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации отказать.

Судья Верховного Суда
Российской Федерации

Н.В. Павлова

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-22547

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

27.07.2018

Судья Верховного Суда Российской Федерации Павлова Н.В., изучив с материалами истребованного дела кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» (г. Москва; далее – АО «Мосинжпроект», заявитель) на определение Арбитражного суда города Москвы от 28.08.2017 по делу № А40-79471/2017 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.10.2017 по тому же делу по заявлению АО «Мосинжпроект» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» от 23.12.2015 по делу № 254/2014, при участии в деле в качестве заинтересованного лица акционерного общества «УСК МОСТ» (г. Москва; далее – АО «УСК МОСТ»),

УСТАНОВИЛ:

23.12.2015 Третейский суд строительных организаций города при автономной некоммерческой организации «Центр юридической поддержки строительных организаций города» (далее – третейский суд) вынес решение по делу № 254/2014 по иску АО «Мосинжпроект» о взыскании с АО «УСК МОСТ» суммы неустойки за нарушение сроков прохождения контрольных точек по контракту от 16.09.2011 № 11-1004СМР в размере 4 287 825,57 рублей, также расходов по уплате третейского сбора в размере 200 000 рублей. В остальной части исковых требований отказано.

Основанием для обращения в третейский суд явилось наличие третейской оговорки в пункте 19.3 контракта от 16.09.2011 № 11-1004СМР на выполнение подрядных работ по строительству участка Таганско-Краснопресненской линии метрополитена от станции «Выхино» до станции «Жулебино», согласно которой все споры, разногласия или требования, возникающие из контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в АНО «Третейский суд при строительных организациях города» в соответствии с его Регламентом, решение которого является окончательным и обязательным к исполнению для сторон.

Контракт от 16.09.2011 № 11-1004СМР заключен на основании контракта на разработку рабочей документации и строительство линии метрополитена, в соответствии с которым заказчиком-генподрядчиком является АО «Мосинжпроект», а инвестором-застройщиком – государственное унитарное предприятие «Московский метрополитен».

В связи с отказом АО «УСК МОСТ» исполнить решение третейского суда в добровольном порядке, АО «Мосинжпроект» обратил[о]сь с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в Арбитражный суд города Москвы.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 28.08.2017, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 17.10.2017, в удовлетворении заявленных требований отказано.

АО «Мосинжпроект» обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации. В жалобе заявитель ссылается на нарушение судами норм материального и процессуального права, указывает на применение судами норм права, не подлежащих применению при рассмотрении настоящего дела.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации от 12.04.2018 № 305-ЭС17-22547 производство по делу приостановлено до вступления в законную силу определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, принятого по результатам рассмотрения дела № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации от 18.07.2018 № 305-ЭС17-22547 производство по делу возобновлено.

Согласно положениям части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) кассационная жалоба подлежит передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, если изложенные в ней доводы подтверждают наличие существенных нарушений норм материального права и (или) норм процессуального права, повлиявших на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Оснований для пересмотра принятых по настоящему делу судебных актов в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не установлено.

При рассмотрении настоящего дела суды указали на то, что спорный договор фактически основан на контрактных обязательствах с государственным унитарным предприятием «Московский метрополитен».

Такие обязательства связаны с формированием цены договора и порядком оплаты на основании территориальных сметных нормативов для города Москвы, осуществлением платежей после поступления денежных средств от государственного унитарного предприятия «Московский метрополитен», согласованием договора с Департаментом строительства города Москвы, а также с необходимостью открытия для субподрядчика как участника бюджетного процесса отдельного лицевого счета в Департаменте финансов города Москвы.

Суды, установив, что спор, рассмотренный третейским судом, возник из отношений, регулируемых, в том числе, нормами законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, указали, что такие споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Поскольку основной целью отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, субъектами которых выступают не только государственные заказчики, подрядчики, субподрядчики (статьи 30, 34, 94–95,

101 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 22.03.2013 № 44-ФЗ), является, в конечном счете, обеспечение публичных нужд, контракты, заключаемые в соответствии нормами законодательства, регулирующие такие отношения, должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, контроля общества за расходованием публичных средств и их эффективным использованием, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить указанные выше цели, в том числе и в процессе исполнения указанных выше контрактных обязательств.

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

Вывод судов, в соответствии с которым спор сторон настоящего дела не может быть предметом третейского разбирательства, был сделан в результате исследования и оценки судами юридических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения вопроса о нарушении основополагающих принципов российского права в случае рассмотрения таких споров третейским судом, а также с учетом оценки фактических обстоятельств, свидетельствующих о наличии существенной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О).

Учитывая изложенные обстоятельства, при вынесении судебных актов по настоящему делу судами не допущено существенное нарушение норм права, которое повлияло на исход дела и которое согласно норме части 1 статьи 291.11 Кодекса может быть основанием для компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации как высшей судебной инстанции государства. Также отсутствует второй критерий компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет.

При таких обстоятельствах доводы заявителя не могут служить основанием для передачи заявления на рассмотрение в порядке кассационного производства Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 291.1, 291.6 и 291.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судья Верховного Суда Российской Федерации

ОПРЕДЕЛИЛ:

в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации отказать.

Судья Верховного Суда
Российской Федерации

Н.В. Павлова

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-ЭС17-7231

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

27.07.2018

Судья Верховного Суда Российской Федерации Павлова Н.В., изучив с материалами истребованного дела кассационную жалобу акционерного общества «Мосинжпроект» (г. Москва) на решение Арбитражного суда города Москвы от 22.06.2016 по делу № А40-242465/2015, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2016 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.03.2017 по тому же делу по иску акционерного общества «БалтСтрой» (г. Санкт-Петербург; далее – АО «БалтСтрой») к акционерному обществу «Мосинжпроект» (далее – АО «Мосинжпроект») о признании договора от 16.08.2013 № 479-0713-ЗППП-1н недействительным в части пункта 20.3, содержащего третейскую оговорку,

УСТАНОВИЛ:

16.08.2013 года между АО «БалтСтрой» и АО «Мосинжпроект» был заключен договор № 479-0713-ЗППП-1н на выполнение подрядных работ основного этапа по объекту: «Замоскворецкая линия Московского метрополитена «Строительство станции метро «Технопарк».

Договор от 16.08.2013 № 479-0713-ЗППП-1н заключен в рамках исполнения Контракта от 16.09.2011 № 1 между государственным унитарным предприятием «Московский метрополитен» и АО «Мосинжпроект».

В абзаце 1 пункта 20.3 главы 20 договора стороны определили, что все споры, разногласия и требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Автономной некоммерческой организации «Третейский суд строительных организаций города» в соответствии с его Регламентом, решение которого является окончательным и обязательным к исполнению для сторон.

АО «БалтСтрой» обратилось с иском в арбитражный суд, полагая, что указанный пункт договора, содержащий третейскую оговорку, является недействительным, поскольку не соответствует положениям действующего законодательства.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 22.06.2016, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2016 и по-

становлением Арбитражного суда Московского округа от 20.03.2017, исковые требования удовлетворены.

В кассационной жалобе, поданной в Верховный Суд Российской Федерации, АО «Мосинжпроект» просит отменить судебные акты, принятые по настоящему делу, ссылаясь на неправильное толкование судами при рассмотрении настоящего дела норм Гражданского кодекса Российской Федерации, Бюджетного кодекса Российской Федерации и Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Определением Верховного Суда Российской Федерации от 25.09.2017 производство по кассационной жалобе АО «Мосинжпроект» по настоящему делу было приостановлено до вступления в законную силу определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, принятого по результатам рассмотрения дела № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Определением Верховного Суда Российской Федерации от 18.07.2018 производство по настоящему делу возобновлено.

Согласно положениям части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) кассационная жалоба подлежит передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, если изложенные в ней доводы подтверждают наличие существенных нарушений норм материального права и (или) норм процессуального права, повлиявших на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Оснований для пересмотра принятых по настоящему делу судебных актов в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не установлено.

При рассмотрении настоящего дела суды указали на то, что спорный договор фактически основан на контрактных обязательствах с государственным унитарным предприятием «Московский метрополитен».

Такие обязательства связаны с формированием цены договора и порядком оплаты на основании территориальных сметных нормативов для города Москвы, осуществлением платежей после поступления денежных средств от государственного унитарного предприятия «Московский метрополитен», согласованием договора с Департаментом строительства города Москвы, а также с необходимостью открытия для субподрядчика как участника бюджетного процесса отдельного лицевого счета в Департаменте финансов города Москвы.

Поскольку основной целью отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, субъектами которых выступают государственные заказчики, подрядчики, субподрядчики (статьи 30, 34, 94–95, 101 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 22.03.2013 № 44-ФЗ), является, в конечном счете, обеспечение публичных нужд, контракты, заключаемые в соответствии нормами законодательства, регулирующие такие отношения, должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, контроля общества за расходованием публичных средств и их эффективным

использованием, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить указанные выше цели, в том числе и в процессе исполнения указанных выше контрактных обязательств.

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств.

Таким образом, выводы судов, в соответствии с которыми споры, возникающие из договора от 16.08.2013 № 479-0713-ЗПП-1н, не могут быть предметом третейского разбирательства, а пункт договора, содержащий третейскую оговорку, является недействительным, были сделаны в результате исследования и оценки судами юридических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения вопроса о нарушении основополагающих принципов российского права в случае рассмотрения указанных споров третейским судом, а также с учетом оценки фактических обстоятельств, свидетельствующих о наличии существенной публично-правовой специфики характера спорных правоотношений (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О).

Учитывая изложенные обстоятельства, при вынесении судебных актов по настоящему делу судами не допущено существенное нарушение норм права, которое повлияло на исход дела и которое согласно норме части 1 статьи 291.11 Кодекса может быть основанием для компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации как высшей судебной инстанции государства. Также отсутствует второй критерий компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет.

При таких обстоятельствах доводы заявителя не могут служить основанием для передачи заявления на рассмотрение в порядке кассационного производства Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьями 291.1, 291.6 и 291.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судья Верховного Суда Российской Федерации

ОПРЕДЕЛИЛ:

в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации отказать.

Судья Верховного Суда
Российской Федерации

Н.В. Павлова

ВЕРХОВНЫЙ СУД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

№ 305-КГ17-20980

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва

30.07.2018

Судья Верховного Суда Российской Федерации Павлова Н.В., изучив с материалами истребованного дела кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Проектно-монтажная компания Сибири» (г. Красноярск; далее — ООО «ПМК Сибири», заявитель) на определение Арбитражного суда города Москвы от 23.06.2017 по делу № А40-28167/2017 и постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.09.2017 по тому же делу по заявлению ООО «ПМК Сибири» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда при Российском союзе промышленников и предпринимателей от 11.11.2016 по делу № ТС-86/2016-796,

при участии в деле в качестве заинтересованного лица публичного акционерного общества «Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы» (г. Москва; далее — ПАО «ФСК ЕЭС», заинтересованное лицо),

УСТАНОВИЛ:

11.11.2016 Третейским судом при Российском союзе промышленников и предпринимателей принято решение по делу № ТС-86/2016-796 о взыскании с ПАО «ФСК ЕЭС» в пользу ООО «ПМК Сибири» задолженности в размере 7 920 881,58 рублей, расходов по оплате третейского сбора в размере 300 000 рублей.

Предметом исследования Третейского суда являлось рассмотрение спора, связанного с исполнением сторонами договора от 04.06.2014 № 211-14 на разработку проектной документации, рабочей документации и технической части конкурсной документации по титулу: «Реконструкция В Л 220 кВ Означенное — Означенное-районная I цепь, ВЛ 220 кВ Означенное — Означенное-районная II цепь, ВЛ 220 кВ Шушенская-опорная — Означенное-районная с отпайкой на Майнскую ГЭС I цепь, ВЛ 220 кВ Шушенская-опорная — Означенное-районная с отпайкой на Майнскую ГЭС II цепь (увеличение пропускной способности)».

Согласно пунктам 13.3 и 13.5 договора все споры, разногласия и требования, возникающие из договора или в связи с ним, в том числе связанные с его заключением, изменением, исполнением, нарушением, расторжением, прекращением и действительностью, стороны будут разрешать в претензионном порядке. Срок ответа на претензию — 15 (пят-

надцать) календарных дней с даты получения подрядчиком соответствующей претензии. В случае невозможности урегулировать споры, разногласия и требования в претензионном порядке, такие споры, разногласия и требования подлежат разрешению в Третейском суде при Российском союзе промышленников и предпринимателей (г. Москва) в соответствии с его прав[ил]ами, действующими на дату подачи искового заявления. Решения Третейского суда при Российском союзе промышленников и предпринимателей (г. Москва) являются обязательными, окончательными и оспариванию не подлежат.

В нарушение возложенных на ПАО «ФСК ЕЭС» обязанностей по исполнению указанного решения третейского суда заинтересованное лицо не исполнило данное решение, в связи с чем заявитель обратился в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение названного решения третейского суда.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 23.06.2017, оставленным без изменения постановлением Арбитражного суда Московского округа от 26.09.2017, в удовлетворении заявления ООО «ПМК Сибири» отказано.

ООО «ПМК Сибири» обратилось с кассационной жалобой в Верховный Суд Российской Федерации. В жалобе заявитель ссылается на нарушение судами норм материального права, указывает на применение судами норм права, не подлежащих применению при рассмотрении настоящего дела.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации от 28.03.2018 № 305-КГ17-20980 производство по делу приостановлено до вступления в законную силу определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, принятого по результатам рассмотрения дела № А40-165680/2016 Арбитражного суда города Москвы в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Определением судьи Верховного Суда Российской Федерации от 18.07.2018 № 305-КГ17-20980 производство по делу возобновлено.

Согласно положениям части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – Кодекс) кассационная жалоба подлежит передаче для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, если изложенные в ней доводы подтверждают наличие существенных нарушений норм материального права и (или) норм процессуального права, повлиявших на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Оснований для пересмотра принятых по настоящему делу судебных актов в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации не установлено.

Спорные отношения возникли в период действия Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Нормы указанного закона, как и нормы нового регулирования (Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и статья 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) в совокупности с иными нормами законодательства не соответствовали в полной мере критерию правовой определенности в части регулирования арбитрабельности споров, в том числе в отношениях с публичным

элементом, при осуществлении публичных закупок для государственных нужд или при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц.

Ввиду отсутствия правовой определенности в нормах закона по указанным выше отношениям, судебные акты судов по делам данной категории не носили единообразного характера (например, дела № А40-12265/2017, № А40-12416/2017, № А40-168405/2016, № А40-181000/2016, № А40-168457/2016).

В связи с этим пробел правового регулирования восполнялся судебной практикой высшей судебной инстанции (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.01.2014 № 11535/13, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12.04.2018 № 865-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240).

Таким образом, в условиях отсутствия правовой определенности в нормах закона, до ее установления в судебных актах высшей судебной инстанции, отсутствовало единообразие судебной практики по вышеуказанной проблеме. Следовательно, учитывая вышеизложенные обстоятельства, выводы, к которым пришли суды при вынесении судебных актов по настоящему делу, не свидетельствуют о наличии существенной судебной ошибки, которая может быть признана достаточным основанием для отмены или изменения Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации судебных актов в порядке кассационного производства в соответствии с нормами части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, согласно которым такими основаниями являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Также отсутствует второй элемент компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет.

При таких обстоятельствах доводы заявителя не могут служить основанием для передачи заявления на рассмотрение в порядке кассационного производства Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 291.6, 291.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, судья

ОПРЕДЕЛИЛ:

в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации отказать.

Судья Верховного Суда
Российской Федерации

Н.В. Павлова

А.Н. Хизунова,

LL.M., старший юрист коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»,

А.О. Дорджиева,

юрист коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»¹

Россия и Украина в ВТО: решение по спору о мерах в отношении импорта железнодорожного оборудования и его частей

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.279>

30 июля 2018 г. было опубликовано решение третейской группы ВТО по первому спору, инициированному Украиной против России. Украина посчитала, что ряд мер России привел к ограничению импорта в Россию железнодорожного оборудования и его частей из Украины. Рассматривая спор почти три года, третейская группа ВТО в итоге отказала Украине в большей части ее требований, признав правомерность соответствующих действий России. Оба государства — участника спора вовне позиционируют итоги данного спора в качестве своей победы, что в целом соответствует тенденции по рассмотрению споров в рамках ВТО не признавать полной правоты за стороной спора. Непросто оценить, кто в этом споре действительно выиграл, а кто проиграл. Победой именно для российской стороны можно считать то, что третейская группа ВТО согласилась с отсутствием систематического ограничения импорта со стороны России. В рамках настоящей статьи осуществлен юридический анализ основных доводов решения третейской группы ВТО по данному спору.

Ключевые слова: Всемирная торговая организация (ВТО); Орган по разрешению споров ВТО; меры в отношении импорта железнодорожного оборудования и его частей; Украина; Россия; Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ); Соглашение ВТО по техническим барьерам в торговле; подобные товары; неписаная мера по систематическому ограничению импорта.

Библиографическое описание: Хизунова А.Н., Дорджиева А.О. Россия и Украина в ВТО: решение по спору о мерах в отношении импорта железнодорожного оборудования и его частей // Вестник международного коммерческого арбитража. 2018. № 1(16). С. 279–291. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.279>

¹ Авторы выражают благодарность А.И. Муранову за рекомендации и исправления, предложенные в ходе подготовки настоящего материала.

Alexandra N. Khizunova,

LL.M., Senior Associate
at *Muranov, Chernyakov & Partners*
Law Firm,

Alexandra O. Dordzhiyeva,

Associate at *Muranov, Chernyakov & Partners*
Law Firm

Russia and Ukraine in the WTO: Report on Dispute over Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof

On July 30, 2018 the WTO panel report on the first dispute initiated by Ukraine against Russia was released. Ukraine submitted that a series of measures applied by Russia led to the importation of railway equipment and parts thereof from Ukraine to Russia being prevented. Having considered the dispute for almost three years, eventually the WTO panel rejected the bulk of Ukraine's claims, accepting the conformity of the relevant Russian actions. Both states party to the dispute present the results of the dispute as a success as generally happens with the resolution of disputes within WTO as they tend not to cede total victory to either party of the dispute. It is hard to assess which party actually prevailed in the dispute and which party lost. For the Russian party in particular, victory comprises the conclusion by the WTO panel that no systematic prevention of imports on the part of Russia took place. The article focuses on a legal analysis of the key findings made by the WTO panel in the report on that dispute.

Keywords: World Trade Organization (WTO); WTO Dispute Settlement Body; measures affecting the importation of railway equipment and parts thereof; Ukraine; Russia; General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); Agreement on Technical Barriers to Trade; like products; unwritten systematic measure.

Recommended citation: Alexandra N. Khizunova & Alexandra O. Dordzhiyeva, *Rossiya i Ukraina v VTO: resheniye po sporu o merakh v otnoshenii importa zheleznodorozhnogo oborudovaniya i yego chastey* [Russia and Ukraine in the WTO: Report on Dispute over Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof], 2018(1) Int'l Com. Arb. Rev. 279. <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.279>

30 июля 2018 г. Всемирная торговая организация (World Trade Organization (WTO)) (далее – ВТО) отказала в большей части требований Украины касательно действий России, приведших к ограничению импорта в нее железнодорожного оборудования и его частей² из Украины.

² Как следует из сообщения Департамента торговых переговоров Министерства экономического развития РФ от 30 июля 2018 г. (Россия выигрывает второй спор в ВТО (<http://economy.gov.ru/minec/about/structure/deporg/201830072>)), спор охватывал следующие товары: вагоны для сыпучих грузов, вагоны-платформы, вагоны для зерна, тележки двухосные для грузовых вагонов, переводы стрелочные, переводы стрелочные двойные перекрестные, комплекты ремонтные переводов стрелочных, крестовины с неупрочненными сердечниками переводов

Большей, но не всех (об этом моменте российские СМИ сообщали не всегда³).

Рассмотрение спора заняло почти три года: Украина обратилась в Орган по разрешению споров ВТО с просьбой о проведении консультаций в рамках ВТО из-за ограничений, введенных Россией еще 21 октября 2015 г. Это был первый спор, инициированный Украиной против России по линии ВТО.

Как указала Украина, в результате действий России объем поставляемой Украиной (поставщиками из Украины) в Россию железнодорожной продукции сократился с 1,7 млрд долл. США в 2013 г. до 600 млн долл. США в 2014 г. и до 110 млн долл. США в 2015 г.

10 ноября 2016 г. в связи с недостижением согласия по спорным вопросам в ходе процедуры консультаций Украина попросила о создании специальной третейской группы, которая была сформирована 2 марта 2017 г.

Третейская группа ВТО отказала Украине в большей части ее требований, поддержав соответствующие аргументы России и признав правомерность ряда ее действий.

Окончательное решение третейской группы ВТО от 30 июля 2018 г. доступно для ознакомления на официальном сайте ВТО⁴.

1. Предыстория

Спорная ситуация возникла в связи с установлением в России новых правил обращения железнодорожной продукции на российском рынке, в том числе требований по ее сертификации, которые привели, по мнению Украины, к неоправданному и незаконному ограничению поставок соответствующих товаров из Украины.

Так, 15 июля 2011 г. Решением Комиссии Таможенного Союза (далее – ТС) № 710⁵ был принят ряд технических регламентов, касающихся безопасности железнодорожного транспорта и его инфраструктуры (далее – Регламенты)⁶.

стрелочных, крестовины с неупрочненными сердечниками переводов стрелочных двойных перекрестных, крестовины с неупрочненными сердечниками пересечений глухих, крестовины с неупрочненными сердечниками переводов стрелочных и съездов, пересечения глухие, болты для соединения рельсов и острижков переводов стрелочных с подрельсовым основанием, болты для соединения деталей перевода стрелочного между собой, подкладки с подушками на сварном соединении для переводов стрелочных на деревянных брусках, подкладки с подушками на сварном соединении для переводов стрелочных на железобетонных брусках, уравнильные стыки, сбрасыватели тормозных башмаков, острижки переводов стрелочных обыкновенных, двойных перекрестных типов.

³ См., например: Россия выиграла у Украины спор в ВТО по вагонам (<https://www.mk.ru/politics/2018/07/30/rossiya-vyigrala-u-ukrainy-spor-v-vto-po-vagonam.html>).

⁴ Russia – Measures Affecting the Importation of Railway Equipment and Parts Thereof: Final Report of the Panel (WT/DS499/R) (30 July 2018) (https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds499_e.htm).

⁵ http://www.tsouz.ru/KTS/KTS29/Pages/R_710.aspx

⁶ До создания Евразийского экономического союза (далее – ЕАЭС) Республика Беларусь, Республика Казахстан и Российская Федерация образовывали ТС с единой таможенной территорией и единым нормативным регулированием. ЕАЭС по своей сути является следующей формой взаимной интеграции государств-членов, пришедшей на смену ТС, а также Единому экономическому пространству.

ЕАЭС был создан на основании Договора о ЕАЭС от 29 мая 2014 г. и начал функционировать с 2015 г. На данный момент его членами являются Республика Беларусь, Республика Казахстан, Республика Армения, Кыргызская Республика и Российская Федерация.

С момента создания ЕАЭС некоторые акты ТС утратили силу, часть их, будучи имплементированной в правовую систему ЕАЭС, продолжает действовать, а иная их часть сохраняет силу до тех пор, пока в рамках ЕАЭС не будут приняты новые соответствующие акты. В частности, указанное Решение Комиссии ТС и прилагаемые к нему Регламенты сохраняют свое действие.

Для удобства изложения с учетом содержания Окончательного решения третейской группы используется термин «ТС».

Согласно Регламентам, к обращению на рынке государств – членов ТС (ЕАЭС) допускаются только те товары, в отношении которых подтверждено их соответствие требованиям Регламентов. Такое подтверждение соответствия продукции осуществляется в формах сертификации и принятия деклараций о соответствии. Работы по подтверждению соответствия осуществляют аккредитованные органы, включенные в Единый реестр органов по сертификации и испытательных лабораторий (центров) ТС (ЕАЭС). Сведения о выданных сертификатах и декларациях подлежат внесению в Единый реестр выданных сертификатов соответствия и зарегистрированных деклараций о соответствии.

Регламенты вступили в силу 2 августа 2014 г. (через три года с даты их официального опубликования⁷). При этом, согласно правилу, закрепленному в Регламентах, все ранее выданные сертификаты соответствия железнодорожной продукции действовавшим прежде обязательным требованиям продолжали действовать до окончания срока их действия, но не дольше, чем до 2 августа 2017 г.

2. Требования Украины

По мнению Украины, после вступления в силу Регламентов Россия систематически неправомерно ограничивала импорт железнодорожной продукции из Украины. Претензии Украины к России касались следующих трех категорий мер.

Во-первых, с 2014 г. Россия, по мнению Украины, препятствовала получению сертификатов соответствия продукции из Украины: такие заявки со стороны предприятий Украины систематически отклонялись российскими компетентными органами или возвращались без рассмотрения. Так, Россией были вынесены два решения о возвращении заявок и одно решение об аннулировании заявки (в связи с некомплектностью поданных с заявкой документов) (п. 7.596 Окончательного решения третейской группы).

К тому же с 2014 г. Россией систематически приостанавливалось действие ряда выданных предприятиям Украины (до вступления в силу Регламентов) сертификатов соответствия железнодорожной продукции действовавшим прежде требованиям. Так, Украина указала на то, что за 2014–2015 гг. Россией было выдано 14 предписаний о приостановлении действия ранее выданных предприятиям Украины сертификатов соответствия (п. 7.236 Окончательного решения третейской группы).

По мнению Украины, в результате препятствования в получении новых сертификатов соответствия и приостановления действия ранее выданных Россией были нарушены следующие нормы ВТО:

- ст. 5.1.1 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле (Agreement on Technical Barriers to Trade (ТВТ Agreement)), так как в результате распространения на предприятия из Украины требований оценки указанной продукции товарам предприятий из Украины был предоставлен менее благоприятный режим, чем для продукции из иных стран и самой России;
- ст. 5.1.2 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле, так как российские процедуры оценки соответствия продукции создавали излишние препятствия для международной торговли, являлись более строгими, чем необходимо;
- ст. 5.2.2 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле, так как Россия не проводила оценку соответствия продукции из Украины надлежащим образом

⁷ Решение с прилагаемыми к нему Регламентами были опубликованы на официальном сайте Комиссии ТС в сети «Интернет» 2 августа 2011 г.

и не доводила наиболее ясно и исчерпывающе результаты оценки соответствия до сведения украинских поставщиков.

Россия не признала требования Украины, указав, что приостанавливала действие ранее выданных сертификатов и отказывала в выдаче новых в силу объективных обстоятельств. Так, для того чтобы сертификаты продолжали действовать, необходимо было проводить регулярный инспекционный контроль (по меньшей мере раз в год), который должен был осуществляться в том числе с выездом на территорию предприятий – изготовителей сертифицированной продукции (п. 7.234 Окончательного решения третейской группы). Проведение аналогичных инспекций было необходимо и для выдачи новых сертификатов соответствия. Однако в связи с политической ситуацией на Украине Россия не имела возможности направлять туда представителей уполномоченных органов по сертификации для проведения соответствующих инспекций ввиду риска для жизни и здоровья инспекторов (при этом Украина возражала против данного довода, представляя статистику посещения Украины российскими гражданами (п. 7.337–7.339 Окончательного решения третейской группы)).

Во-вторых, Украина требовала признать неправомерными действия России по отказу в признании сертификатов соответствия, выданных украинским производителям железнодорожной продукции иными, чем Россия, государствами – членами ТС (Беларусь и Казахстан). Так, Украина указала на то, что российскими органами власти было принято официальное решение не признавать сертификаты соответствия украинской железнодорожной продукции, выданные в иных государствах – членах ТС (п. 7.811 Окончательного решения третейской группы). Данное решение было включено в Протокол Министерства транспорта РФ № А 4-3 от 20 января 2015 г. и в решения (письма) Федерального агентства железнодорожного транспорта.

При этом Регламенты устанавливают единые правила сертификации для всех государств – членов ТС (ЕАЭС). Следовательно, продукция, прошедшая оценку соответствия в одном государстве – члене ТС (ЕАЭС), соответствует требованиям по сертификации для всех государств – членов ТС (ЕАЭС). Более того, в настоящее время действует ст. 53 Договора о ЕАЭС, в которой установлено (абзац первый п. 2), что продукция, прошедшая все необходимые процедуры оценки соответствия техническим регламентам, выпускается в обращение на территории всего ЕАЭС.

По мнению Украины, описанные действия России нарушали следующие положения норм права ВТО:

- ст. 2.1 и 5.1.1 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле, так как Россия при применении Регламентов и проведении процедур оценки соответствия предоставляла украинским железнодорожным товарам менее благоприятный режим, чем национальным товарам и товарам, происходящим из иных стран.

Так, в ст. 2.1 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле закреплен тест из трех составляющих для установления нарушения национального режима (т.е. режима предоставления равных условий как товарам национального происхождения, так и товарам из других стран – членов ВТО), а именно:

- 1) мера, составляющая предмет спора, должна являться техническим регулированием (техническим регламентом);
- 2) рассматриваемые импортируемые и национальные товары должны являться подобными товарами (like products);

3) режим, предоставляемый импортируемым товарам, должен быть менее благоприятным, чем режим, предоставляемый товарам национального происхождения⁸.

Ссылаясь на второй компонент данного теста, приведенного в докладе Апелляционного органа ВТО по делу *US – Clove Cigarettes*, Россия заявляла, что в просьбе об учреждении третейской группы Украина не идентифицировала должным образом подобные импортируемые товары и товары национального происхождения, с которыми должна была сравниваться поставляемая Украиной железнодорожная продукция (п. 7.65–7.67 Окончательного решения третейской группы).

Следовательно, по мнению России, просьба Украины об учреждении третейской группы не соответствовала ст. 6(2) Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, и не охватывалась полномочиями третейской группы, поскольку не содержала необходимого изложения правовой основы обращения в части требований, основанных на ст. 2.1 и ст. 5.1.1 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле, а также иным положениям соглашений ВТО, приведенным ниже.

В связи с данным доводом России третейская группа отметила, что в соответствии со ст. 6.2 Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, для соблюдения требования о приведении правовой основы в просьбе об учреждении третейской группы должна быть описана ясная связь оспариваемых мер с предполагаемыми нарушениями положений норм ВТО (п. 7.71 Окончательного решения третейской группы).

Третейская группа не согласилась с толкованием Россией дела *US – Clove Cigarettes* в части необходимости указания в просьбе об учреждении третейской группы именно конкретных подобных товаров национального происхождения и подобных импортируемых товаров, с которыми должно производиться сравнение товаров из страны, подавшей обращение (жалобу) в ВТО.

В частности, было отмечено, что при рассмотрении дела *US – Clove Cigarettes* третейская группа не рассматривала вопрос о том, что для целей соблюдения требований ст. 6.2 Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, подобные товары должны быть идентифицированы. В указанном деле третейская группа устанавливала, должна ли она при оценке «подобных продуктов» ограничиваться продукцией национального происхождения, обозначенной стороной, обратившейся с жалобой в Орган по разрешению споров ВТО (п. 7.73 Окончательного решения третейской группы).

Третейская группа отметила, что не находит в практике предшествующих докладов третейских групп или Апелляционного органа ВТО позиций в поддержку довода России о необходимости идентификации подобных товаров национального происхождения и подобных импортируемых товаров в контексте ясного описания правовой основы жалобы (обращения) (п. 7.75 Окончательного решения третейской группы). Отсутствие идентификации продукции российского происхождения и продукции из других государств – членов ВТО не сказывается на ясном описании вопроса в просьбе Украины об учреждении третейской группы и на способности России знать, по какому делу заявлять возражения;

- ст. 5.1.2 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле, так как российские процедуры оценки соответствия продукции создавали излишние препятствия для международной торговли, являлись более строгими, чем необходимо;
- ст. I:1 и III:4 Генерального соглашения по тарифам и торговле (General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)) ВТО 1994 г. (далее – ГАТТ 1994), так как Россия, отказывая в признании сертификатов, выданных украинским товарам иными стра-

⁸ United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes: Report of the Appellate Body (WT/DS406/AB/R), ¶ 87 (4 April 2012) (<https://goo.gl/Ei8vbj>).

нами — членами ТС, предоставляла им менее благоприятный режим, чем национальным товарам и товарам из третьих стран, тем самым нарушая режим наиболее благоприятствуемой нации и национальный режим;

- ст. X:3(a) ГАТТ 1994, так как Россия не применяла свои законы единообразным, беспристрастным и разумным способом.

Россия в свою очередь не согласилась с заявленными Украиной претензиями, указав, что не принимала официальные обязательные решения о непризнании сертификатов, выданных в отношении украинских железнодорожных товаров иными государствами — членами ТС. Так, ни соответствующие решения Федерального агентства железнодорожного транспорта, ни соответствующий Протокол Министерства транспорта РФ не являются актами нормативно-правового характера. Решения агентства носят индивидуальный характер и были приняты в отношении конкретных ситуаций (п. 7.831, 7.850, 7.851 Окончательного решения третейской группы). Что касается Протокола Министерства транспорта РФ, то в нем просто отражались необязательные мнения участников встречи, проведенной в январе 2015 г.

К тому же ни Министерство транспорта РФ, ни Федеральное агентство железнодорожного транспорта не уполномочены принимать решения о действительности или недействительности сертификатов, так как для этого есть специальные процедуры (п. 7.851 Окончательного решения третейской группы).

В-третьих, Украина указала, что все описанные выше действия России привели к систематическим ограничениям импорта железнодорожной продукции из Украины на территорию России (п. 7.950 Окончательного решения третейской группы), что, в свою очередь, является самостоятельным нарушением ст. I:1 ГАТТ 1994, т.е. режима наиболее благоприятствуемой нации. При этом такие количественные ограничения в отношении Украины носили дискриминационный характер, поскольку они не применялись ни к каким иным странам, что также нарушало ст. XIII:1 ГАТТ 1994.

По мнению Украины, подобные действия России привели к количественным ограничениям поставок железнодорожной продукции в иной форме, чем пошлины, налоги и сборы, что запрещено ст. XI:1 ГАТТ 1994.

При этом Украина квалифицировала данную меру как неписаную, заявляя, что ее систематичность проявлялась в ее применении в рамках «системы, плана или организованного подхода» (п. 7.944 Окончательного решения третейской группы).

Россия претензии в систематическом ограничении поставок из Украины отрицала, указывая, что действия по отказу в выдаче сертификатов и приостановлению действия ранее выданных были обусловлены объективными причинами (п. 7.952 Окончательного решения третейской группы). Россия отмечала, что Украина квалифицировала меру как неписаную, систематическую и отделенную от правовых актов, на которых она основана, либо от актов или действий российских государственных органов. При этом Россия соглашалась с Украиной в том, что для подтверждения систематического характера меры требуется обосновать существование плана или организованного подхода (п. 7.946 Окончательного решения третейской группы).

Таким образом, по мнению Украины, Россия нарушила такие принципы ВТО, как режим наибольшего благоприятствования, национальный режим, а также запрет на количественные ограничения.

3. Решение третейской группы ВТО

Третейская группа ВТО отказала в большей части требований Украины касательно неправомерности действий России по приостановлению действия ранее выданных сер-

тификатов соответствия на украинскую железнодорожную продукцию и по отказу в выдаче новых сертификатов соответствия.

В данной части требований были поддержаны аргументы России о невозможности совершения действий, необходимых для выдачи новых сертификатов и подтверждения действия ранее выданных. Так, в связи с политической ситуацией на Украине Россия не могла провести соответствующие инспекции деятельности предприятий – производителей железнодорожной продукции на территории Украины, поскольку такие инспекции могли быть сопряжены с риском для жизни и здоровья российских инспекторов.

В Окончательном решении третейской группы указывается, что при особых обстоятельствах импортирующее государство – член ВТО может сопоставлять при проведении оценки соответствия продукции необходимость соизмерения и обеспечения баланса интересов поставщиков продукции из других государств – членов ВТО с его собственными интересами по защите жизни или здоровья работников, участвующих за рубежом в мероприятиях по оценке соответствия продукции (например, в рамках проведения инспекций). Так, должен иметь место рациональный подход к установлению оснований для обеспечения защиты жизни и здоровья инспекторов, направляемых за рубеж, с учетом общей обстановки в государстве, на территории которого должны проводиться соответствующие инспекции (п. 7.376 Окончательного решения третейской группы). При этом третейская группа ВТО также отметила, что ранее в практике третейских групп ВТО и Апелляционного органа ВТО признавалась важность защиты жизни и здоровья человека⁹.

Вместе с тем третейская группа ВТО частично поддержала позицию Украины и признала неправомерными соответствующие действия России в тех случаях, когда отсутствовала необходимость в проведении очных инспекций путем выезда на территорию предприятий-производителей (применительно к первой указанной выше категории мер об отказе в выдаче новых сертификатов). При этом, по мнению третейской группы, было возможно проведение заочного исследования железнодорожной продукции на соответствие путем экспертизы тестовых образцов и документов.

В отношении первой категории мер третейская группа ВТО в том числе согласилась с Украиной о наличии в действиях России при приостановлении действия 13 из 14 ранее выданных сертификатов соответствия и при отказе в выдаче новых нарушения технических требований, содержащихся в ст. 5.2.2 Соглашения ВТО по техническим барьерам в торговле. Так, Россия по данным эпизодам не доводила результаты оценки до сведения украинских производителей как можно скорее наиболее ясным и исчерпывающим образом.

В части второй категории мер третейская группа ВТО согласилась с требованиями Украины касательно неправомерности действий России по непризнанию сертификатов соответствия украинской продукции, выданных иными государствами – членами ТС. В таких действиях России были найдены признаки нарушения национального режима и режима наибольшего благоприятствования ВТО.

При всем при этом третейская группа ВТО пришла к выводу о недоказанности введения Россией систематических ограничений импорта железнодорожной продукции, т.е. полностью отказала Украине в удовлетворении данной части требований.

⁹ В ст. XX(b) ГАТТ 1994 приведено одно из исключений общего характера для принятия государством – членом ВТО мер, ограничивающих торговлю, а именно мер, необходимых для защиты жизни или здоровья человека, животных и растений. В контексте ст. XX(b) ГАТТ 1994 при рассмотрении дела *EC – Asbestos* (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products: Report of the Appellate Body (WT/DS135/AB/R) (12 March 2001) (<https://go0.gl/3QA5y8>)) в п. 172 Доклада Апелляционного органа ВТО от 5 апреля 2001 г. указывалось, что охрана жизни и здоровья человека критически важна в высшей степени (см. 317 Окончательного решения третейской группы).

Так, бремя доказывания в рамках системы разрешения споров ВТО возложено на сторону, которая приводит утверждение в контексте соответствующего требования или в качестве довода защиты (и такой подход согласуется с общим стандартом доказывания как во многих государствах, так и в международных институтах, рассматривающих споры)¹⁰. Как следует из практики Органа по разрешению споров ВТО, в контексте обоснования существования неписаной меры порог доказывания крайне высок (п. 7.946 Окончательного решения третейской группы). Следовательно, перед Украиной действительно стояла весьма непростая задача – убедить третейскую группу в обоснованности заявления о систематическом ограничении импорта железнодорожной продукции из Украины в Россию.

В Окончательном решении третейской группы подчеркнуто, что для подтверждения систематического характера меры сторона должна представить доказательства того, что такая мера направлена на достижение определенной стратегии или результата и приводится в действие согласно определенной системе, плану или организованному подходу или усилиям (п. 7.947 Окончательного решения третейской группы). Как следует из практики Органа по разрешению споров ВТО, систематичность может подтверждаться применением меры к субъектам экономической деятельности в разнообразных секторах экономики как части организованного подхода или тем, что данная мера координировалась и приводилась в действие высшими эшелонами власти (п. 7.947 Окончательного решения третейской группы)¹¹.

При этом третейская группа отметила, что для подтверждения существования неписаной меры Украина как сторона, обратившаяся в Орган по разрешению споров ВТО, должна представить доказательства, иллюстрирующие наличие следующих трех элементов:

1) применения меры действительно стороной-ответчиком (т.е. государством – членом ВТО) (атрибуция);

¹⁰ United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India: Report of the Appellate Body (WT/DS33/AB/R), p. 14 (25 April 1997) (<https://goo.gl/fz6dZ4>); см. также: *Bossche P. van den, Zdouc W.* The Law and Policy of the World Trade Organization: Text Cases and Materials. 3rd ed. Cambridge University Press, 2013. P. 258.

¹¹ Argentina – Measures Affecting the Importation of Goods: Reports of the Appellate Body (WT/DS438/AB/R, WT/DS444/AB/R, WT/DS445/AB/R), ¶ 5.142 (15 January 2015) (<https://bit.ly/2A9tflZ>) «Нам представляется, что в контексте совместных требований из выводов третейской группы следует, что меры ограничительных торговых требований [ОТР] применяются систематически, в отличие от разового, несвязанного применения отдельных ОТР. Систематическая природа неписаных мер ОТР подтверждается тем и проявляется в том, что ОТР применяются к субъектам экономической деятельности в большом разнообразии различных секторов как часть организованных усилий, координируемых и приводимых в действие высшими эшелонами власти и направленных на достижение замещения импорта и сокращение превышения экспорта над импортом в рамках политики „регулируемой торговли“»; *Russia – Tariff Treatment of Certain Agricultural and Manufacturing Products: Report of the Panel (WT/DS485/R)* (12 August 2016) (<https://goo.gl/XSQUdh>). Согласно п. 7.302–7.311 Доклада Третейской группы от 12 августа 2016 г. ввиду того, что в просьбе об учреждении третейской группы ЕС не приводит явное определение термина «систематическая мера», третейская группа обращалась к определениям термина «систематический» в различных словарях и пришла к следующему выводу:

«7.307. Из этих определений следует, что слово „систематический“ при употреблении с деятельностью, такой как „применение“ определенного тарифного режима, обозначает, что что-то совершается в соответствии с системой, планом или организованным подходом. <...>

<...>

7.311. В более общем смысле мы считаем, что частое повторение деятельности или повторение на регулярной основе не является само по себе „систематической“ деятельностью, поскольку оно необязательно предполагает деятельность, которая осуществляется в соответствии с планом, системой или организованным подходом или усилием. Наблюдаемое повторение может быть случайным, произвольным или таким неопределенным или несвязанным, чтобы давать неверное представление о предположении систематичности. <...> Исходя из вышеизложенного, мы считаем, что термин „систематический“ в формулировке Европейского Союза применительно к „систематическому применению“ или „систематическому изменению пошлины“ не может быть правильно истолкован как „широко распространенный“ или „в большом количестве случаев“. Скорее мы полагаем, что он означает „совершаемый в соответствии с системой, планом или организованным подходом или усилием“.

2) точного содержания такой меры; и
3) иных элементов, следующих из подхода, использованного стороной, подавшей обращение в ВТО, при описании или характеристике меры (п. 7.946 Окончательного решения третейской группы).

К данным иным элементам, как отмечено третейской группой, могут быть отнесены такие, которые иллюстрируют специфическую природу соответствующей меры. Сторона, подающая обращение в Орган по разрешению споров ВТО, может также описать, каким образом различные компоненты меры взаимодействуют совместно в качестве части одной меры и как такая мера существует отдельно от своих компонентов (п. 7.946 Окончательного решения третейской группы).

Доказательства, приведенные Украиной для обоснования предполагаемых систематических ограничений Россией импорта железнодорожной продукции в рамках неписаной меры, подразделялись на две группы, а именно:

1) приостановление действия сертификатов соответствия продукции из Украины, отказы в выдаче новых сертификатов и непризнание сертификатов, выданных в других государствах – членах ТС (ЕАЭС), которые привели к уменьшению возможностей украинских производителей участвовать в торговле на российском рынке в период с 2014 по 2016 гг. (т.е. те меры, которые были описаны ранее в качестве самостоятельных нарушений положений нормативной системы ВТО) (п. 7.949–7.974 Окончательного решения третейской группы);

2) торгово-экономические показатели снижения импорта железнодорожной продукции украинского происхождения в Россию и уменьшения доли импорта украинской продукции на российском рынке в сравнении с импортом из иных государств (п. 7.975–7.988 Окончательного решения третейской группы).

Так, Украина заявила, что в период с 2012 по 2016 гг. имело место снижение импорта железнодорожной продукции в Россию, которое затронуло в большей степени именно продукцию из Украины. Согласно доводу Украины, снижение импорта из Украины составляло 85 % от снижения импорта в Россию железнодорожной продукции из всех источников импорта в Россию (п. 7.975 Окончательного решения третейской группы). В итоге, по данным Украины, это привело к потере 54 % доли Украины в импорте железнодорожной продукции в Россию, в то время как доля импорта из Китая и ЕС возрастала.

Россия возражала, что имел место повсеместный спад импорта железнодорожной продукции в Россию, который затронул импорт из всех стран. Применительно к импорту украинской продукции Россия также объясняла данное снижение иными факторами, такими как сокращение производства железнодорожной продукции на Украине, общий промышленный кризис на Украине, который начался в 2015 г., и снижение спроса на железнодорожную продукцию на российском рынке (п. 7.976 Окончательного решения третейской группы).

Кроме того, Россия отмечала, что рост доли импорта железнодорожной продукции из Китая и ЕС может быть объяснен колебаниями валютного курса. При этом, согласно утверждению России, продукция из Китая и ЕС была не той, что импортировалась из Украины в период с 2014 по 2016 гг. Следовательно, доводы Украины в отношении изменения долей Китая и ЕС на российском рынке, по мнению России, также не подтверждают систематическую природу предполагаемых мер и являются неотносимыми (п. 7.977 Окончательного решения третейской группы).

По итогам анализа экономических показателей третейская группа пришла к выводу, что ввиду доказательств в отношении экономической ситуации на Украине снижение

объема импорта железнодорожной продукции из Украины в Россию могло быть вызвано иными экономическими факторами, а не предполагаемыми систематическими ограничениями импорта (п. 7.988 Окончательного решения третейской группы).

Соглашаясь с недоказанностью Украиной введения Россией систематических ограничений импорта железнодорожной продукции, третейская группа исходила из следующего:

- на основании имеющихся доказательств нельзя было установить, что три элемента предполагаемого систематического ограничения импорта (приостановление действия сертификатов, отказы в выдаче новых сертификатов и непризнание сертификатов, выданных в других государствах – членах ТС (ЕАЭС)) были предназначены, структурированы или использованы в сочетании так, чтобы в итоге они составили отдельную меру по систематическому ограничению импорта железнодорожной продукции в Россию (п. 7.990 Окончательного решения третейской группы). Равным образом из этих доказательств не следовало, что данные элементы составляли часть плана или координируемых усилий, направленных на достижение цели уменьшения импорта продукции украинского происхождения в Россию (п. 7.991 Окончательного решения третейской группы);
- из торгово-экономических показателей, приведенных Украиной, также невозможно было установить существование предполагаемого препятствования импорту. Из имеющихся доказательств не следовало, что причиной снижения импорта из Украины и снижения доли импорта из Украины в Россию, вероятнее всего, было предполагаемое существование систематического препятствования импорту. Третейская группа отметила, что были иные причины, которыми может быть объяснено снижение импорта железнодорожной продукции из Украины в Россию (п. 7.992 Окончательного решения третейской группы).

Таким образом, третейская группа ВТО отказала в большей части требований Украины: не нашла в действиях России признаки систематического ограничения импорта украинского оборудования; признала правомерной большую часть действий России по приостановлению действия ранее выданных сертификатов и отказу в выдаче новых.

Как указано на официальном сайте Минэкономразвития России¹², «[в] Минэкономразвития России выразили удовлетворение указанным решением третейской группы. Оно достаточно справедливо отражает реальное положение дел. По результатам решения России не придется менять основополагающие подходы к работе по сертификации».

В части же удовлетворенных требований Украины на Россию была возложена обязанность по приведению своих действий в соответствие с нормами права ВТО.

Непросто оценить, кто в этом споре действительно выиграл, а кто проиграл. При этом вовне обе стороны нередко преподносят решение как свою победу. Такие заявления делаются на основании того, что третейская группа в части согласилась, а в другой части не согласилась с позицией Украины.

Действительно, можно утверждать, что применительно к двум категориям российских мер (из трех указанных Украиной) третейская группа все же не установила нарушения обязательств ВТО со стороны России (за исключением отдельных процедурных несоответствий со стороны России при отказе в выдаче новых сертификатов и приостановлении действия выданных ранее).

¹² См. сн. 2.

Так, в целом третейская группа все же согласилась, что сертифицировать товары представителями из России на Украине было небезопасно. Данное заключение крайне чувствительно для Украины с имиджевой точки зрения.

Не менее важно также то, что третейская группа не усмотрела в действиях России систематического ограничения импорта железнодорожной продукции из Украины.

Следовательно, несмотря на отдельные выявленные третейской группой ВТО процедурные нарушения в контексте первых двух категорий оспариваемых мер, можно прийти к выводу, что у России больше оснований утверждать о своей «правоте».

Но вместе с тем ключевым для Украины успехом в рамках данного спора можно считать установление нарушений со стороны России в отношении непризнания сертификатов, выданных в иных государствах – членах ТС (ЕАЭС). По идее, это означает, что украинские товары с сертификатами, выданными в них, на российский рынок попадать должны. Будет ли это происходить на практике, пока непонятно.

Однако победой именно для российской стороны можно считать то, что третейская группа согласилась с отсутствием систематического ограничения импорта со стороны России.

Таким образом, по более «масштабному» вопросу (а не в контексте отдельных нарушений) Украина все же проиграла. На данный проигрыш указывается и в публикациях некоторых украинских и иностранных СМИ¹³. В официальном же сообщении Министерства по экономическому развитию и торговли Украины делается упор на то, что ВТО частично поддержала позицию Украины, и указывается, что третейская группа не подтвердила систематическое ограничение импорта со стороны России¹⁴.

В настоящее время украинская сторона знакомится с решением, чтобы оценить необходимость обращения в Апелляционный орган ВТО.

Information about the authors

Alexandra N. Khizunova (Moscow, Russia) – LL.M., Senior Associate at *Muranov, Chernyakov & Partners* Law Firm (23 Denisovskiy Ln., Bldg. 6, Moscow, 105005, Russia; e-mail: a.khizunova@rospravo.ru).

Alexandra O. Dordzhiyeva (Moscow, Russia) – Associate at *Muranov, Chernyakov & Partners* Law Firm (23 Denisovskiy Ln., Bldg. 6, Moscow, 105005, Russia; e-mail: a.dordzhiyeva@rospravo.ru).

¹³ См., например: ВТО отклонила требование Украины признать системность нарушений со стороны РФ в споре об экспорте железнодорожного оборудования (<https://interfax.com.ua/news/economic/521768.html>); Украина проиграла второй спор с Россией в ВТО (<https://biz.nv.ua/economics/ukraina-proihrala-vtoroj-spor-s-rossiej-v-vto-2485431.html>); WTO ruling derails bulk of Ukrainian trade dispute against Russia (<https://www.reuters.com/article/us-russia-ukraine-wto/wto-ruling-derails-bulk-of-ukrainian-trade-dispute-against-russia-idUSKBN1KK1Q2>).

¹⁴ Оприлюднено звіт Групи експертів СОТ у справі України проти Росії щодо обмеження імпорту залізничного обладнання: Група експертів частково підтримала позицію України (<http://www.me.gov.ua/News/Detail?lang=uk-UA&id=1fbd8817-6529-4e99-b7b5-0c26a55724a3&title=OpriludnenoZvitGrupiEkspertivSotUSpraviUkrainiProtiRosiiSchodoObmezheniaImportuZaliznichnogoObladnannia-GrupaEkspertivChastkovoPidtrimalaPozitsiiUkraini>).

ИСТОРИЯ АРБИТРАЖА И МЧП

Если сегодня кто-то хочет понять истинное отношение российского государства к арбитражу, то не нужно мучительно размышлять, строить теории заговора и т.д.

Достаточно вспомнить об истории отечественного права, где также действует все тот же принцип, формулировку которого приписывают Петру Аркадьевичу Столыпину: «В России за 10 лет меняется все, за 200 лет — ничего». Сказано точно, если по меньшей мере посмотреть на отношение государства к третейской сфере.

Приведенная ниже «боевая» статья Сергея Ивановича Раевича, своеобразным образом известного почти 100 назад в советское время юриста, — наглядный тому пример, особенно в контексте арбитрабельности споров из отношений, регулируемых Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», в которых участвуют лица, аффилированные с государством (см. выше с. 134–278).

Высказывания С.И. Раевича так и просятся в уста некоторых судей Верховного Суда РФ для демонстрации их отношения к третейскому разбирательству в российской экономике, которая все более огосударвляется:

«Как хорошо всем известно, наша буржуазия по вполне понятным причинам стремится всемерно избегать советского „казенного“ суда. Нэпман, естественно, предпочитает пользоваться своим „доверенным“ третейским судом. Проект оказывает в этом отношении не оцененную услугу буржуазии, предоставляя ей широкие „легальные возможности“ для такого уклонения. Он дает ей, как мы сейчас увидим, возможность пользоваться судом „своим“ по составу и судящим в значительной мере по „своему“ праву»;

«Что желающих судиться в этих комиссиях (как посетителей биржи, так и частных к ней) будет очень много, в этом не приходится сомневаться. Этот суд не может не иметь успеха среди единственно возможных его клиентов — средней и крупной буржуазии (как мы видели, мелкая буржуазия по проекту привилегии подпадать под действие его норм не имеет). Не может не иметь успеха, ибо это будет для нэпманов свой суд. Что он будет свой или почти свой по составу, вряд ли может вызывать сомнения...».

Внимательное прочтение этой статьи позволяет понять еще больше. В том числе и то, что, возможно, напрасно стараются нынешние постоянно действующие арбитражные учреждения в России активнее «сотрудничать» с государством, нравиться ему: это не поможет, ведь они занимаются классово чуждой, подозрительной третейской деятельностью.

Текст статьи приводится по следующему источнику: Раевич С. Об особом «торговом праве» и об «особых торговых судах» // Еженедельник советской юстиции. 1924. 7–14 июня. № 23–24. С. 535–537.

If anybody nowadays wants to understand the real attitude of the Russian state towards arbitration, they don't have to think hard to come up with conspiracy theories, etc.

It is enough to recall the history of domestic law where the same principle, supposedly formulated by Pyotr Arkadievich Stolypin, is still in effect: “Everything may change in Russia in 10 years, and nothing for 200 years.” This still holds true looking, at least, at the attitude of the state towards arbitration.

The “belligerent” article published below written by Sergey Ivanovich Raevich (a well-known idiosyncratic lawyer almost 100 years ago in Soviet times), is a vivid example of the above, especially in the context of the arbitrability of disputes arising out of relations regulated by Federal Law No. 223-FZ dated 18 July 2011 “On Procurement of Goods, Works, Services by Various Types of Legal Entities” involving parties affiliated with the state (See above, pp. 134–278).

It is easy to imagine certain judges of the Supreme Court of the Russian Federation ready to pronounce the statements of Sergey Raevich to demonstrate their attitude to arbitration in the Russian economy as it becomes more and more governmentalized:

“As is well-known, our bourgeoisie for quite understandable reasons strive as far as possible to avoid the Soviet ‘governmental’ court. It is natural that new businessmen prefer to apply to their ‘trustworthy’ arbitration court. The draft law in this respect offers the bourgeoisie an invaluable service providing them with broad ‘legal opportunities’ for such avoidance. It gives them, as we will see now, the possibility of using ‘their own’ court for their members and to a significant extent making awards in accordance with ‘their own’ laws”;

“There is no doubt that there will be a lot of people willing to submit their claims to such arbitral commissions (both exchange traders and those who are not affiliated to the exchanges). This court cannot but have a success among its possibly exclusive clients – the middle and upper bourgeoisie (as we have seen the lower bourgeoisie, pursuant to the draft law, do not have the privilege of being subject to the effect of its rules). It cannot but be a success because it will be their own court for new businessmen. It is practically beyond doubt that it will be their own or nearly their own court with regards its members...”

Focused reading of this article brings even greater understanding. It becomes apparent, *inter alia*, that attempts by present-day permanent arbitration institutions in Russia to “cooperate” with the state, to be liked by it, are probably futile. They will be no use because they offer arbitration that is treated by the state as alien to it from both a social class point of view, as well as being suspicious.

The text of the article is reproduced based on the following source: Sergey Raevich, *On Specific “Trade Law” and “Specific Trade Courts,”* 1924(23–24) *Soviet Justice Weekly* 535.

С. Раевич**Об особом «торговом праве»
и об «особых торговых судах»****Sergey Raevich****On Specific “Trade Law”
and on “Specific Trade Courts”**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.293>

Во время обсуждения проекта Гражд. Кодекса, ставшего законом, критики его единодушно доказывали, что у нас должно быть признано необходимым существование наряду с гражданским самостоятельного «торгового права». ВЦИК и СНК, как известно, такой точки зрения не приняли и включили в Гражданский Кодекс, подчинив действию общих начал его, и торгово-правовые институты. С ростом нашей торговой буржуазии идея особого «торгового права», «свободного» от «национальных особенностей», присущих нашему гражданскому праву¹, и особых «коммерческих судов» стала боевой идеей, легальным выражением чаяний этой буржуазии. Буржуазные юристы единодушно поддерживают эту идею. Находит она себе поддержку и в некоторых наших хозяйственниках, увлекающихся заботами о твердости и упорядоченности торгового оборота. Нашла она себе выражение и в официальной юридической прессе УССР². Выражением той же идеи, облеченным уже в конкретные формы правовых норм, является в известной мере проект торгового свода³. Некоторые части этого проекта идут очень далеко в заимствовании того, что председатель редакционной комиссии называет лучшими образцами европейского торгового права, и в освобождении от «национальных особенностей» нашего гражданского права, так что даже и профессор Гордон выражает сомнения по поводу

¹ В.М. Гордон. «Система советского торгового права». См. нашу рецензию на эту книгу в печатающемся 3 выпуске «Советского права».

² «Вестник Советской Юстиции» 1923 г. № 19 – статья того же проф. Гордона. Книга – его тоже издана Юридич. Издательством НКЮ УССР.

³ Проект не является выражением окончательных взглядов ведомства: т. Лежава признает его лишь «предварительным проектом», «не свободным от целого ряда упущений», не ручаясь за то, что «составители свода сумели сочетать неизбежный в наших условиях прием рецепции со своеобразием нашего экономического строя» (предисловие к печатному изданию проекта).

таких смелых уклонений⁴. Мы подвергли уже принципиальной критике одну из главных частей свода («О несостоятельности» — «Советское Право», № 2) и пришли к выводам, недалеким от тех, к которым пришел т. Прушицкий («Е. С. Ю.», № 1). На этот раз мы думаем остановиться на центральной особенности, которая отличает систему «торгового права» проекта от действующего у нас гражданского законодательства и проектируемые там же особые торговые суды от нашей судебной системы.

Нормы «торгового права» должны применяться, по проекту, лишь к «торговым сделкам», совершаемым лицами, подлежащими внесению в торговый реестр. А это означает, что свод предназначен обслуживать отношения лишь внутри средней и крупной буржуазии: «торговыми» не признаются, по проекту, хотя бы и торговые сделки владельцев промышленных предприятий с числом рабочих не свыше 5 с двигателем и не свыше 10 без двигателя и тех торговых предприятий, которые производят торговлю ручную или из небольших помещений на базарах и т.п. (ст. 2, 44, 45 и 97 проекта).

Некоторые части проекта свода содержат правила, применимые кроме этой категории лиц еще также и к госорганам. Но как в той части, которая нами уже рассмотрена (о несостоятельности), так и в той, которая будет на этот раз в дальнейшем предметом нашего специального внимания (биржевой арбитраж), проект устанавливает правила исключительно для частной торговли. Не сомневаясь ни в том, что отношения в среде частных предпринимателей заслуживают внимания законодателя, ни в том, что к ним нужен кое в чем специфический подход, мы никак не можем одобрить того весьма своеобразного специфического подхода, какой предлагается проектом свода.

Критика довольно единодушно (Раевич — «О доказательной силе торговых книг» — Еженедельник» за 1923 г., стр. 1081; статьи Штейнберга и Мартынова в №№ 15 и 16 «Е. С. Ю.» за текущий год, В.М. Гордон «Система», стр. 86) отнеслась отрицательно или по крайней мере с сомнением к коренному общему отличию торговых сделок — применимости к ним торговых обычаев (ст. 100 проекта). Мы думаем, впрочем, что это неприемлемое правило само по себе бледно и сравнительно безобидно при наличии, во-первых, оговорки о том, что обычаи не должны противоречить закону, и, во-вторых, при сосредоточении применения того и другого в руках пролетарского по составу суда. Однако, знакомясь с одной из весьма специальных на первый взгляд частей проекта, мы с удивлением видим, что этот бледный росток получает там пышный расцвет, и притом так, что под сень его могут стекаться все те элементы, которым тесно в рамках советского закона и в стенах пролетарского суда.

В разделе «биржи» (1 раздел VI ч.) не только неоднократно повторяется (и притом без оговорки о непротиворечии закону) положение о применимости «коммерческих обыкновений» в качестве источника объективного права, но и содержатся правила, чрезвычайно легко могущие быть использованными для обхода начал и политических предпосылок нашего Гражданского и особенно Гражд. Проз. Кодекса. Как хорошо всем известно, наша буржуазия по вполне понятным причинам стремится всемерно избегать советского «казенного» суда. Нэпман, естественно, предпочитает пользоваться своим «доверенным» третейским судом. Проект оказывает в этом отношении неоцененную услугу буржуазии, предоставляя ей широкие «легальные возможности» для такого уклонения. Он дает ей, как мы сейчас увидим, возможность пользоваться судом «своим» по составу и судящим в значительной мере по «своему» праву.

⁴ См. цитированную рецензию на книгу Гордона.

Согласно действующему закону (Собр. Уз. 1922 года, № 54, ст. 684) «товарные биржи в лице органов своего управления имеют право учреждать кооперативные, экспертные, арбитражные комиссии с правами третейского суда». На страницах «Е. С. Ю.» происходил обмен мнений по вопросу о том, быть ли этим комиссиям или нет. Проект Комвнупорта не только решает, что быть, но и чрезвычайно расширяет значение их. По проекту, к компетенции арбитражной комиссии относится (обязательное) разрешение споров по биржевым сделкам, причем «в случае предъявления в нарсуде (губ. или Верхсуде) иска по делу, относящемуся к компетенции арбитражной комиссии (ст. 559 т. свода) суд в случае отвода ответчика оставляет иск без рассмотрения (!) и прекращает дело производством». Мало того, к компетенции тех же комиссий проект предлагает даже отнести «разрешение споров по торговым сделкам» (не только биржевым), «если в самой сделке сами стороны предусмотрели разрешение споров по данной сделке в арбитражной комиссии при товарной бирже»⁵. И это нисколько не смущаясь тем, что одним из коренных принципов нашего гражданского процесса является отрицание договорной подсудности. Как будто прямо для того, чтобы с не оставляющей сомнений ясностью дать понять, для кого эти комиссии со столь широким кругом деятельности нужны. Проект непосредственно тут же добавляет: «Не подлежат рассмотрению в арбитражных комиссиях имущественные споры между государственными учреждениями и предприятиями»⁶. В только что цитированной статье проекта не сделано никакого ограничения для субъектов торговых сделок: из сравнения этой статьи со статьей 544 проекта вытекает, что всякие лица, к бирже никакого отношения не имеющие, могут заключать обязательный (без дальнейшего утверждения, в отличие от ст. 199 Г. П. К. о третейских записях, которая должна была бы иметь применение к существующим доселе биржевым арбитражным комиссиям) для них прогационный договор. Для вступления его в полную силу не требуется, по проекту, даже и наличия какого-либо конкретного, уже возникшего спора о праве гражданском, что опять-таки требуется по ст. 199 Г. П. К.: стороны, по проекту, еще при заключении сделки (небиржевой) предусматривают подсудность возможных споров о ней именно биржевой арбитражной комиссии и не вправе от этого арбитража отказаться.

Что желающих судиться в этих комиссиях (как посетителей биржи, так и неприсяжных к ней) будет очень много, в этом не приходится сомневаться. Этот суд не может не иметь успеха среди единственно возможных его клиентов — средней и крупной буржуазии (как мы видели, мелкая буржуазия, по проекту, привилегии подпадать под действие его норм не имеет). Не может не иметь успеха, ибо это будет для нэпманов свой суд. Что он будет свой или почти свой по составу, вряд ли может вызывать сомнения, если мы примем во внимание следующее: «Арбитражные комиссии при товарных биржах, — читаем мы в ст. 557 проекта, — состоят не менее как из 6 членов, выбираемых на общем собрании членов биржи сроком на один год». «Члены арбитражной комиссии избирают из своей среды председателя и двух его заместителей». Что члены этого суда, «решения которого имеют силу судебного решения» (ст. 561), должны бы обладать по крайней мере избирательным правом по конституции, об этом не говорится. Может быть, не сказано только по той причине, что такое требование и так понятно, что оно само собой разумеется? Нет,

⁵ Такое позволение чуждо и нынешнему, изданному (в ведомственном порядке) в нарушение как Положения о судостроительстве, так и декрета о биржах положению о биржевых арбитражных комиссиях.

⁶ Такое позволение чуждо и нынешнему, изданному (в ведомственном порядке) в нарушение как Положения о судостроительстве, так и декрета о биржах, положению о биржевых арбитражных комиссиях.

не потому. В ст. 514 проекта, где говорится о членах биржевых комитетов, которым присваиваются функции более важные, там прямо предусматривается обязательное участие (в определенной пропорции) представителей частной торговли. Так как действующий закон допускает за биржевыми арбитражными комиссиями значение не более как простых третейских судов, действующих согласно ст. 199–203 Г. П. К., а последние, никакой публичной властью не наделенные, не должны быть обязательно из полноправных граждан С.С.С.Р., то проект считает ненужным предъявлять какие-либо в этом отношении требования и к членам уже наделенных, по его предположению, известными, публичными правами биржевых арбитражных комиссий. Что «легальная возможность» проникать в арбитражные комиссии и становиться судьями своих собратьев будет нэпманами (если проект сверх ожидания станет законом) широко использована, порукой этому служит ведь и то обстоятельство, что государственные хозорганы в этой арбитражной комиссии заинтересованы не будут, а потому нэпманы при выборах окажутся без конкурентов.

И этот свой суд – биржевая арбитражная комиссия – будет судить нэпманов и по своему (в значительной мере) праву. Тут-то и получает острое значение предоставление руководствоваться торговыми обычаями. Ведь наши законы созданы с громадными пробелами, в предположении, что применять их будет не судья-автомат, а человек, для которого советский закон не что-то, вне его стоящее, непререкаемо над его сознанием довлеющее, а для которого, напротив того, закон – сжатое, обобщенное выражение его правосознания или сгусток коллективного опыта, авторитетный путеводитель, сокращающий для него нахождение решения. Для того чтобы воспринять «общие начала политики Рабоче-Крестьянского Правительства», надо жить в той идейной атмосфере, в какой она создается. Если мы поставим на искание этих начал чуждого человека, да еще вменим ему в обязанность руководствоваться «торговыми обычаями», то даже при полной добросовестности членов этих комиссий (что предположить крайне трудно) советское право в их руках перестанет быть самим собой.

Но ведь, скажут мне, принудительную силу решения биржевых арбитражных комиссий получают лишь по утверждении их губсудом (ст. 561 проекта). Мы ответим, что это верно, но далеко не достаточно. Совсем не понапрасну, не на ветер, перед тем как сказать о необходимости такого подтверждения, та же статья проекта провозглашает, что «решения арбитражных комиссий окончательны и имеют силу судебного решения». Это значит вот что. Если понадобится принудительное исполнение, то обратиться в губсуд, а если у обеих сторон рыльце в пушку (что очень часто имеет место), то обращаться не будут (да и не всегда это нужно), а отношения их будут урегулированы законным «судебным решением». Можно поручиться за то, что ст. 147 и 402 – частые гости, напр., в практике Украинского Верховного Суда – в биржевых арбитражных комиссиях применения не найдут. Весьма характерно в этом отношении также и то, что проект умалчивает об участии прокурорского надзора в наблюдении за арбитражными комиссиями и в обжаловании их решений. Быть может, потому, что незачем повторять сохраняющие свою силу общие правила Г. П. К.? Нет, во всяком случае, не потому: правила судопроизводства в арбитражных комиссиях предполагаются особые; они издаются, по проекту, Комиссией по внутренней торговле (даже без согласования с НКЮ) и утверждаются СТО (ст. 565). Пока же такие правила будут изданы, никаких норм, регулирующих деятельность их, кроме приведенных правил свода, не будет. Впрочем, помимо правил КВТ, для арбитражных комиссий предусматривается применение наряду с законами и обычаями также и биржевых правил (ст. 558), издаваемых... биржевыми комиссиями (ст. 515), а комитеты эти избираются

«общим собранием биржи простым большинством голосов всех явившихся членов биржи» (ст. 514)⁷. Картина, кажется, достаточно определенная. Не был ли близок к истине т. Стучка, говоря, что проект торгового свода — кодекс привилегий для обиженных нашей конституцией элементов?

Как мы видим, таким образом, анализ положений проекта о биржевом арбитраже как нельзя лучше подтверждает выставленное нами в начале статьи положение о том, чьим интересам фактически соответствует выдвижение идеи самостоятельного «торгового права» и — логического завершения ее — особых коммерческих судов. Применительно же к затронутому специальному вопросу нам кажется уместным следующий вывод. Биржевые арбитражные комиссии, если они вообще нужны (спорить против чего не беремся), должны подчиняться всем тем правилам, какие Г. П. К. устанавливает для других третейских судов, не исключая и необходимости особого каждый раз разрешения общего суда на передачу конкретного спора в третейским суд. Нет оснований к биржевой арбитражной комиссии, не дающей никаких гарантий государственной выдержанности ее решений, подходить с иной меркой, чем ко всякому другому, избираемому нэпманами с разрешения суда третейскому суду. И еще меньше оснований заменять при разрешении «торговых» дел восполнение пробелов законодательства при помощи выводов из общих начал политики советской власти применением устанавливаемых биржевыми комитетами (при непременно участии частных торговцев) правил биржевой торговли и тем более «торговыми обычаями».

⁷ По ст. 515 Проекта Торгового свода (то же, впрочем, и по действующему декрету) товарным биржам предполагается предоставить право учреждать не только свои суды, но и свой нотариат. Не особое ли царство в государстве?

Приведенный ниже текст был подготовлен в ответ на письмо Верховного Суда РФ от 15 мая 2018 г. № 4-ВС-3652/18 (см. далее) на кафедре международного частного и гражданского права МГИМО в мае—июне 2018 г. А.И. Мурановым (доцентом кафедры) с учетом предложений М.А. Андриановой (доцента кафедры), Е.В. Кабатовой (профессора кафедры), А.И. Лободы (доцента кафедры).

Этот текст был направлен от кафедры в Верховный Суд РФ 9 июня 2018 г.

The text presented below was prepared in reply to the letter of the Supreme Court of the Russian Federation No. 4-ВС-3652/18 dated 15 May 2018 (see below) at the Department of Private International and Civil Law of the Moscow State Institute of International Relations in May—June 2018 by Alexander I. Muranov (associate professor) taking into account proposals from Mariya A. Andrianova (associate professor), Elena V. Kabatova (professor), and Alexander I. Loboda (associate professor).

This text was sent by the Department to the Supreme Court of the Russian Federation on 9 June 2018.

**ПИСЬМО ЗАМЕСТИТЕЛЯ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ ВЕРХОВНОГО СУДА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОТ 15 МАЯ 2018 г.
№ 4-ВС-3652/18**

**LETTER OF THE DEPUTY CHAIRMAN OF THE SUPREME COURT
OF THE RUSSIAN FEDERATION No. 4-VS-3652/18
DATED 15 MAY 2018**

Декану международно-правового
факультета МГИМО (У) МИД России
Г.П. Толстопятенко

Уважаемый Геннадий Петрович!

В соответствии с планом работы Верховного Суда Российской Федерации в первом полугодии 2018 года Верховный Суд Российской Федерации приступает к подготовке постановления Пленума о применении общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации и постановления Пленума о применении раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса Российской Федерации.

Работа над проектами названных постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации предположительно продлится до декабря 2018 г.

На обращение Верховного Суда Российской Федерации с просьбой высказать предложения относительно вопросов, разъяснение которых в указанных областях представляет наибольшую значимость и актуальность, уже откликнулись Ваши коллеги с кафедры международного права МГИМО и направили свои предложения.

Мы будем Вам очень признательны за предоставление в Верховный Суд Российской Федерации предложений по названным темам также и иными кафедрами международно-правового факультета МГИМО по возможности в срок до 10 июня 2018 года и направить их электронной почтой по адресам: <...> (без дублирования данного ответа в бумажном носителе).

Кроме того, просим Вас рассмотреть вопрос о кандидатурах из числа преподавательского состава Факультета для включения в состав рабочей группы по обсуждению поступивших предложений и выработке окончательных вариантов названных проектов постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации.

Заседания рабочей группы предположительно будут проходить начиная с сентября 2018 г. в здании Верховного Суда Российской Федерации по адресу: ул. Поварская, д. 15.

О конкретной дате первого заседания рабочей группы и времени ее проведения Вам будет сообщено дополнительно.

О.М. Свириденко

**ПРЕДЛОЖЕНИЯ ДЛЯ ВЕРХОВНОГО СУДА РФ
В СВЯЗИ С РАЗРАБОТКОЙ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ЕГО ПЛЕНУМА
О ПРИМЕНЕНИИ РАЗДЕЛА VI «МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО»
ЧАСТИ ТРЕТЬЕЙ ГК РФ**

**PROPOSALS FOR THE SUPREME COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION
WITH REGARD TO DRAFTING THE RULING OF ITS PLENUM
ON APPLYING SECTION VI “PRIVATE INTERNATIONAL LAW”
OF PART THREE OF THE CIVIL CODE
OF THE RUSSIAN FEDERATION**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.300>

9 июня 2018 г.

Оглавление

1. Пояснения	300
2. Предложения общего характера	301
3. Предложения технического характера	306
4. Предложения по конкретным статьям раздела VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ	307
Глава 66. Общие положения	307
Глава 67. Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц	314
Глава 68. Право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям	318

1. Пояснения

1. Приведенные ниже предложения носят предварительный, общий, упрощенный и неисчерпывающий характер, предлагаются на данной стадии скорее в качестве идей для обдумывания и обсуждения. Вероятно, что их количество даже чрезмерно.

2. В случае если какое-то из этих предложений будет признано целесообразным, могут быть предложены соответствующие формулировки для рассмотрения вопроса об их включении в постановление Пленума ВС РФ.

3. Предложения подготовлены А.И. Мурановым (к.ю.н., кафедра международного частного и гражданского права МГИМО, кафедра международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, арбитр по делам МКАС и МАК).

При этом пункты 4, 5, 6.1, 8, 8.2, 9.1, 11.1, 12, 14.1, 15.1, 23 раздела 2, пункт 1.1 предложений к ст. 1186 и п. 5 предложений к ст. 1204 подготовлены с учетом комментариев и предложений М.А. Андриановой, Е.В. Кабатовой, А.И. Лободы (все: к.ю.н., кафедра международного частного и гражданского права МГИМО, арбитры соответственно МКАС и МАК).

2. Предложения общего характера

Некоторые предложения общего характера имеются также ниже в разделе 4 «Предложения по конкретным статьям».

Кроме того, не исключено в некоторой степени дублирование предложений в данном разделе и в последующих.

1. Можно указать, почему раздел VI «Международное частное право» (далее – «МЧП») имеет большое значение, почему важно применять иностранное право.

2. Можно указать, что положения раздела VI «МЧП» определяют право, применимое к отношениям сторон, а не компетенцию судов.

Чтобы не получилось так, как было уже сказано в Определении Верховного Суда РФ от 4 июля 2006 г. № 48-Г06-11: *«Подсудность дел, возникающих из правоотношений между родителями и детьми... определя[е]тся законодательством [того государства], гражданином которо[го] является ребенок»*.

3. Можно указать, что коллизионные нормы в разделе VI «МЧП», иных законах и международных договорах РФ применяются именно к гражданским отношениям, а не к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

4. Можно указать, что по смыслу раздела VI «МЧП» вопрос о применении именно в РФ иностранного права может вставать именно тогда, когда в гражданско-правовых отношениях участвуют иностранные граждане или иностранные юридические лица либо если гражданско-правовые отношения осложнены иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей или за границей находится место, где должно быть исполнено обязательство, вытекающее из отношений сторон.

Иными словами, указать на то, что применительно к отношениям без иностранного элемента раздел VI «МЧП» не задействуется. См. также ниже п. 1 предложений к ст. 1210 «Выбор права сторонами договора».

5. Можно указать, что в свете абзаца четвертого п. 1 ст. 2 «Отношения, регулируемые гражданским законодательством» ГК РФ (*«Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом»*) к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц по общему правилу должно применяться именно гражданское право РФ, но за исключениями, установленными:

в разделе VI «МЧП»;

в иных законах;

в международных договорах РФ (про их важность можно сказать отдельно: см. ниже п. 1 предложений к ст. 1186. Подобно тому, как это сделано в п. 17 постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом»), в свете которых можно применять иностранное право.

Коллизионные нормы — именно исключения из общего правила о применении закона суда. Но исключения важные.

6. Имеет смысл рассмотреть вопрос о возможности указания на то, что применение иностранных норм публичного характера не исключено, и привести примеры случаев, когда это допустимо.

6.1. В ином случае можно указать на допустимость учета российским судом частноправовых последствий применения за рубежом иностранных налоговых, валютных, таможенных правил, что это не является применением в РФ иностранного публичного права.

7. Можно подчеркнуть, что упоминание в законе применимости гражданского законодательства РФ еще не означает само по себе, что применяется именно материальное право РФ и что исключается применение коллизионных норм РФ.

См., например: п. 1 ст. 10 «Права и обязанности участников договора лизинга» Федерального закона от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (*«Права и обязанности сторон договора лизинга регулируются гражданским законодательством Российской Федерации, настоящим Федеральным законом и договором лизинга»*).

На основании этой нормы могут быть применимы положения раздела VI «МЧП».

8. Семейный кодекс РФ 1995 г. предусматривает в ст. 4 «Применение к семейным отношениям гражданского законодательства»: *«К названным в статье 2 настоящего Кодекса имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством (статья 3 настоящего Кодекса), применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений»*.

КТМ РФ 1999 г. также устанавливает в п. 2 ст. 1 «Отношения, регулируемые Кодексом торгового мореплавания Российской Федерации»: *«Имущественные отношения, возникающие из торгового мореплавания и основанные на равенстве, автономии воли и имуществен-*

ной самостоятельности их участников, регулируются настоящим Кодексом в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации. К имущественным отношениям, не регулируемым или не полностью регулируемым настоящим Кодексом, применяются правила гражданского законодательства Российской Федерации».

Ввиду этого можно указать на то, что к отношениям, регулируемым этими двумя кодексами, положения раздела VI «МЧП» в соответствующих случаях (т.е. когда в данных кодексах нет специальных правил) применимы.

В отношении аналогичного указания в связи с некоторыми иными кодексами требуется облуживание и обсуждение.

Например, ст. 2 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ 2001 г. предусматривает: *«Законодательство в области внутреннего водного транспорта Российской Федерации состоит из Конституции Российской Федерации, Гражданского кодекса Российской Федерации, настоящего Кодекса, иных федеральных законов. <...>».*

Часть 1 ст. 7 Жилищного кодекса РФ 2004 г. устанавливает: *«В случаях, если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)».*

Возможно, применительно ко всем таким случаям следует использовать общую формулировку, обращаясь к Семейному кодексу РФ 1995 г. и к КТМ 1999 г. только в качестве иллюстраций.

8.1. При этом в случае с Земельным кодексом ситуация особая в свете одного из положений его ст. 1 (*«При регулировании земельных отношений применяется принцип разграничения действия норм гражданского законодательства и норм земельного законодательства в части регулирования отношений по использованию земель, а также принцип государственного регулирования приватизации земли»*).

8.2. Следует обсудить возможность указания на допустимость применения иностранного права к трудовым отношениям вне территории РФ. В этом случае коллизионные подходы раздела VI «МЧП» могут быть применены по аналогии.

Применение иностранного права к трудовым отношениям на территории РФ на данный момент исключается нормой в части первой ст. 13 *«Действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, в пространстве» Трудового кодекса РФ 2001 г. («Федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, действуют на всей территории Российской Федерации, если в этих законах и иных нормативных правовых актах не предусмотрено иное»)* и отсутствием указания на иное в упомянутых законах и актах.

9. Можно указать, что правила АПК РФ (ч. 2 ст. 270) и ГПК РФ (ч. 2 ст. 330) по поводу того, что есть неправильное применение норм материального права (*«1) неприменение закона, подлежащего применению; 2) применение закона, не подлежащего применению; 3) неправильное истолкование закона»*), распространяются в свете оснований для изменения или отмены судебных актов также и на случаи, когда следовало надлежащим образом применить то или иное право (иностранное или российское) согласно положениям раздела VI «МЧП», но это не произошло.

9.1. Можно также указать, что только что упомянутое понятие «*неправильное истолкование закона*» следует применять в контексте ст. 1191 «Установление содержания норм иностранного права» ГК РФ и тех подходов к ее толкованию, которые уже предложил ВС РФ, в том числе в постановлении от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом».

10. Можно указать, что положения раздела VI «МЧП» должны применяться не только государственными судами, но и иными правоприменителями, включая нотариусов и органы исполнительной власти. Однако важно также указать, что применение положений раздела VI «МЧП» третейскими судами определяется особыми правилами (см. ниже предложения по ст. 1186).

11. Следует подчеркнуть, что в разделе VI «МЧП» используются связанные между собой понятия «*наиболее тесная связь*», «*более тесная связь*» и «*тесная связь*» (или аналогичные им).

Можно объяснить, что тем не менее каждое из этих понятий является самостоятельным, и потом пояснить их содержание, в том числе на примерах.

11.1. Кроме того, можно указать, что в тех случаях, когда в положении раздела VI «МЧП» указывается, что «*из совокупности обстоятельств дела*» может вытекать, что применимым может быть иное право, а не то, которое указано в упомянутом положении, то толковать слова «*из совокупности обстоятельств дела*» допустимо в том числе в контексте понятия «*более тесная связь*»: необходимость применения иного права может вытекать, в частности, именно из этой связи.

12. Можно отдельно подчеркнуть, что в разделе VI «МЧП» под недвижимостью в свете ст. 1187 «Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению» ГК РФ также понимаются в том числе воздушные суда, морские суда, суда внутреннего плавания, однако с учетом ст. 1205¹ «Сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам» ГК РФ, в свете которой они могут оказаться движимостью.

13. Можно указать, что в тех случаях, когда в разделе VI «МЧП» говорится, что из закона может вытекать иное, то под законом следует понимать не иностранное право, а именно федеральные конституционные законы и федеральные законы РФ.

14. Можно указать, что в тех случаях, когда в разделе VI «МЧП» говорится о государственном реестре вообще, то под ним следует понимать государственный реестр не только в РФ, но и в иностранном государстве.

При этом можно указать, что в иностранном государстве реестр может иметь форму, отличную от реестра в РФ, и что под реестром в иностранном государстве можно понимать любую регистрационную систему, если она выполняет те же функции, что и государственный реестр в РФ.

14.1. С практической точки зрения можно отдельно подчеркнуть, что в случае расхождения данных между российским реестром и иностранным реестром российскому суду следует исходить из сведений в первом.

15. Можно указать, что в тех случаях, когда согласно положению в разделе VI «МЧП» именно одна сторона имеет возможность выбрать применимое право (например, п. 1 ст. 1209 или п. 1 ст. 1221), такой ее выбор должен быть прямо выраженным либо в письменном виде, либо посредством ее соответствующих действий.

Также можно указать, что при таком выборе сторона не обязана этот свой выбор мотивировать.

15.1. Кроме того, можно указать, что указанный выбор может быть сделан стороной только один раз.

Или не один, но лишь при условии, что последующий выбор не ухудшает положение третьих лиц.

16. Можно указать, что право, применимое к акцессорным обязательствам, может не совпадать с правом, применимым к основному обязательству (в том числе на примерах).

17. Можно обратить внимание на проблему предварительного коллизионного вопроса, указав, что в случае, когда одно самостоятельное правоотношение предшествует во времени второму самостоятельному правоотношению и второе правоотношение проистекает из первого, в силу такого взаимодействия между ними может потребоваться сначала определить право, применимое к первому правоотношению, а потом – ко второму.

Отдельно можно подчеркнуть, что первое применимое право необязательно должно совпадать со вторым.

18. Можно указать, что в тех случаях, когда из положения раздела VI «МЧП» указывается, что *«из условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела»* вытекает, что применимым может быть иное право, а не то, которое указано в упомянутом положении, то суду решать вопрос о применении именно такого иного права следует в том числе с учетом распределения бремени доказывания между сторонами, принимая во внимание, что доказывать применимость того или иного права следует прежде всего стороне, которая имеет интерес в таком применении, предлагает его.

19. Следует пояснить, что когда из положений раздела VI «МЧП» следует коллизионная альтернатива для суда, т.е. возможность для суда применить одно право из нескольких (как это сказано в п. 1 ст. 1209, в п. 1 ст. 1219 или в ст. 1222), суду следует выбирать применимое право с учетом следующих в том числе факторов:

выбор следует осуществлять так, чтобы правоотношение признавалось имеющим силу, а не недействительным;

при выборе права может быть учтена необходимость защиты интересов более слабой стороны;

при выборе права следует учитывать необходимость баланса между частными интересами разных лиц;

при выборе права следует учитывать необходимость баланса между частными и публичными интересами.

20. Можно обратить внимание на сложную структуру некоторых статей в разделе VI «МЧП», указав, что они могут иметь комплексный характер (как ст. 1209) или же, регулируя один институт, содержать в то же время отсылку к другому институту (как п. 3 ст. 1206).

21. Следует пояснить, что нормы раздела VI «МЧП» применяются к правоотношениям, возникшим после дня вступления их в силу, и что они не могут применяться к гражданским правоотношениям, возникшим до этого момента, в том числе к тем правам и обязанностям, которые возникнут из таких правоотношений после упомянутого вступления в силу.

Несложно понять, что применение таких норм к тем правам и обязанностям, которые возникнут позднее из отношений, установленных до момента обретения ими силы, было бы неразумным, несправедливым и привело бы на практике к массе неудобств и сложностей, поскольку могло бы оказаться так, что права и обязанности, возникшие до указанного момента, пришлось бы определять одним образом, тогда как права и обязанности, возникшие после этого момента из тех же отношений, — другим.

Очевидно, что первое применимое материальное право могло бы не совпадать со вторым.

В итоге имел бы место весьма необычный и нежелательный коллизийный *dépeçage* (раздробление), порожденный интертемпоральной коллизией между старой и новой совокупностью отечественных коллизийных норм.

Именно поэтому нормы раздела VI «МЧП» не могут распространяться на отношения, установленные до момента вступления их в силу, даже если права и обязанности по упомянутым отношениям возникли позднее этого момента.

22. Следует воздержаться от упоминания о ст. 10 ГК РФ. Если это сделать, то суды начнут отдельно применять концепцию «обхода закона в МЧП», и ни к чему хорошему это не приведет. Трансграничные отношения — не то же самое, что внутренний оборот, в расчете на который создавались формулировки ст. 10 ГК РФ.

23. Есть еще вопрос о возможности применения права непризнанного государства. Однако в свете текущей геополитической конъюнктуры обращаться к нему вряд ли следует. Хотя есть доводы и в пользу иного подхода.

3. Предложения технического характера

1. Следует изучить практику применения судами каждой статьи в разделе VI «МЧП», которой в постановлении Пленума ВС РФ будет уделено внимание.

2. Следует решить вопрос об отмене (полной или частичной) или неотмене ранее принимавшихся актов обзорного характера применительно к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, например:

информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»;

информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц»;

информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 «Обзор практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц».

3. При объяснении смысла положений раздела VI «МЧП» следует также учитывать ранее принимавшиеся акты обзорного характера применительно к процессуальным вопросам рассмотрения дел по гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, например:

постановление Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом»;

информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»;

4. Предложения по конкретным статьям раздела VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ

ГЛАВА 66. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1186. Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом

1. Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (пункт 2 статьи 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже.

2. Если в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано.

3. Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается.

1. В отношении п. 1 этой статьи можно привести примеры международных договоров Российской Федерации, содержащих коллизионные нормы, которые имеют приоритет перед нормами раздела VI «МЧП», и подчеркнуть необходимость учета этих договоров.

1.1. Можно указать, что имеются международные соглашения, действие которых стороны могут исключить (например, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.), некоторые общие условия поставок).

2. В отношении п. 1 этой статьи можно указать, что в соответствии с Конституцией РФ коллизионные нормы могут устанавливаться только актами Федерации, а не актами субъекта Федерации (п. «п» ст. 71 Конституции РФ).

3. В отношении п. 1 этой статьи можно указать, что коллизионные нормы могут устанавливаться только ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, а не актами Президента РФ или Правительства РФ (абзац первый п. 2 ст. 3 ГК РФ: «Гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (далее — законы), регулирующих отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса»).

4. В отношении п. 1 этой статьи можно указать на необходимость принятия во внимание только что упомянутых законов, привести их примеры.

Их практически сейчас нет.

Из самых известных можно назвать Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»:

п. 20 ст. ст. 4¹ «Деятельность форекс-дилера» («К отношениям форекс-дилера и физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, которые связаны с заключением, прекращением и исполнением договоров, предоставлением обеспечения и возмещением убытков, применяется законодательство Российской Федерации»).

п. 1, п. 1.1 ст. 8⁴ «Особенности учета прав на ценные бумаги иностранных организаций, действующих в интересах других лиц» («1. Счет депо иностранного номинального держателя может быть открыт иностранной организации с местом учреждения в государствах, указанных в подпунктах 1 и 2 пункта 2 статьи 51¹ настоящего Федерального закона, действующей в интересах других лиц, если такая организация в соответствии с ее личным законом вправе осуществлять учет и переход прав на ценные бумаги. При этом иностранным организациям, которые являются международными централизованными системами учета прав на ценные бумаги и (или) расчетов по ценным бумагам либо в соответствии с их личным законом центральными депозитариями и (или) осуществляют расчеты по ценным бумагам по результатам торгов на иностранных биржах или иных регулируемых рынках либо клиринг по результатам таких торгов, счет депо иностранного номинального держателя может быть открыт только в центральной депозитарии, если такие организации включены в перечень, предусмотренный статьей 25 Федерального закона „О центральной депозитарии“.

1.1. Иностранная организация, имеющая право осуществлять учет и переход прав на ценные бумаги, осуществляет учет и переход прав на российские ценные бумаги в соответствии с ее личным законом. Определение лица в качестве владельца ценных бумаг или иного лица, осуществляющего права по российским ценным бумагам, учтенным на счете депо иностранного номинального держателя, осуществляется в соответствии с личным законом указанных лиц. В качестве владельца указанных ценных бумаг может быть иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом в соответствии с правом страны, где эта организация учреждена.

К отношениям депозитария и иностранной организации, связанным с открытием, ведением и закрытием счета депо иностранного номинального держателя, счета депо иностранного уполномоченного держателя, а также счета депо депозитарных программ, применяется законодательство Российской Федерации»).

5. Следует разъяснить положение из абзаца второго п. 1 ст. 1186 о том, что «*Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже*».

Так, можно указать, что речь идет о ст. 28 «Нормы, применимые к существу спора» Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» («*1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.*

2. *При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.*

3. *Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке»).*

Но при этом следует не забыть о ст. 31 «Нормы, применимые к существу спора» Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» («*1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с нормами российского права или в случаях, если в соответствии с российским правом стороны могут избрать к своим правоотношениям в качестве применимого иностранное право, в соответствии с нормами права, которые стороны указали в качестве применимых к существу спора, а при отсутствии такого указания — в соответствии с нормами материального права, определенными третейским судом в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.*

2. *Третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом применимых обычаев»).*

6. В отношении п. 2 этой статьи следует подчеркнуть его значимость и основополагающий смысл: этот пункт призван закрывать возможные коллизионные пробелы.

Также можно указать, как определять наличие наиболее тесной связи.

7. В отношении п. 3 этой статьи можно привести пример: указать, в частности, на Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.) и иные международные договоры.

8. В отношении п. 3 этой статьи можно указать на примеры обычаев, признаваемых в РФ, которые определяют право, подлежащее применению.

9. Имеется еще сложный вопрос о том, что есть «иностранный элемент». Очевидно, например, что использование в отношениях иностранной валюты или иностранного языка еще недостаточно для того, чтобы считать иностранный элемент присутствующим.

Но, видимо, этот вопрос ввиду возможных сложностей и ненужных последствий лучше не затрагивать.

Статья 1187. Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению

1. При определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом.

2. Если при определении права, подлежащего применению, юридические понятия, требующие квалификации, не известны российскому праву или известны в ином словесном обозначении либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, то при их квалификации может применяться иностранное право.

1. Можно пояснить на примерах, о чем именно идет речь (по каждому пункту этой статьи). Это может быть важно для судей в плане понимания смысла статьи.

К качестве примеров можно, в частности, выбрать понятие «место жительства» и «недвижимое имущество».

2. Особенно следует разъяснить, чем в этой статье п. 1 по смыслу отличается от п. 2. Это может быть для судов важно.

3. Можно указать, что в этой статье речь идет прежде всего о первичной квалификации, т.е. о толковании понятий в российских коллизионных нормах и о толковании понятий для выявления сути отношений сторон, а не об *a priori* толковании понятий иностранного права, применимость которого еще не установлена.

Затем можно указать, что понятия иностранного права, применимость которого уже установлена, толкуются согласно этому праву.

Статья 1188. Применение права страны с множественностью правовых систем

В случае, когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано.

1. Можно указать, что определение в соответствии с правом другой страны того, какая правовая система применяется, следует осуществлять прежде всего исходя из положений, действующих для всей этой страны, а не исходя из положений, действующих в ее отдельных частях, в которых имеются свои правовые системы.

Если же таких положений нет, то следует применять материальную правовую систему в этой стране, с которой отношение наиболее тесно связано.

2. Можно указать, что под «иностранным правом», указываемым в положениях раздела VI «МЧП», может пониматься и «правовая система», упомянутая в данной статье.

3. Можно еще указать, что эта статья – еще одно исключение из п. 1 ст. 1190 «Обратная отсылка» ГК РФ (см. ниже).

Статья 1189. Взаимность

1. Иностранное право подлежит применению в Российской Федерации независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к отношениям такого рода российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом.

2. В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное.

1. Следует пояснить на примере, о чем именно идет речь, так как тут случай именно особой взаимности — коллизионной. Это может быть важно для судей в плане понимания смысла статьи.

2. Можно указать, что эта статья не применяется в отношении вопросов признания в РФ иностранных судебных и арбитражных решений, иностранных документов, а также исполнения иностранных судебных и арбитражных решений.

Статья 1190. Обратная отсылка

1. Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи.

2. Обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица.

1. Можно пояснить на примерах, о чем именно идет речь (по каждому пункту статьи). Это может быть важно для судей в плане понимания смысла статьи.

2. Можно четче указать на случаи, в которых российское право определяет правовое положение физического лица.

Статья 1191. Установление содержания норм иностранного права

1. При применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

2. В целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции Российской Федерации и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей либо привлечь экспертов.

Лица, участвующие в деле, могут представлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, и иным образом содействовать суду в установлении содержания этих норм.

По требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права может быть возложена судом на стороны.

3. Если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые в соответствии с настоящей статьей меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право.

1. В постановлении Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» имеется раздел «Установление содержания норм иностранного права, примененного арбитражным судом по делам об экономических спорах, возникающих из отношений, осложненных иностранным элементом».

Он изложен весьма неплохо.

Повторять его тут нет смысла.

Но на основе положений в этом разделе следует дать разъяснения в отношении именно неэкономических споров.

2. Можно пояснить, что следует понимать в п. 2 под «документами». Статьи или монографии можно считать документами? Наверное, нет, но это не исключает возможных ссылок на них в свете слов «и иным образом содействовать суду в установлении содержания этих норм».

3. Можно указать, какие факторы следует учитывать при определении разумности сроков, указанных в п. 3 данной статьи.

Статья 1192. Нормы непосредственного применения

1. *Правила настоящего раздела не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (нормы непосредственного применения).*

2. *При применении права какой-либо страны согласно правилам настоящего раздела суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы являются нормами непосредственного применения. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения.*

1. Можно кратко разъяснить смысл института норм непосредственного применения (в том числе на основе европейского опыта).

2. Также можно привести общим образом (и очень осторожно!) примеры областей, где могут иметься нормы непосредственного применения.

3. Можно указать, что нормы непосредственного применения необязательно должны быть гражданско-правовыми.

4. Следует пояснить, что те императивные нормы, которые указаны в данной статье, следует отличать от обычных императивных норм, о которых говорится в иных положениях раздела VI «МЧП» (например, в п. 5 ст. 1210 «Выбор права сторонами договора», п. 1 ст. 1214 «Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица», п. 2 ст. 1223¹ «Выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения»), и что действие обычных им-

перативных норм права РФ подлежащее применению иностранное право в таких случаях может устранять.

Статья 1193. Оговорка о публичном порядке

Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права.

Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации.

1. Следует подчеркнуть *экстраординарность* этой оговорки, так как на подобную экстраординарность указывается целых четыре раза при помощи слов:

«*в исключительных случаях*»;

«*явно противоречили бы*»;

«*с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом*»;

«*не может быть основан только на отличии*».

2. В свете только что сказанного важно подчеркнуть, что судам следует прибегать к этой экстраординарной оговорке именно что в исключительных случаях.

3. Следует указать, что оговорка о публичном порядке и «*цель, противная основам правопорядка или нравственности*» (ст. 169 ГК РФ) – разные вещи.

Первая рассчитана на отношения с иностранными элементами, которые характеризуются особыми свойствами, тогда как ст. 169 ГК РФ – на внутренний оборот.

Неправильно подходы, установленные для внутреннего оборота, копировать в отношении трансграничного оборота.

4. Следует пояснить, что значит фраза «*с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом*». Она указывает в том числе на необходимость оценки интенсивности связей отношения с правом РФ. Чем меньше такая интенсивность, тем меньше причин прибегать к оговорке о публичном порядке или по меньшей мере тем больше оснований использовать эту оговорку в «смягченном» виде, а не так, как она может быть применена к отношению, тесно связанному с правом РФ.

5. Следует пояснить, что значит «*при необходимости применяется соответствующая норма российского права*».

Статья 1194. Реторсии

Правительством Российской Федерации могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении имущественных и личных неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав российских граждан и юридических лиц.

1. Следовало бы разъяснить, чем реторсии отличаются от специальных экономических мер (Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ).

2. Следовало бы разъяснить, что реторсии:

должны быть пропорциональными (но необязательно «зеркальными»);

не могут распространяться на неконкретных лиц (группы лиц), если иностранное государство ввело специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав для конкретных российских граждан и юридических лиц;

могут быть установлены и тогда, когда иностранное государство ввело специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав для своих субъектов или субъектов третьего государства, если такие ограничения влекут ограничения имущественных и личных неимущественных прав для конкретных российских граждан и юридических лиц.

Но в нынешней ситуации с санкциями и контрсанкциями сомнительно, что для ВС РФ имеет смысл разъяснять данную статью подобным образом.

ГЛАВА 67. ПРАВО, ПОДЛЕЖАЩЕЕ ПРИМЕНЕНИЮ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ ЛИЦ

Статья 1195. Личный закон физического лица

1. Личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет.

2. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право.

3. Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом является российское право.

4. При наличии у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

5. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

6. Личным законом беженца считается право страны, предоставившей ему убежище.

1. Следовало бы пояснить, что в п. 2 и в п. 3 речь идет о ситуации с наличием фактических иных гражданств, а не с наличием того или иного гражданства наряду с российским, которое право РФ признает.

2. Можно пояснить, каков круг вопросов, регулируемых личным законом, исходя из последующих положений раздела VI «МЧП».

Статья 1196. Право, подлежащее применению при определении гражданской правоспособности физического лица

Гражданская правоспособность физического лица определяется его личным законом. При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации

гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законом.

1. Можно пояснить, что в этой статье речь идет именно о гражданской правоспособности физического лица, а не о процессуальной (как в ст. 399 ГПК РФ).

2. Можно тут упомянуть понятие «национальный режим».

3. Кроме того, можно указать, что к иностранным лицам в соответствующих случаях возможно применение режима наибольшего благоприятствования (особенно в свете того, что РФ — член ВТО), и пояснить, что это, а также чем он отличается от национального режима.

Статья 1197. Право, подлежащее применению при определении гражданской дееспособности физического лица

1. Гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом.

2. Физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности.

3. Признание в Российской Федерации физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву.

1. Можно пояснить, что в этой статье речь идет именно о гражданской дееспособности физического лица, а не о процессуальной (как в ст. 399 ГПК РФ).

2. Можно пояснить по п. 3, что подчинение упомянутых в нем вопросов российскому праву имеет место именно в том случае, когда российский суд уже обладает компетенцией рассматривать такие вопросы.

Статья 1198. Право, подлежащее применению при определении прав физического лица на имя

Права физического лица на имя, его использование и защиту определяют его личным законом, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другими законами.

1. Можно привести примеры. В отношении длинных испанских имен, например.

Статья 1199. Право, подлежащее применению к опеке и попечительству

1. Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство.

2. Обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем).

3. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (по-

печителя). Однако когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица.

1. Можно пояснить по п. 1, что подчинение указанных в нем вопросов личному закону упомянутого лица имеет место именно в том случае, когда российский суд уже обладает компетенцией рассматривать такие вопросы насчет опеки и попечительства.

2. То же самое верно и в отношении двух других пунктов этой статьи.

Статья 1200. Право, подлежащее применению при признании физического лица безвестно отсутствующим и при объявлении физического лица умершим

Признание в Российской Федерации физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим подчиняются российскому праву.

1. Можно пояснить, что подчинение этих вопросов российскому праву имеет место именно в том случае, когда российский суд уже обладает компетенцией рассматривать такие вопросы.

Статья 1201. Право, подлежащее применению при определении возможности физического лица заниматься предпринимательской деятельностью

Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности.

1. Можно указать, что иностранное право необязательно может оперировать понятием «индивидуальный предприниматель» и что главное – осуществление предпринимательской деятельности, а не название статуса.

Статья 1202. Личный закон юридического лица

1. Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо, если иное не предусмотрено Федеральным законом «О внесении изменений в Федеральный закон „О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации“ и статью 1202 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

2. На основе личного закона юридического лица определяются, в частности:

- 1) статус организации в качестве юридического лица;
- 2) организационно-правовая форма юридического лица;
- 3) требования к наименованию юридического лица;
- 4) вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства;
- 5) содержание правоспособности юридического лица;
- 6) порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей;

7) внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;
8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам;
9) вопросы ответственности учредителей (участников) юридического лица по его обязательствам.

3. Юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении.

4. Если учрежденное за границей юридическое лицо осуществляет свою предпринимательскую деятельность преимущественно на территории Российской Федерации, к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица его учредителей (участников), других лиц, которые имеют право давать обязательные для него указания или иным образом имеют возможность определять его действия, применяется российское право либо по выбору кредитора личный закон такого юридического лица.

1. Можно пояснить, что речь идет о Федеральном законе от 5 мая 2014 г. № 124-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации“ и статью 1202 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» и о том, что именно он изменил.

2. Можно пояснить, что значат слова «*в частности*», и какие еще могут быть моменты.

3. Можно пояснить, как применять п. 3 данной статьи в условиях, когда подпараграф 7 «Дочерние и зависимые общества (статьи 105–106)» параграфа 2 главы 4 «Юридические лица» ГК РФ утратил силу и понятие «обязательные указания» в ГК РФ больше не применяется.

Статья 1203. Личный закон иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву

Личным законом иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву, считается право страны, где эта организация учреждена.

К деятельности такой организации, если применимым является российское право, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа отношения.

1. Можно привести примеры. Так, в ФРГ коммандитные товарищества субъектами права являются, а статус юридического лица не имеют.

2. Можно отдельно подчеркнуть, что абзац второй данной статьи имеет в виду только те случаи, когда применимым является право РФ.

3. Можно указать, что ст. 1214 «Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица» может использоваться *mutatis mutandis* и в отношении иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву.

Статья 1204. Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом

К гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом.

1. Можно указать, что под «государством» понимается как РФ, так и иные государства.
2. Можно указать, что эта статья применима по аналогии и к муниципальным образованиям в РФ и за рубежом.
3. Можно указать, что в этой статье говорится именно о коллизионных вопросах, а не о юрисдикционном иммунитете государства.
4. Можно указать, что эта статья не распространяется на органы государственной власти или государственные предприятия, которые действуют в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом, от собственного имени, а не от имени государства.
5. Можно указать, что участие государства в гражданско-правовом отношении, осложненном иностранным элементом, не создает в нем, например, «концентрированный публичный элемент», который исключает применение соответствующего иностранного права. Участие государства в указанном отношении — не повод требовать применения исключительно права этого государства.

ГЛАВА 68. ПРАВО, ПОДЛЕЖАЩЕЕ ПРИМЕНЕНИЮ К ИМУЩЕСТВЕННЫМ И ЛИЧНЫМ НЕИМУЩЕСТВЕННЫМ ОТНОШЕНИЯМ

Статья 1205. Право, подлежащее применению к вещным правам

Право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится.

1. Очень важно пояснить смысл данной статьи, ее связь со ст. 1205¹ и 1207, ее отличия от ст. 1206.

Эти три статьи направлены на определение статистики вещных прав в коллизионной сфере, а ст. 1206 — их динамики.

2. Можно подчеркнуть, что в данной статье говорится именно о вещных правах, а не об обязательственных.

Статья 1205¹. Сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам

Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, правом, подлежащим применению к вещным правам, определяются, в частности:

1) виды объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам;

- 2) оборотоспособность объектов вещных прав;
- 3) виды вещных прав;
- 4) содержание вещных прав;
- 5) возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности;
- 6) осуществление вещных прав;
- 7) защита вещных прав.

1. Можно пояснить, что значат слова «в частности», и какие еще могут быть моменты.

2. Можно было бы разъяснить смысл п. 7 данной статьи о защите вещных прав.

Статья 1206. Право, подлежащее применению к возникновению и прекращению вещных прав

1. Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом.

2. Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав по сделке, заключаемой в отношении находящегося в пути движимого имущества, определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не предусмотрено законом.

3. Стороны могут договориться о применении к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество права, подлежащего применению к их сделке, без ущерба для прав третьих лиц.

4. Возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности определяется по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности.

1. Можно пояснить на примерах смысл статьи.

2. Важно подчеркнуть значение п. 3 и его связь со ст. 1210 ГК РФ. Можно пояснить слова «без ущерба для прав третьих лиц».

Статья 1207. Право, подлежащее применению к вещным правам на суда и космические объекты

Право собственности и иные вещные права на воздушные суда, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, определяются по праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы.

1. Можно указать, что речь идет именно о «государственной регистрации», а не о муниципальной или иной.

Более того, можно указать, что по аналогии со ст. 1209 и ст. 1217¹ ГК РФ речь идет именно об обязательной государственной регистрации, но необязательно в РФ.

Статья 1208. Право, подлежащее применению к исковой давности

Исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению.

1. Можно указать, что понимается под словами «соответствующему отношению».

Статья 1209. Право, подлежащее применению к форме сделки

1. Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки. Совершенная за границей сделка, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки.

Правила, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта, применяются и к форме доверенности.

При наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 1212 настоящего Кодекса, к форме договора с участием потребителя по его выбору применяется право страны места жительства потребителя.

2. Если право страны места учреждения юридического лица содержит особые требования в отношении формы договора о создании юридического лица или сделки, связанной с осуществлением прав участника юридического лица, форма таких договора или сделки подчиняется праву этой страны.

3. Если сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежит обязательной государственной регистрации в Российской Федерации, форма такой сделки подчиняется российскому праву.

4. Форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, российскому праву.

1. Можно пояснить на примерах смысл статьи.

2. Можно подчеркнуть, что требование простой письменной формы внешнеэкономической сделки (одной из сторон которой является лицо, личным законом которого является право РФ), несоблюдение которого влечет недействительность сделки, более не применяется и что в свете права, применимого к сделке, она может быть совершена и в устной форме.

Также можно пояснить, что требования ГК РФ к форме сделок, в том числе ст. 160 «Письменная форма сделки» или ст. 434 «Форма договора» ГК РФ, могут применяться судом только тогда, когда применимым к форме сделки является право РФ.

3. Можно подчеркнуть, что п. 3 данной статьи касается именно обязательной государственной регистрации в РФ и на ее основании форму сделки, когда последняя либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежат какой-то регистрации в каком-либо иностранном государстве, не следует подчинять праву этого государства.

Статья 1210. Выбор права сторонами договора

1. Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору.

2. *Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела.*

3. *Выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц и действительности сделки с точки зрения требований к ее форме, с момента заключения договора.*

4. *Стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей.*

5. *Если в момент выбора сторонами договора подлежащего применению права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства.*

6. *Если иное не вытекает из закона или существа отношений, положения пунктов 1—3 и 5 настоящей статьи соответственно применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к отношениям, не основанным на договоре, когда такой выбор допускается законом.*

1. Можно указать, что выбор права сторонами договора допускается, если их договорные отношения осложнены иностранным элементом.

Затем можно указать, что в иных случаях положения иностранного права, на которые сослались стороны договора, следует воспринимать как их инкорпорацию в договор в качестве его условий, которые не должны противоречить нормам права РФ.

2. Можно указать в отношении п. 2 этой статьи, что выбор права сторонами необязательно может быть именно в простой письменной форме.

3. Можно указать в отношении п. 3 этой статьи, что стороны вправе исключить обратную силу выбора ими права.

4. Можно указать в отношении п. 4 этой статьи, что стороны договора могут выбрать подлежащее применению право для отдельных его частей в том случае, если договор является смешанным (п. 3 ст. 421 «Свобода договора» ГК РФ) или если части договора касаются разных однотипных объектов. Если же договор является иным и выбор права сторонами для отдельных его частей влечет, например, недействительность или неисполнимость договора, суд вправе такой выбор проигнорировать применительно к соответствующим частям для того, чтобы договор являлся действительным или исполнимым (или суд для этих же целей вправе рассматривать положения соответствующего выбранного права в качестве условий договора, которые не должны противоречить праву, которое суд признает применимым).

5. Можно подчеркнуть, что в п. 5 не зря использовано два раза слово «все»: необходимо, чтобы именно все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства были связаны только с одной страной.

6. Можно указать, что стороны праве выбирать в качестве источников регулирования их договорных отношений не только право какой-то страны, но и вненациональные акты, принятые на международном уровне и обладающие определенными характеристиками.

Но это весьма непростой вопрос, который следует обсуждать отдельно, если данное предположение как таковое будет сочтено приемлемым.

Статья 1211. Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права

1. Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

2. Стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается сторона, являющаяся, в частности:

- 1) продавцом — в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем — в договоре дарения;
- 3) арендодателем — в договоре аренды;
- 4) ссудодателем — в договоре безвозмездного пользования;
- 5) подрядчиком — в договоре подряда;
- 6) перевозчиком — в договоре перевозки;
- 7) экспедитором — в договоре транспортной экспедиции;
- 8) займодавцем (кредитором) — в договоре займа (кредитном договоре);
- 9) финансовым агентом — в договоре финансирования под уступку денежного требования;
- 10) банком — в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета;
- 11) хранителем — в договоре хранения;
- 12) страховщиком — в договоре страхования;
- 13) поверенным — в договоре поручения;
- 14) комиссионером — в договоре комиссии;
- 15) агентом — в агентском договоре;
- 16) исполнителем — в договоре возмездного оказания услуг;
- 17) залогодателем — в договоре о залоге;
- 18) поручителем — в договоре поручительства.

3. В отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты.

4. В отношении договора простого товарищества применяется право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества.

5. В отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, применяется право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа.

6. В отношении договора коммерческой концессии применяется право страны, на территории которой пользователю разрешается использование комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, либо, если данное использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.

7. В отношении договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации применяется право страны, на территории которой действует передаваемое приобретателю исключительное право, а если оно действует на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.

8. В отношении лицензионного договора применяется право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а если такое использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности лицензиара.

9. Если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в пунктах 1–8 настоящей статьи, подлежит применению право страны, с которой договор более тесно связан.

10. К договору, содержащему элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан, если из закона, условий или существа этого договора либо совокупности обстоятельств дела не вытекает, что применимое право подлежит определению для таких элементов этого договора отдельно.

11. Если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

1. Можно пояснить, каково содержание понятия «исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора», чтобы было легче его использовать применительно к договорам, которые в этой статье не указаны.

2. Можно дать разъяснения, как быть с правом, применимым к договору мены (в свете того, что в нем каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен).

3. Важно подчеркнуть значимость п. 9 этой статьи.

4. Можно пояснить п. 11 этой статьи на примере.

Статья 1212. Право, подлежащее применению к договору с участием потребителя

1. Выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны.

2. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве и при наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 настоящей статьи, к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

3. Правила, установленные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, не применяются:

1) к договору перевозки;

2) к договору о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуги должны быть оказаны исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя.

Предусмотренные настоящим пунктом изъятия не распространяются на договоры об оказании за общую цену услуг по перевозке и размещению (независимо от включения в общую цену стоимости других услуг), в частности на договоры в сфере туристического обслуживания.

4. В случаях, не предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами той страны, право которой применялось бы к этому договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

5. За установленными настоящей статьей изъятиями право, подлежащее применению к договору с участием потребителя, определяется по общим правилам настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору.

1. Можно пояснить, что отношения с участием потребителя могут регулироваться иностранным правом, если речь идет о гражданско-правовых аспектах таких отношений и если они осложнены иностранным элементом.

2. Можно подчеркнуть в отношении п. 1 этой статьи, что:

1) она неприменима в ситуациях с использованием, приобретением или заказом недвижимости (включая суда);

2) она неприменима в ситуациях, когда контрагент потребителя не является профессиональной стороной.

3. Можно подчеркнуть в отношении п. 1 и п. 4 этой статьи, что в них не идет речь о нормах непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ).

Статья 1213. Право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества

1. При отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору в отношении недвижимого имущества, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой такой договор наиболее тесно связан, считается, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится недвижимое имущество.

2. К договорам в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества применяется российское право.

1. Можно пояснить по п. 2, что под «иным недвижимым имуществом» также понимаются воздушные суда, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации в РФ.

2. Можно указать, что презумпция наличия у договора наиболее тесной связи с правом страны, где находится недвижимое имущество, может быть опровергнута в зависимости от обстоятельств.

Статья 1214. Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица

1. Выбор права, подлежащего применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, не может затрагивать действие императивных норм права страны места учреждения юридического лица по вопросам, указанным в пункте 2 статьи 1202 настоящего Кодекса.

2. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, применяется право страны, в которой учреждено или подлежит учреждению юридическое лицо.

1. Можно пояснить смысл п. 1 этой статьи: разграничение сферы действия статута договора и статута юридического лица.

Статья 1215. Сфера действия права, подлежащего применению к договору

1. Правом, подлежащим применению к договору в соответствии с правилами статей 1210—1214, 1216 настоящего Кодекса, определяются, в частности:

- 1) толкование договора;
- 2) права и обязанности сторон договора;
- 3) исполнение договора;
- 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
- 5) прекращение договора;
- 6) последствия недействительности договора.

2. Если иное не вытекает из закона, положения пункта 1 настоящей статьи не затрагивают, в частности, сферу действия права, подлежащего применению к вопросам, указанным в пункте 2 статьи 1202, статье 1205¹ и пункте 5 статьи 1217¹ настоящего Кодекса.

1. Можно пояснить, что значат слова «в частности», и какие еще могут быть моменты.

2. Можно пояснить, что:

основания недействительности сделок необязательно регулируются правом, подлежащим применению к договору, а могут в зависимости от обстоятельств определяться правом РФ;

в то же время в зависимости от обстоятельств основания недействительности сделок могут регулироваться и правом, подлежащим применению к договору.

При решении этого вопроса суду следует руководствоваться в том числе факторами, указанными выше в п. 19 раздела 2.

3. Очень важно пояснить смысл п. 2 этой статьи, так как в нем речь идет уже о коллизиях коллизионных норм.

Статья 1216. Право, подлежащее применению к уступке требования

1. Право, подлежащее применению к соглашению между первоначальным и новым кредиторами об уступке требования, определяется в соответствии с правилами настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору.

2. Допустимость уступки требования, отношения между новым кредитором и должником, условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику новым кредитором, вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником определяются по праву, подлежащему применению к требованию, являющемуся предметом уступки.

1. Следует объяснить разницу между п. 1 и п. 2 данной статьи.

2. Можно пояснить на примере смысл статьи.

Статья 1216¹. Право, подлежащее применению к переходу прав кредитора к другому лицу на основании закона

При удовлетворении третьим лицом требования кредитора к должнику переход на основании закона прав кредитора к такому третьему лицу (новому кредитору) определяется по праву, подлежащему применению к отношениям между первоначальным кредитором и новым кредитором, если иное не вытекает из закона или совокупности обстоятельств дела.

При этом в отношениях между должником и новым кредитором не затрагивается действие направленных на защиту должника положений права, подлежащего применению к обязательству между должником и первоначальным кредитором.

1. Можно пояснить на примере смысл статьи.

Статья 1217. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок

К обязательствам, возникающим из односторонних сделок, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется право страны, где на момент совершения односторонней сделки находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

1. Можно пояснить, что слова «если иное явно не вытекает из... условий или существа сделки» не подразумевают того, что лицо, совершающее одностороннюю сделку, вправе выбрать применимое право.

Статья 1217¹. Право, подлежащее применению к отношениям представительства

1. Если представительство основано на договоре, отношения между представляемым и представителем определяются по правилам настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору.

2. Если иное не вытекает из закона, отношения между представляемым или представителем и третьим лицом определяются по праву страны, которое выбрано представляемым в доверенности, при условии, что третье лицо и представитель были извещены об этом выборе.

Если представляемый не выбрал применимое право в доверенности либо выбранное право в соответствии с законом не подлежит применению, отношения между представля-

мым или представителем и третьим лицом определяются по праву страны, где находится место жительства или основное место деятельности представителя. Если третье лицо не знало и не должно было знать о месте жительства или об основном месте деятельности представителя, применяется право страны, где преимущественно действовал представитель в конкретном случае.

3. В случае, если полномочие предоставлено представителю для совершения сделки в отношении недвижимого имущества и при этом сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежит обязательной государственной регистрации, применяется право страны, где недвижимое имущество внесено в государственный реестр.

4. В случае, если полномочие предоставлено представителю для ведения дела в государственном или третейском суде, применяется право страны, где проводится судебное или третейское разбирательство.

5. Правом, подлежащим применению к отношениям между представляемым или представителем и третьим лицом, определяются, в частности:

- 1) наличие и объем полномочий представителя;
- 2) последствия осуществления представителем своих полномочий;
- 3) требования к содержанию доверенности;
- 4) срок действия доверенности;
- 5) прекращение доверенности, в том числе последствия ее прекращения для третьих лиц;
- 6) допустимость выдачи доверенности в порядке передоверия;
- 7) последствия совершения сделки при отсутствии полномочий действовать от имени представляемого или при превышении этих полномочий, в том числе в случае последующего одобрения такой сделки представляемым.

6. Если иное не вытекает из закона или существа отношений, при отсутствии в доверенности иных указаний считается, что в объем полномочий представителя входит определение порядка разрешения споров (заключение соглашений о передаче споров в государственный или третейский суд и т.п.), а также выбор права, подлежащего применению к сделкам, совершаемым представителем от имени представляемого.

7. Положения настоящей статьи не распространяются на отношения представительства, основанные на указании закона либо акте уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления.

1. В отношении п. 2 этой статьи можно пояснить, что третье лицо и представитель должны быть извещены о выборе права представляемым заранее либо что право страны, которое выбрано представляемым в доверенности, может начать определять отношения между представляемым или представителем и третьим лицом только с того момента, когда они узнали о таком выборе.

2. В отношении п. 4 этой статьи можно указать, что место, где проводится третейское разбирательство, следует определять с учетом ст. 20 «Место арбитража» Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» («1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража). В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, третейский суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в ином месте, которое он посчитает надлежащим

для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон в устном слушании либо для осмотра товаров, другого имущества или документов»).

3. В отношении п. 5 этой статьи можно пояснить, что значат слова «в частности», и какие еще могут быть моменты.

4. Можно пояснить в отношении п. 7 этой статьи, что под «законом» может пониматься и иностранный закон, а под актом уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления — акт иностранного органа.

Статья 1217². Право, подлежащее применению к прекращению обязательства зачетом
Прекращение обязательства зачетом определяется по праву страны, подлежащему применению к отношению, из которого возникло требование, против которого заявляется о зачете встречного требования. Прекращение обязательства зачетом, производимое по соглашению сторон, определяется правилами настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору.

1. Можно пояснить на примере смысл первого предложения.

2. В отношении второго предложения можно указать на конкретные статьи раздела VI «МЧП».

Статья 1218. Право, подлежащее применению к отношениям по уплате процентов
Основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству.

1. Можно указать, что под «соответствующим обязательством» понимается именно денежное обязательство.

Статья 1219. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда

1. *К обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране.*

2. *Если стороны обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, имеют место жительства или основное место деятельности в одной и той же стране, применяется право этой страны. Если стороны данного обязательства имеют место жительства или основное место деятельности в разных странах, но являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны.*

3. *Если из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство, возникающее вследствие причинения вреда, тесно связано с договором между потерпевшим и причинителем вреда, заключенным при осуществлении этими сторонами предпринимательской деятельности, к данному обязательству применяется право, подлежащее применению к такому договору.*

4. *Правила настоящей статьи применяются, если между сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, не заключено соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству (статья 1223¹).*

1. Можно пояснить по п. 1, что слова «для требования о возмещении вреда» не предполагают наличие факта доказанности вреда: речь идет лишь о требовании в условиях, когда лицо полагает, что вред был причинен.

2. Можно пояснить по п. 2, что слова «являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны» имеют в виду наличие у сторон одного и того же личного закона согласно ст. 1195 и ст. 1202 ГК РФ.

Статья 1220. Сфера действия права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда

На основании права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются, в частности:

- 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- 3) основания ответственности;
- 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее;
- 5) способы возмещения вреда;
- 6) объем и размер возмещения вреда.

1. Можно пояснить, что значат слова «в частности», и какие еще могут быть моменты.

Статья 1220¹. Право, подлежащее применению к установлению допустимости требования о возмещении вреда страховщиком

Требование о возмещении вреда может быть предъявлено потерпевшим непосредственно к страховщику, если это допускается по праву, подлежащему применению к обязательству, возникающему вследствие причинения вреда, или по праву, подлежащему применению к договору страхования.

1. Можно пояснить на примере смысл той *actio directa*, о которой говорится в данной статье.

Название этой статьи, взятое само по себе, может вводить неискушенных лиц в заблуждение: оно может создать у них впечатление, что в этой статье говорится в коллизионном плане вообще о допустимости любых требований о возмещении вреда, выдвигаемых к страховщику, в том числе страхователем.

Между тем из содержания комментируемой статьи ясно, что в ней речь идет только о допустимости требования о возмещении вреда, предъявляемого непосредственно к страховщику третьим лицом как потерпевшим (а отнюдь не страхователем, связанным со страховщиком договором). Ключевым здесь является слово «непосредственно», указывающее на то, что потерпевший в договорных отношениях со страховщиком не состоит.

Статья 1221. Право, подлежащее применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги

1. К требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, по выбору потерпевшего применяется:

1) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавца или изготовитель товара либо иной причинитель вреда;

2) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший;

3) право страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или право страны, где был приобретен товар.

Выбор потерпевшим права, предусмотренного подпунктом 2 или 3 настоящего пункта, не допускается, если причинитель вреда докажет, что он не предвидел и не должен был предвидеть распространение товара в соответствующей стране.

2. Если стороны в соответствии со статьей 1223¹ настоящего Кодекса выбрали по соглашению между собой право, подлежащее применению к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, применяется выбранное сторонами право.

3. Если потерпевший не воспользовался предоставленным ему пунктом 1 настоящей статьи правом выбора и отсутствует соглашение сторон о подлежащем применению праве, применяется право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда, при условии, что из закона, существа обязательства либо совокупности обстоятельств дела не вытекает иное.

4. Правила настоящей статьи соответственно применяются к требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре, работе или об услуге.

1. Можно объяснить соотношение этой статьи со ст. 1219 ГК РФ — что тут имеет место особый случай.

2. Можно указать, что ст. 1220 применима и в данном случае.

Статья 1222. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции

1. К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства.

Если недобросовестная конкуренция затрагивает исключительно интересы отдельного лица, применимое право определяется в соответствии со статьями 1219 и 1223¹ настоящего Кодекса.

2. К обязательствам, возникающим вследствие ограничения конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут этим ограничением конкуренции, если иное не вытекает из закона или существа обязательства.

3. Выбор сторонами права, подлежащего применению к обязательствам, указанным в абзаце первом пункта 1 и пункте 2 настоящей статьи, не допускается.

1. Можно указать, что речь идет о праве, применимом именно к гражданско-правовым последствиям недобросовестной конкуренции или ограничения конкуренции, а не о том,

по какому праву следует определять, что есть недобросовестная конкуренция или ограничение конкуренции, имели ли они место.

Перед тем как применять эту статью, суд должен удостовериться в том, что факт недобросовестной конкуренции или ограничения конкуренции уже установлен, и решение об этом для него имеет силу.

2. Можно указать, что если затрагиваются несколько рынков, то суд может выбрать одно право из нескольких с учетом факторов, указанных выше в п. 19 раздела 2.

Статья 1222¹. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора

1. К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, применяется право, подлежащее применению к договору, а если договор не был заключен, применяется право, которое применялось бы к договору, если бы он был заключен.

2. Если применимое право не может быть определено в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, право, подлежащее применению, определяется в соответствии со статьями 1219 и 1223¹ настоящего Кодекса.

1. Можно указать на связь этой статьи со ст. 434¹ «Переговоры о заключении договора».

2. Можно подчеркнуть, что речь в этой статье идет лишь о случае с недобросовестными действиями при проведении переговоров, а не вообще о переговорах о заключении договора.

3. Можно подчеркнуть, что ссылка на ст. 1223¹ ГК РФ означает именно возможность выбора сторонами обязательства права той или иной страны.

Статья 1223. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения

1. К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место.

2. Если неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым правоотношением, по которому приобретено или сбережено имущество, к обязательствам, возникающим вследствие такого неосновательного обогащения, применяется право страны, которому было или могло быть подчинено это правоотношение.

3. Правила настоящей статьи применяются, если между сторонами обязательства, возникающего вследствие неосновательного обогащения, не заключено соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству (статья 1223¹).

1. Можно пояснить на примере смысл п. 1 и п. 2 данной статьи.

Статья 1223¹. Выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения

1. Если иное не вытекает из закона, после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, стороны мо-

гут выбрать по соглашению между собой право, подлежащее применению к обязательству, возникающему вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения.

Выбранное сторонами право применяется без ущерба для прав третьих лиц.

2. Если в момент совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства.

1. Можно подчеркнуть, что выбор права возможен только в случае с обязательствами, возникающими вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения, а не в отношении иных внедоговорных обязательств.

2. Следует подчеркнуть связь этой статьи со ст. 1210 «Выбор права сторонами договора» ГК РФ.

3. Можно пояснить на примере, что означает «без ущерба для прав третьих лиц».

4. Можно подчеркнуть, что в п. 2 не зря использовано два раза слово «все»: необходимо, чтобы именно все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства были связаны только с одной страной.

5. Как уже говорилось в отношении ст. 1192 «Нормы непосредственного применения», можно пояснить, что «императивные нормы» в п. 2 этой статьи – не то же самое, что нормы непосредственного применения.

Статья 1224. Право, подлежащее применению к отношениям по наследованию

1. Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства, если иное не предусмотрено настоящей статьёй.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, – по российскому праву.

2. Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права.

1. Можно пояснить, что именно охватывается понятием «отношения по наследованию».

2. Можно пояснить, в чем именно разница между п. 1 и п. 2 этой статьи.

3. Можно пояснить, что такое «недвижимое имущество, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации» в плане воздушных судов, морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов, подлежащих государственной регистрации в РФ.

ИЗ ИНОСТРАННОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ

Ниже приводятся на английском языке выдержки из двух арбитражных решений по делам, которые администрировались Арбитражным институтом Торговой палаты Стокгольма.

Одной из сторон в деле, по которому было вынесено первое решение, являлось российское лицо; во втором деле обе иностранные стороны контролировались российскими лицами, и спор касался российского рынка.

Эти решения приводятся именно ввиду того, что в РФ знания об арбитражных решениях, вынесенных в развитых странах, еще не очень серьезно распространены. Указанный недостаток следует, безусловно, устранять. И хотя приведенные ниже решения вынесены 20 лет назад, это отнюдь не означает того, что и сегодня они не могут служить иллюстрациями подходов в шведском арбитраже к современным спорам, в которых участвуют российские субъекты.

Ранее данные решения были опубликованы в журнале «Stockholm Arbitration Report» (№ 2 за 1999 г.), который в России доступен мало кому (что является одной из причин решения эти воспроизвести). Они публикуются с согласия Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма.

The following are extracts in English from two arbitration awards in cases administered by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

One of the parties to the case, in which first award was made, was a Russian entity; in the second case both foreign parties were controlled by Russian persons and the dispute concerned the Russian market.

These awards are given below precisely in light of the fact that in the Russian Federation awareness of the arbitration awards made in developed countries is not yet very widespread. This shortcoming should no doubt be addressed. Though these awards set out below were made 20 years ago that certainly does not mean that they may not serve nowadays as illustrations of approaches taken in Swedish arbitration towards modern disputes involving Russian parties.

Previously these awards were published in the “Stockholm Arbitration Report” (No. 2 for 1999) which is accessible only to a few in Russia (this is one of the reasons to reproduce them here). The awards are published with the consent of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE

ARBITRAL DECISION RENDERED IN 1998 IN CASE 104/1997

Subject-matters: (1) Bankruptcy of Respondent during the arbitration.
Non-binding effect of the award under Finnish law.
(2) Discontinuance of the arbitration.

Findings:

(1) Under Finnish law an award rendered against a party in bankruptcy is not binding in the bankruptcy proceedings.

(2) A request for “discontinuance of” the arbitration was construed as a withdrawal of the case.

Parties: Claimant: X (Russian Federation)
Respondent: Y (Finland)

Place of arbitration: Stockholm

Nationality of arbitrators: Sole arbitrator, Swedish

Arbitration costs: EUR 2 000

SUMMARY

In June 1995, X and Y entered into an agreement pursuant to which Y was to undertake the construction of a sauna.

The agreement provided for resolution of any disputes between the parties by way of arbitration in the Chamber of Commerce in Stockholm, Sweden.

After disputes had arisen between the parties under the agreement, Claimant, in September 1997, requested arbitration before the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. The parties agreed that the dispute was to be resolved by a sole arbitrator. In February 1998, the Arbitration Institute appointed A as sole arbitrator.

The case was referred to the sole arbitrator in July 1998.

ARBITRAL DECISION

In a document entitled “Arbitral decision”, dated 20 August 1998, the arbitrator ruled as follows:

“Respondent was declared bankrupt by decision of the District Court of Lappeenranta, Finland, in May 1998. In a meeting on 4 August 1998, the creditors of Respondent decided not to continue on behalf of the bankruptcy estate the arbitration proceedings being conducted in Stockholm.

In a letter of 12 August 1998, the sole arbitrator informed Claimant that an award rendered in an arbitration which is ongoing at the time of a bankruptcy under Finnish law, is not binding in the bankruptcy proceedings (such information having been received from the administrator of the bankruptcy estate).

Subsequently, in a fax dated 17 August 1998, Claimant submitted that it asked for ‘the discontinuance of’ this arbitration. This must be construed as a withdrawal of the claims on the part of Claimant.

It is now decided as follows.

This Arbitration is terminated without any ruling under substantive merits of the dispute.

Claimant is ordered to pay... [to the sole arbitrator and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce].

The fees and expenses of the arbitrator and the Arbitration Institute will be covered out of the security paid to the Arbitration Institute and shall ultimately be borne by Claimant.”

ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE

FINAL ARBITRAL AWARD RENDERED IN 1998 IN CASE 16/1998

Subject-matters:

- (1) Trading in Russian securities; failure by trader to comply with client's instructions; client's identity and validity of instructions questioned.
- (2) Does deposit of securities with a public notary constitute discharge under Article 327 of the Russian Civil Code?
- (3) Applicable law: Russian or Swedish?
- (4) Does a penalty clause relating to late payment apply in lieu of or in addition to default interest provisions under Swedish law?

Findings:

(1) Where a bank acted as intermediary between the investor and the broker, representatives of the bank had apparent authority to represent the broker.

(2) Respondent is obligated to pay to Claimant a principal amount of USD 317 000, as evidenced by a statement of account; this obligation cannot be affected by Respondent's deposit of any securities with the Moscow notary, unless and until Claimant has accepted such manner of performance by collecting the securities.

(3) Where the contract provided for the application of both Russian and Swedish law, Russian law was not, considering the context and the wording of the clause, intended as a general provision on applicable law. Swedish law applies to the calculation of interest.

(4) In view of the modest level of the contractual penalty and of the contents of the Agreement, the Tribunal finds that the penalty must have been intended to be payable in addition to default interest rather than in lieu thereof.

Parties:

Claimant: X (Bahamas)
Respondent: Y (Cyprus)

Place of arbitration:

Stockholm

Nationality of arbitrators:

Chairman: Swedish
Arbitrator: Swedish
Arbitrator: Swedish

Amount in dispute: EUR 315 000

Arbitration costs: EUR 50 000

SUMMARY

R, a Russian living in Moscow, received in 1997 an authority from his American friend, O, who owns company X, to invest X's money in the Russian securities market. Some friend introduced R to M ("Manager") holding a managerial position in a Russian bank ("the Bank"). M explained to R that there was a Cypriot company, Y, connected to the Bank, which could advantageously be used for securities investments due to the double taxation treaty between Russia and Cyprus. R understood that the people working at the Bank were somehow the owners of Y.

Manager further explained to R which documents would be necessary to conclude an agency agreement ("the Agreement") with Y and directed R to work with another of the Bank's employees, A ("Assistant"), who was handling the practicalities.

R collected a necessary power of attorney from O and brought the required documentation to the Bank, discussed the Agreement with M, whereafter R was introduced to C, representative of the counter-party Y, who signed the Agreement on Y's behalf on August 6, 1997. After that R had no further contacts with C, but his contacts were exclusively with M and A.

The Agreement contains *inter alia* the following provisions:

"X, in the person of R, acting on the grounds of the Power of attorney, and Y, in the person of C... entered into the following contract.

Art. 1. Subject

On the conditions set by this contract Y is under an obligation to legally and otherwise act on behalf of himself and at the expense of X selling and buying securities for a fee.

Art. 5. Amenability

5.1. The Parties assume amenability in accordance with the current legal acts of Russia and this Agreement clause for non-execution or improper execution of the terms of this Agreement...

Art. 7. Dispute Settlement

7.1. The parties will be willing to settle all disputes and disagreements that can arise due to this Agreement by the means of negotiations.

7.2. In case of the disputes between the Parties, concerning the execution of terms of this Agreement, the Parties will take all measures to settle these disputes by the means of negotiations. In case of impossibility of such agreement between the Parties they should be submitted for the consideration to the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of the city of Stockholm. The applied law is the law of Sweden."

X thereafter proceeded to transfer to Y a total amount of USD 300 000 and Y invested these funds into Russian securities for X's account. A number of X's orders on selling and buying securities had been performed by December, when X's owner, O, expressed fears about the Russian market and demanded the money back to the USA. On 17 December 1997 R ordered the sale of the securities and the transfer back to X of the funds. R's letters were personally delivered to his usual contact persons – A, and then M. The instructions were disregarded, and on 12 January 1998 R sent a facsimile with the same request to the Bank. However no funds were transferred, despite

negotiations held by R on 4 February 1998 with M accompanied by L, the lawyer representing both the Bank and Y.

Y declined R's request to sell these securities, on the basis that Y "had not been validly instructed to make such sale" and that X "had not verified that the request had been sent by that same company [X] which contracted with Y". Y refused to recognise R's signature on the order and X's bank requisites therein, which differed from those stated in the Agreement.

In the written statement of account received by R from Assistant in February 1998 the value of securities amounted to USD 317 000. However no money was transferred back to X.

In Y's opinion, pursuant to Russian law, Y had, because of the prevailing uncertainty, been entitled to discharge its obligations to X by depositing the securities with a public notary in Russia. X, on the other hand, maintains that Y had failed to account for funds received.

X filed a request for arbitration with the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, requesting an award ordering Y to pay to X:

- a principal amount of USD 317 000 – in accordance with the last statement of account, or, alternatively, of USD 300 000 – the sum initially invested;
- penalties corresponding to 0.01 per cent per day on said principal amount from 27 December 1997 (10 days after R first requested the money transfer) until the date of the Award;
- interest on the principal amount in accordance with the Swedish Interest Act;
- costs and expenses, including legal fees and costs;
- interest in accordance with the Swedish Interest Act on the total awarded amount, including legal fees and costs, from the date of the award until the date of payment.

Y answered that the claim had no merits, since Y had performed its obligations under the Agreement through the deposit with a public notary. The deposition certificate for securities "at a value of 1 764 000 roubles", dated 10 September 1998 was presented to the Arbitral Tribunal. Y asked the Tribunal to dismiss the claims and order X to reimburse Y for its costs in the arbitration.

Having considered the evidence presented and the testimonies by the parties' representatives, the Arbitral Tribunal concluded, that Y acted in a breach of the Agreement and awarded X's claims.

(1) Trading in Russian securities; failure by trader to comply with client's instructions; client's identity and validity of instructions questioned

Claimant's position

"The Agreement was signed on behalf of Claimant by R pursuant to a Power of Attorney issued by O... Neither O's authority nor the Power of Attorney issued to R were ever questioned by Respondent, not at the conclusion of the Agreement nor when Respondent was subsequently instructed by R to make investments under the Agreement.

After O had become concerned about the prospects of the Russian securities market, R instructed Respondent ... in writing to sell all securities held for the account of Claimant. By a subsequent letter of 17 December 1997, R instructed Respondent to transfer the proceeds of sale to Claimant's bank account... This request was repeated in a letter of 12 January 1998. Respondent has, however, failed to comply with the written requests made by Claimant through

R. According to a Statement of Account dated 5 February 1998 received by Claimant from Respondent, the value of the securities was as per such date USD 317 000.

The very contact between Claimant and Respondent was actually established through R and was a result of a proposal by M [Manager]. In connection with the signing of the Agreement, when R met with C who signed for Respondent, R was also introduced to A [Assistant] who, R was told, would manage Claimant's account and handle any transactions. Thus all concerned on Respondent's side well knew R and that he had the authority to represent Claimant. R's letter of 24 October 1997 was delivered to A [Assistant] personally and his letters of 17 December, 1997 and 12 January, 1998 were delivered to M [Manager] personally and Respondent's reference to the alleged uncertainties regarding Claimant's identity and R's authority are simply a pretext to avoid accounting for funds received.

The fact that R's signature on the Agreement is different from that on the aforementioned letters is a result of Respondent's own request that he sign his name with Latin rather than Cyrillic letters since he was acting for a non-Russian company in concluding the Agreement."

Respondent's position

"Respondent concluded the Agreement with X, an entity with the legal address... and with a bank account No XXXXXX with... bank...

The Agreement required sales orders to be specific and inter alia identify the lowest price at which securities should be sold... Further, the Agreement required sales orders to be accompanied by a power of attorney for Respondent to sell... These requirements were important, not least since the securities would be non-documentary, *i.e.* not in physical possession of Respondent and with an entry in an appropriate register (with a special commercial body, a licensed bank or – in certain cases – with the issuer of the security concerned), stating that Respondent was the 'holder' of the security while X was the 'owner' as evidence of the ownership. For a transfer to be effected the registries would require documentation emanating from the registered owner to be presented by Respondent.

Under the Agreement Respondent could either act in its own name... or in the name of its principal... In practice purchases were effected in Respondent's name but sales, for the reason explained in the preceding paragraph, had to be effected in the name of the principal and hence the need for a proper power of attorney arose regarding sales but not regarding purchases. R was requested to procure such power of attorney but did not do so.

Respondent has received odd letters to its address, but in the name of unrelated individuals, requesting Respondent to sell securities and transfer proceeds of sale. These requests have given particulars for Claimant wholly different from those given in the Agreement and the person signing the requests obviously had a different signature from the person who signed the Agreement for Respondent's counter-party. Furthermore, neither M nor A has held any position with Respondent but M... has met with R to discuss with him the problem of opening investment and depository accounts with the Bank for Claimant. No transactions have, however, been effected with the Bank.

The Statement of Account of 5 February 1998 has nothing to do with Respondent."

Findings of the Arbitral Tribunal

Identity of Claimant

“Respondent has questioned whether X which concluded the Agreement with Respondent is identical to Claimant, on the bases (i) that the address of X stated in the Agreement differs from that of Claimant and (ii) that the bank account designated as Claimant’s differs from that stated in the Agreement.

Considering that Respondent when concluding the Agreement accepted R as the lawful representative of X on the basis of a Power of Attorney stating Claimant’s address, that M according to his witness statement was aware of that address, that the Agreement stating a different address was prepared by Respondent itself and that it is in no way unusual that a legal entity changes its bank account, the Tribunal cannot find that Respondent had good reason at any time to question Claimant’s identity. Considering also the further evidence submitted in the arbitration, including the corporate documents for Claimant, the Tribunal finds it established beyond any doubt that Claimant is indeed the entity which made the Agreement with Respondent. It is furthermore obvious to the Tribunal that Respondent could easily have established this to its satisfaction.”

Respondent and its representatives

“According to R’s testimony, the first part of the investment had been made before the Agreement was signed. This is verified by written evidence, furnished by Respondent, of a bank transfer of USD 250 000 to Respondent with value date 4 August 1997.

Since the Agreement was made on 6 August 1997, it follows that at the time when the Agreement was concluded Respondent was already in possession of USD 250 000 of Claimant’s money and thus already on that basis had fiduciary duties towards Claimant. Furthermore, the position of agent for purposes of securities trading, which Respondent under the Agreement assumed, is by its nature very much a position of trust. The principal entrusts the agent with parts of his fortune and in return has a right to expect the agent to attend to the principal’s interest in a highly professional, faithful and diligent manner. This means inter alia that it is incumbent upon the agent as the expert player to clarify to the principal the rules of the game.

Respondent’s communications with Claimant, before and during the present arbitration, have been through the facilities of the Bank. It was according to R’s uncontested testimony the head of a department of said bank, who introduced R to C who signed the Agreement for Respondent and with M or his subordinate at the Bank, A, that R discussed all issues concerning the Agreement and the investments thereunder. Only for a couple of minutes did R meet with C in connection with the signing of the Agreement and as far as has transpired in this arbitration R had no contacts with anyone purporting to represent Respondent except the three individuals mentioned.

Respondent does not deny that the discussions in Moscow on 4 February 1998, when R once again requested the money to be remitted back to Claimant, were conducted by M and L. Since, in Respondent’s own submission, which is supported by the witness statements of C and M, the Bank never administered any assets for Claimant, it is obvious that M in these discussions and in L’s presence assumed the role of representing Respondent.

Yet Respondent maintains in this arbitration that M and A had no authority whatsoever to represent Respondent, and invokes witness statements by C [who signed for Y] and M himself to such effect. It may well be true that neither of them held any formal position with Respondent. However, there is, in the opinion of the Tribunal, no doubt that Respondent must have understood that Claimant was under the impression that instructions under the Agreement conveyed to any of these two would be effected by Respondent, whatever the underlying arrangements between the Bank and Respondent. There is likewise no doubt that Respondent must have understood that Claimant would take statements of account emanating from said persons as statements validly furnished by Respondent. If this were not the case, then most certainly Respondent would in the course of these proceedings have demonstrated how Respondent intended for Claimant's communications and instructions under the Agreement otherwise to reach Respondent and would similarly have demonstrated how the substantial amount of money furnished by Claimant to Respondent was otherwise intended to be accounted for. The absence of any evidence, or indeed any explanation, from Respondent in such regard together with the evidence brought by Claimant – in particular R's testimony – give room for no conclusion other than that Respondent fully accepted that Messrs. M and A acted vis-à-vis R as Respondent's representatives.

Furthermore, even if it may be argued that R displayed a degree of naiveté in his contacts with Respondent, it is inconceivable that he would have wanted Claimant to entrust several hundred thousand dollars to Respondent, being an unknown offshore company, if he had not been under the distinct impression that Respondent was intimately connected to the Bank; banks being perceived by people in general as highly trustworthy and respectable institutions. It is thus the very association with the bank which has made it possible for Respondent to assume the position of agent and thus to come into possession of Claimant's money.

It is under these circumstances not open to Respondent now to question Manager's and Assistant's authority to act on behalf of Respondent vis-à-vis Claimant and the Tribunal finds their acts to be binding upon Respondent.”

The statements of account

“The Tribunal sees no reason to disbelieve R's testimony regarding how statements of account were rendered. His testimony is also supported by the documentary evidence inasmuch as two written statements of account have been submitted, even if these appear as mere computer printouts and are unsigned. Again, the Tribunal notes that if this had not been the intended manner of accounting, then most certainly Respondent would have furnished evidence and at the very minimum a credible explanation of what was the intended manner. It has thus been established that Respondent, through A [Assistant], in January 1998 verbally informed R that all securities held by Respondent for Claimant had been sold and that the resulting cash balance was USD 317 000. It has likewise been established that Respondent, again through A, furnished a written account to the same effect on February 5, 1998. It follows from the foregoing that this accounting by A must be deemed to have been validly made on behalf of Respondent.”

(2) Does deposit of securities with a public notary constitute discharge under section 327 of the Russian Civil Code?

Respondent's position

“In the circumstances Respondent has pursuant to Article 327¹ of the Russian Civil Code been entitled to discharge its obligations towards Company X, whether that be Claimant or some other entity, by depositing the securities with a public notary. Respondent availed itself of this right by depositing the securities with N, notary of Moscow, and notice of such deposit has been given to X, by the Respondent as well as by the notary.

Claimant should accordingly proceed to prove its entitlement to the securities before the notary and to collect them, but its case against Respondent in these proceedings has no merit and its claims should be dismissed and Respondent be reimbursed for its costs in the arbitration.”

Findings of the Arbitral Tribunal

“Respondent has invoked a certificate from N, Notary of Moscow, issued on 10 September 1998, to the effect that Respondent has deposited securities at a value of 1 764 000 roubles with said notary in favour of X; no further particulars of such entity are given in the certificate. Respondent's position in these proceedings is that these securities represented the total of what Respondent held to Claimant's account prior to the deposit and that there is thus no remaining cash balance in Claimant's favour.

The account furnished by A [Assistant] to R in the beginning of 1998 is not easily reconciled with said certificate from the notary of September 1998. Proceeding from the assumption that the certificate is correct and that Respondent's statement that it holds no cash to Claimant's account is likewise, two explanations are possible. Either Respondent after the date of the statement of account made transactions unauthorised by R, resulting in Respondent holding the securities later deposited according to the certificate, or the account furnished by Assistant to R was not correct when rendered.

It is quite clear to the Tribunal that following Claimant's instructions in December 1997, repeated in January 1998, Respondent had no right to use money held to Claimant's account for

¹ [Article 327. Performance of Obligations by the Placing of a Debt on Deposit

1. A debtor has the right to place money or commercial paper or securities due from it on deposit with a notary and, in cases provided by a statute, on deposit with a court, if an obligation cannot be performed by the debtor as the result of:

- 1) absence of a creditor or person authorized by it to receive performance at the place where the obligation was to be performed;
- 2) lack of dispositive capacity of the creditor and absence of a representative for it;
- 3) clear absence of clarity with respect to who is creditor under the obligation, in particular in connection with a dispute on this among the creditor and other persons;
- 4) refusal of the creditor to accept performance or other delay on its part.

2. Placing of a monetary sum or commercial paper or securities on deposit with a notary or a court is considered performance of the obligation.

The notary or court, in deposit with whom the money or commercial paper or securities has been placed shall notify the creditor of this.

(Translation by Peter B. Maggs and A.N. Zhiltsov, edited by The International Centre for Financial and Economic Development, Moscow, 1997, pp. 301–302)]

further purchases of securities. If Claimant's money was nevertheless used for such purchases, that could not wholly or partially relieve Respondent from its obligation to account for the money to Claimant, in cash. It is in such context irrelevant – whether Respondent has deposited securities for Claimant's benefit – a party entitled to payment in cash obviously has no obligation to accept anything else, even if payment could validly be made by way of deposit with a third party. So if the statement of 5 February 1998 was correct when rendered, but the money was later used for unauthorised purchases by Respondent, Respondent nevertheless must pay to Claimant, in cash, the full principal amount as per that statement.

The remaining possibility is that the account of 5 February 1998 and the verbal information by Assistant preceding it were not correct at the time, *e.g.* because Respondent already then possessed for Claimant's account not cash but the securities later deposited with the notary or because the funds had simply been dissipated. The question is then whether the statement of account, even if incorrect, gave rise to an obligation on the part of Respondent to account for the stated balance, in cash. This question must in the opinion of the Tribunal be answered in the affirmative, for the following reasons.

A customer receiving a statement of account from a bank, another financial institution, a securities broker or an investment agent does not know – indeed cannot know – whether such statement corresponds to any particular transactions undertaken. The customer receives no evidence thereof apart from the statement itself. In view of the often large transactional volumes and considering the fact that money and securities are fungible, no conclusive evidence could normally be furnished anyway. The only proof of what happened to the customer's money is thus the statement of account. But, therefore, such a statement is not simply evidence of an underlying transaction open to rebuttal at a later date, it must be viewed as an undertaking by the issuer to perform in accordance with the statement of account. Reliable securities trading for others would be impossible if it were open to those engaging in such activity to claim that their customers are not entitled to receive performance in accordance with statements of account rendered, statements seemingly confirming adherence to the instructions of the customers. This is readily apparent if it is borne in mind that blanking, legal or illegal, is a well-known feature of the securities trade. If a statement of account were not binding, it would be open to a securities trader to engage indefinitely in blanking and then choose to perform or not to perform depending on market developments, thus leaving his customers with the losses while taking the profits for himself.

Respondent has not attempted to disprove the contents of the statement of account of 5 February 1998 but has merely stated that it does not originate from Respondent. However, Respondent has not in any way accounted for how Claimant's funds were invested or handled prior to the deposit with the notary, apparently made subsequent to 5 February 1998.

Thus, the Tribunal finds that on the basis of the statement of account of 5 February 1998 and the oral information preceding it, Respondent is obligated to pay to Claimant a principal amount of USD 317 000 and that this obligation cannot be affected by any Respondent's deposit of securities with the Moscow notary, unless and until Claimant has accepted such manner of performance by collecting the securities.”

(3) Applicable law: Russian or Swedish?

Claimant's position

“Claimant takes its positions on the basis of Swedish law since that, in Claimant’s submission, based on Article 7.2, is the substantive law applicable to the Agreement.”

Respondent's position

“The Agreement is subject to Russian substantive law while Swedish law only governs the arbitration procedure. This follows from Article 5.1 of the Agreement...”

Finding of the Arbitral Tribunal

“The parties have argued as to whether Swedish or Russian law is of relevance to the determination of the dispute. Neither party has made any reference to the laws of Cyprus.

The conclusions reached by the Tribunal this far do not depend on whether the Agreement is subject to Swedish law, as argued by Claimant, or Russian law, as argued by Respondent. It has in no way been demonstrated in these proceedings that application of Russian law could lead to a result different from that reached above. In particular, the wording of Article 327 of the Russian Civil Code gives no support for the proposition that Respondent could validly have discharged its obligations vis-à-vis Claimant by a deposit of securities. Firstly, the Article does not appear to allow deposit of securities as performance of a monetary obligation and, secondly, the purported uncertainty as to who is the creditor on which Respondent bases its reference to Article 327 did not, in the Tribunal’s opinion, exist.

The Tribunal must, however, determine the issue of applicable law for purposes of deciding Claimants interest claims, which are based on specific provisions of Swedish law.

The language of the last sentence of Article 7.2 is in itself clear: It means that Swedish substantive law shall be applied. It appears in an Article dealing with settlement of disputes, where it is not unusual to find provisions on applicable law.

As pointed out by Respondent, Article 5.1, by contrast, makes reference to current legal acts of Russia. It is said that the Parties ‘assume amenability’ in accordance therewith. The Article as a whole deals with liability. In context and considering the wording, it seems to the Tribunal unlikely that Article 5.1 could have been intended as a general provision on applicable law, and under all circumstances it is far too ambiguous to oust the plain meaning of Article 7.2. No particular provisions of Russian legislation relevant to the determination of liability for breach of contract have been demonstrated in this arbitration and consequently the Tribunal may under all circumstances determine the dispute on the basis of general principles of law as contained in Swedish law and may apply Swedish law to the issue of interest.”

(4) Does a penalty clause relating to late payment apply in lieu of or in addition to default interest provisions under Swedish law?

Findings of the Arbitral Tribunal

“Article 5.2 of the Agreement reads as follows:

‘A Party exceeding the time-limit of the financial obligations, specified by this agreement, pays the other Party a fine in the amount of 0.01 % of the delayed sum as a forfeit for every calendar day of the delay, but no more than 10 %.’

Article 5.4 of the Agreement reads as follows:

‘The payment of fines does not release the fault Party from the execution of the obligations and caused loss compensation.’

The Tribunal finds that the time-limit for Respondent’s specific financial obligation to pay the disputed amount to Claimant was 12 January 1998 when this was demanded by R’s fax to Manager; while Respondent was in default prior to such date the movements on the account as late as on 8 January 1998, evidenced by the statement of 5 February 1998, make it impossible to compute any penalty prior to 12 January 1998. The penalty accrued until the date of this Award is thus USD 10 880.

In view of the modest level of the penalty and of the contents of Article 5.4 of the Agreement, the Tribunal further finds that the penalty must have been intended to be payable in addition to default interest rather than in lieu thereof. Claimant is thus also entitled to interest, at a rate which by 8 percentage units exceeds the official discount rate as from time to time fixed by the Bank of Sweden, from 12 January 1998 until Payment on USD 317 000 [principal amount] and on the penalty amount from the date of this Award until payment.”

AWARD

“Respondent is ordered to pay immediately to Claimant an amount of USD 317 000 plus interest thereon at a rate which by 8 percentage units exceeds the official discount rate as from time to time determined by the Bank of Sweden from 12 January 1998 until payment;

Respondent is ordered to pay immediately to Claimant a further amount of USD 10 880 plus interest thereon at a rate which by 8 percentage units exceeds the official discount rate as from time to time determined by the Bank of Sweden from the date of this Award until payment;

Respondent is ordered to further reimburse Claimant its costs on this arbitration by paying immediately (i) the amount... plus interest on both amounts at a rate which by 8 percentage units exceeds the official discount rate as from time to time determined by the Bank of Sweden from the date of this Award until payment;

The fees and costs of the arbitrators are determined...

The fees of the Institute are determined...

Respondent is ordered to reimburse Claimant its costs for items 4 and 5 above by paying immediately... plus interest thereon at a rate which by 8 percentage units exceeds the official discount rate as from time to time determined by the Bank of Sweden from the date of this Award until payment.”

ИЗ РОССИЙСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ

Ниже приводятся два решения третейских судов по делам, которые администрировались МКАС при ТПП РФ (от 25 марта 2016 г. по делу № 105/2015 и от 27 июня 2016 г. по делу № 102/2015), а также акты государственных судов России и Швеции в их отношении.

Первое из них размещено на Интернет-сайте Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, а также на Интернет-сайте ЮНСИТРАЛ в системе CLOUT. Второе любое лицо может получить по запросу по электронной почте в Апелляционный суд Свеа о предоставлении электронной копии решения этого суда от 22 июня 2017 г. по делу № Ö 4396-16 (такое третейское решение является приложением к данному решению, вследствие чего требования о конфиденциальности на него не распространяются).

Ввиду этого указанные третейские решения приводятся полностью, без какой-либо анонимизации (за одним исключением). Однако они были в определенной степени отредактированы, а также в них были исправлены некоторые грамматические и пунктуационные неточности.

Решение от 27 июня 2016 г. по делу № 102/2015 было приведено в Швеции в исполнение, а в России суд отменять его отказался.

Решение же от 25 марта 2016 г. по делу № 105/2015 привлекает внимание по двум причинам:

1) Арбитражный суд г. Москвы отменять его не стал, тогда как шведские суды отказались приводить его в исполнение;

2) это решение является примером практики, которая в делах МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ широко распространена, но поощрять которую не следует: большинство арбитров в таких делах совсем не склонны заниматься организацией и планированием разбирательства, тем более во взаимодействии со сторонами спора (в том числе по электронной почте). Они действуют по привычному шаблону, по старинке: назначают дело к слушанию, чтобы все возникающие вопросы, включая предварительные, рассмотреть именно на нем. При этом общение со сторонами поручается секретариату МКАС или МАК, который часто может взаимодействовать с ними при помощи переписки на бумаге через Почту России. Все это может вести к отложению слушаний, к затягиванию и снижению эффективности разбирательств. А потом решения, вынесенные с использованием подобных неразумных подходов, могут отказываться приводить в исполнение за рубежом.

Поучительный для всех пример по поводу того, как следует организовывать и планировать арбитражные разбирательства. Равным образом поучительная для всех история о том, как за рубежом относятся к подобной распространенной, к сожалению, в МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ практике.

Below we cite two arbitral tribunal awards in cases administered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (dated 25 March 2016 for case No. 105/2015 and dated 27 June 2016 for case No. 102/2015), as well as the acts of the state courts of Russia and Sweden regarding these awards.

The first award is posted on the website of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, as well as on the website of UNCITRAL in CLOUT system. The second award may be

obtained by any person from the Svea Court of Appeal by email request to submit the decision of that court dated 22 June 2017 in the case No. Ö 4396-16 in the digital form (such award is the annex to that decision and therefore is not subject to the confidentiality requirements).

For these reasons the mentioned arbitral awards are presented in full, without any anonymization (with one exception). However, they have been edited to a certain extent, and some grammar and punctuation inaccuracies have been corrected in them as well.

The award dated 27 June 2016 in the case No. 102/2015 was enforced in Sweden while in Russia the court refused to set it aside.

The award dated 25 March 2016 in the case No. 105/2015 is interesting for two reasons:

1) the Moscow City Arbitrazh Court did not set it aside while the Swedish courts refused to enforce it;
2) this award is an example of the practice which is widespread in the cases at the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation and the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation but which should not be encouraged: most arbitrators in such cases are far from inclined to organize and plan the proceedings, still less in cooperation with the parties to a dispute (including by email). They stick to the traditional, “good old” pattern: to schedule a hearing date so that all issues arising, including preliminary ones, can be considered just at that event. And communications with the parties is entrusted to the ICAC or the MAC Secretariat which may often interact with them by hard copy correspondence sent via the Russian Post. All these factors may lead to postponements of hearings and protraction, reducing the efficiency of the proceedings. And after that, awards issued using such unreasonable approaches, may be denied enforcement abroad.

It is a cautionary tale for all as to how arbitral proceedings should be organized and planned. And, similarly, an enlightening tale for all as to how that practice, deplorably widespread in the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation and the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, is treated abroad.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT
AT THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY
OF THE RUSSIAN FEDERATION

Дело № 105/2015

РЕШЕНИЕ

г. Москва

«25» марта 2016 г.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в составе

Председателя В.И. Чайки (в заседаниях 19.11.2015 г., 11.12.2015 г., 24.12.2015 г.), Ю.П. Цветкова (в заседании 05.02.2016 г.)

Арбитров Е.П. Губина и [...]

рассмотрел в заседаниях 19.11.2015 г., 11.12.2015 г., 24.12.2015 г. и 05.02.2016 г.

дело по иску Общества с ограниченной ответственностью «Белая птица – Курск», Курская область, Россия, к компании «Robotgrader A.B.», Мельдаль, Швеция, о взыскании евро 362.610,00

В заседании по делу приняли участие:

представители Истца: в заседаниях 19.11.2015 г. и 11.12.2015 г. – Киселев Г.Н. по доверенности № 166 от 28.10.2015 г., Меснянкин М.М. по доверенности № 61 от 20.01.2015 г.; в заседании 24.12.2015 г. – Меснянкин М.М. по доверенности № 61 от 20.01.2015 г.; 05.02.2016 г. – Меснянкин М.М. по доверенности № 15 от 27.01.2016 г.;

представители Ответчика: в заседаниях 19.11.2015 г., 11.12.2015 г. и 05.02.2016 г. – Еремина О.Д. по доверенности от 20.07.2015 г.; в заседании 24.12.2015 г. – Фалилеев П.А. по доверенности от 20.07.2015 г.

Другие лица, участвующие в заседании: нет

Докладчик: Ю.Б. Звонцова

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

19 мая 2015 г. в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) поступило исковое заявление Общества с ограниченной ответственностью «Белая птица – Курск», Курская область, Россия (далее – Истец), к компании «Robotgrader A.B.», Мельндаль, Швеция, (далее – Ответчик) о взыскании евро 362 610,00.

Из искового заявления следует, что 09.06.2011 г. между Ответчиком и ЗАО «Курский Агрохолдинг» был заключен контракт № 10/06/11-М (далее – Контракт), на основании которого Ответчик обязался осуществить монтаж, пусконаладку и ввод в эксплуатацию оборудования – роботтрейдеров для взвешивания, сортировки и упаковки мяса курицы на площадке ЗАО «Курский Агрохолдинг», а также осуществить обучение персонала, а ЗАО «Курский Агрохолдинг» обязалось создать необходимые условия для выполнения указанных услуг, принять их результат и уплатить Ответчику обусловленную Контрактом цену.

На основании решения общего собрания акционеров ЗАО «Курский Агрохолдинг» № 1 от 29.12.2014 г. ЗАО «Курский Агрохолдинг» было реорганизовано путем преобразования с одновременным изменением наименования в Общество с ограниченной ответственностью «Белая птица – Курск» (Истец), о чем 19.01.2015 г. была сделана запись в Едином государственном реестре юридических лиц. В соответствии с изложенным, Истец приобрел все права и обязанности ЗАО «Курский Агрохолдинг» по Контракту.

В силу пункта 2.1 Контракта общая стоимость услуг составляет евро 324.000,00. Платежи по Контракту производятся в валюте «Евро» путем перечисления 100% стоимости услуг, указанной в п. 2.1 Контракта, в течение 60 (шестидесяти) рабочих дней с момента подписания Контракта (п. 3.1 и п.п. 3.1.1 Контракта). Во исполнение принятых на себя обязательств Истец перечислил Ответчику евро 324.000,00, что подтверждается заявлением на перевод № 1 от 28.10.2011 г., выпиской по лицевому счету Истца на указанную дату, мемориальным ордером № 1 от 28.10.2011 г.

Пунктом 5.3.2 Контракта предусмотрен срок начала оказания услуг: не позднее 8 (восьми) рабочих недель с момента получения письменного сообщения от Заказчика о готовности оборудования и площадки к монтажу.

Как следует из искового заявления, 12.10.2012 г. Истец направил в адрес Ответчика уведомление о готовности площадки к осуществлению монтажных работ. Далее Истец направил Ответчику требование о начале производства работ № 196 от 31.10.2012 г.

Поскольку Ответчик не выполнил обязательства по Контракту в установленные сроки, не оказал предусмотренные Контрактом услуги, Истец направил в адрес Ответчика уведомление № 1573 от 25.10.2013 г. о расторжении Контракта и потребовал возврата суммы перечисленного аванса в размере евро 324.000,00.

До даты подачи искового заявления Ответчик не возвратил указанные денежные средства Истцу, что послужило причиной для обращения в МКАС с иском о взыскании с Ответчика суммы евро 324.000,00 как суммы неосновательного обогащения на основании статьи 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Кроме того, Истец требует взыскать с Ответчика проценты за пользование чужими денежными средствами в сумме евро 38.610,00 в порядке статьи 395 ГК РФ, начисленные на сумму евро 324.000,00 за период с 12.11.2013 г. (следующий день после даты вручения письма № 1573 от 25.10.2013 г.) по 16.04.2015 г. (дата искового заявления) по ставке 8,25% годовых (ставка рефинансирования Центрального Банка России (далее – ЦБ РФ)).

В обоснование компетенции МКАС Истец сослался на пункт 7.1 Контракта.

В связи с предъявлением настоящего иска Истец уплатил арбитражный сбор в российских рублях в размере, эквивалентном сумме долл. США 21.430,00.

02.07.2015 г. в МКАС поступило заявление Истца об избрании арбитров: Е.П. Губин избран основным арбитром, А.Е. Шерстобитов – запасным.

6 июля 2015 г. Секретариат МКАС направил Ответчику письмо № 1800-105/2426, в котором сообщил о предъявлении иска, предложил представить в установленный Регламентом МКАС срок письменные объяснения по иску, довел до сведения информацию об избрании арбитров Истцом и предложил избрать арбитров со своей стороны. Вместе с указанным письмом Ответчику направлено исковое заявление с приложенными к нему материалами. Письмо направлено по адресу Ответчика, указанному в иске и совпадающему с адресом Ответчика, указанным в Контракте. Согласно уведомлениям курьерской службы DHL, данное письмо доставлено Ответчику 9 июля 2015 г.

24.07.2015 г. в МКАС поступило заявление Ответчика об избрании арбитров: О.Н. Зименкова избрана основным арбитром, А.А. Костин – запасным.

28 июля 2015 г. Секретариат МКАС направил письмо № 1800-105/2650 Истцу с информацией об избрании арбитров Ответчиком.

В соответствии с п. 7 § 17 Регламента МКАС председателем состава арбитража по делу назначен В.И. Чайка, запасным председателем – Ю.П. Цветков, о чем Секретариат МКАС уведомил стороны письмом № 1800-105/2916 от 24.08.2015 г.

Устное слушание дела было назначено на 19 ноября 2015 г. в 10:30. О времени и месте устного слушания стороны были извещены повесткой № 1800-105/3377 от 23 сентября 2015 г., в которой по указанию председателя состава Ответчику предлагалось представить отзыв на исковое заявление в срок до 1 ноября 2015 г. По данным почтовых служб, повестка вручена Истцу 8 октября 2015 г., Ответчику 25 сентября 2015 г.

Устное слушание по делу состоялось 19 ноября 2015 г. по адресу МКАС. В заседании присутствовали представители обеих сторон. Стороны заявили совместное ходатайство об отложении устного слушания по делу в связи с намерением заключить мировое соглашение по существу спора. Состав арбитража, руководствуясь параграфом 35 Регламента МКАС, постановил отложить устное слушание по делу на 11.12.2015 г. на 10:00. Соответствующее постановление было выдано представителям сторон под расписку о получении.

11.12.2015 г. состоялось следующее устное слушание по делу, в заседании присутствовали представители обеих сторон. До заседания стороны представили для обозрения арбитража текст документа, предлагаемого в качестве мирового соглашения. В заседании состав арбитража, ознакомившись с представленным текстом, обратил внимание сторон на то, что представленный документ фиксирует новые обязательства сторон и не является мировым соглашением по существу спора. Стороны заявили совместное ходатайство об отложении устного слушания для корректировки текста представленного документа. Состав арбитража, руководствуясь параграфом 35 Регламента МКАС, постановил отложить устное слушание по делу на 24.12.2015 г. на 15:00. Соответствующее постановление было выдано представителям сторон под расписку о получении.

24.12.2015 г. состоялось следующее устное слушание по делу, в заседании присутствовали представители обеих сторон. Представители обеих сторон заявили ходатайство об отложении устного слушания по делу в связи с тем, что переговоры о мирном урегулировании спора еще не закончены. Состав арбитража, руководствуясь параграфом 35 Регламента МКАС, постановил отложить устное слушание по делу на 05.02.2016 г. на 10:00. Соответствующее постановление было выдано представителям сторон под расписку о получении.

05.02.2016 г. состоялось следующее устное слушание по делу, в заседании присутствовали представители обеих сторон. Председатель состава арбитража В.И. Чайка не смог

принять участие в заседании, поэтому Ю.П. Цветков, назначенный запасным председателем состава арбитража, принял на себя функции председателя состава арбитража согласно п. 1 § 20 Регламента МКАС. Представители сторон отводов составу арбитража не заявили. Представители сторон пояснили, что мирного урегулирования спора сторонам добиться не удалось, представитель Ответчика заявил устное ходатайство об отложении устного слушания по делу в связи с необходимостью подготовки позиции ответчика по существу спора. Представитель Истца настаивал на рассмотрении спора по существу. Состав арбитража принял решение рассмотреть ходатайство Ответчика после заслушивания объяснений сторон.

Представителю Истца было предложено изложить свою позицию. Представитель Истца поддержал заявленные исковые требования в полном объеме.

Представитель Ответчика возражала против предъявленных исковых требований, пояснив при этом, что Ответчик выполнял работы в рамках Контракта, о чем были составлены соответствующие протоколы, которые в настоящем заседании им не могут быть представлены.

На вопрос представителя Истца предъявить подписанный сторонами Акт выполненных работ представитель Ответчика сообщила, что не готова давать пояснения по существу спора из-за неподготовленности к настоящему заседанию.

На вопрос арбитража о том, проводились ли Ответчиком какие-либо монтажные работы и подписывались ли протоколы или акты о проделанной работе, представитель Истца пояснил, что о подписании протоколов ему ничего неизвестно. Представитель Истца пояснил при этом, что единственным документом, свидетельствующем о выполнении работ в соответствии с Контрактом, является Акт выполненных работ, который отсутствует.

На вопрос арбитража о причинах невыполнения обязательств по Контракту представитель Ответчика пояснила, что Истец не предоставил Ответчику техническую возможность для надлежащего выполнения работ, о чем Истец был уведомлен, но в данном заседании представить подтверждающих документов представитель Ответчика не может.

Представитель Истца не согласился с доводами представителя Ответчика, обратив внимание на то, что Истец письменно уведомлял Ответчика о готовности площадки для осуществления монтажа, но Ответчик к работе не приступал.

На вопрос арбитража, поддерживает ли представитель Истца представленный расчет и сумму, требуемую в качестве процентов за пользование чужими денежными средствами, представитель Истца пояснил, что расчет произведен неверно — на основе ошибочных процентных ставок, но вносить какие-либо изменения в части этого требования отказался.

Состав арбитража рассмотрел ходатайство представителя Ответчика и, посоветовавшись, отклонил его, посчитав, что у Ответчика было достаточно времени для формирования позиции для защиты своих интересов с учетом даты уведомления о предъявленном исковом заявлении (09.07.2015 г.) и даты настоящего слушания (05.02.2016 г.), обратив внимание представителя Ответчика на то, что ни в установленный Регламентом МКАС срок, ни в предложенный председателем состава повторный срок отзыв на иск Ответчиком представлен не был, а также на то, что данное заседание являлось уже четвертым заседанием по делу.

Далее, на вопрос председателя состава арбитража о наличии у сторон каких-либо дополнительных заявлений, пояснений, доводов и/или документов по существу спора, представители сторон ответили отрицательно. Председатель состава арбитража объявил о завершении устного слушания по делу и о том, что решение будет направлено сторонам в установленный Регламентом МКАС срок.

МОТИВЫ РЕШЕНИЯ

Рассмотрев материалы дела и выслушав объяснения представителей сторон, МКАС пришел к следующим выводам.

1. В соответствии с п. 2 ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА), п. 2 Положения о МКАС, являющегося приложением I к указанному Закону, и п. 1 и 2 § 2 Регламента МКАС в МКАС могут передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей. МКАС рассматривает споры при наличии письменного соглашения между сторонами о передаче на его разрешение уже возникшего или могущего возникнуть спора.

Компетенция МКАС по рассмотрению данного спора вытекает из арбитражной оговорки, предусмотренной в п. 7.1 Контракта:

«В случае если разногласия сторон и споры, возникающие из настоящего контракта, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения или недействительности, не могут быть разрешены путем переговоров, то все споры, возникающие из настоящего Контракта, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации города Москвы в соответствии с его Регламентом, решения которого являются обязательными для обеих сторон».

Представители сторон, присутствующие в устном слушании, компетенцию МКАС не оспаривали.

При таких обстоятельствах, руководствуясь ст.ст. 7 и 16 Закона о МКА, п.п. 1, 2 и 4 § 2 Регламента МКАС, п. 7.1 Контракта, МКАС признал себя компетентным рассматривать данный спор.

2. При решении вопроса о праве, применимом к отношениям сторон по данному спору, МКАС руководствовался общим правилом п. 1 ст. 28 Закона о МКА и п. 1 § 26 Регламента МКАС, согласно которому спор должен разрешаться на основе норм права, избранных сторонами в качестве применимых к существу спора.

Пунктом 7.1 Контракта в качестве применимого права предусмотрено законодательство Российской Федерации.

При таких обстоятельствах МКАС считает, что при рассмотрении данного спора подлежит применению законодательство Российской Федерации, в том числе Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ).

3. Рассмотрев искимые требования Истца по существу, МКАС установил следующее.

Контракт № 10/06/11-М от 09.06.2011 г. по своему правовому содержанию является договором возмездного оказания услуг и регулируется статьей 779 ГК РФ, согласно которой по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

В соответствии с п. 1 ст. 781 ГК РФ заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг.

Пунктом 3.1.1 Контракта предусмотрена 100%-ая предоплата стоимости услуг. Цена за услуги составляет евро 324.000,00.

Истец перечислил Ответчику предоплату в размере евро 324.000,00, что подтверждается заявлением на перевод №1 от 28 октября 2011 г., мемориальным ордером № 1 от 28.10.2011 г. и выпиской по лицевому счету предприятия Истца. Получение указанной суммы Ответчиком не опровергается.

Пунктом 5.3.2 Контракта предусмотрен срок начала оказания услуг: не позднее 8 (восьми) рабочих недель с момента получения письменного сообщения от Заказчика о готовности оборудования и площадки к монтажу. В соответствии с п. 5.9 Контракта срок проведения монтажных, пусконаладочных работ составляет 3 (три) недели.

По утверждению Истца, 12.10.2012 г. Ответчику направлено уведомление о готовности площадки к осуществлению монтажных работ. Истец направил Ответчику требование о начале производства работ № 196 от 31.10.2012 г.

Поскольку, как утверждает Истец, работы не были осуществлены надлежащим образом, Истец направил Ответчику уведомление № 1573 от 25 октября 2013 г. о расторжении Контракта, считая, что работы по шеф-монтажу оборудования не выполнены, технический ввод оборудования в эксплуатацию не был осуществлен.

МКАС констатирует, что срок действия Контракта (в редакции Дополнительного соглашения от 14.12.2012 г. к Контракту) истек 31 декабря 2013 г.

При таких обстоятельствах арбитраж пришел к выводу, что Истец исполнил свои обязательства по Контракту, а именно перечислил Ответчику денежные средства в качестве 100%-ой стоимости услуг в сумме евро 324.000,00 и уведомил о готовности площадки (письмо от 12.10.2012 г. и № 196 от 31.10.2012 г.), Ответчик не представил в МКАС какие-либо доказательства, подтверждающие факт выполнения им работ в рамках Контракта.

С учетом изложенного арбитраж считает требование Истца о взыскании с Ответчика суммы евро 324.000,00 обоснованным и подлежащим удовлетворению.

4. Рассмотрев требование Истца о взыскании с Ответчика процентов за пользование чужими денежными средствами в размере евро 38.610,00, МКАС установил следующее. Контракт между сторонами заключен 09.06.2011 г., т.е. до 1 июня 2015 г. — даты введения в действие Федерального закона от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации». Поэтому к отношениям сторон подлежит применению ГК РФ в редакции от 31.12.2014 г. В соответствии со ст. 395 ГК РФ (в ред. от 31.12.2014 г.) предусмотрено, что за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежат уплате проценты на сумму этих средств. Размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или соответствующей его части. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором.

В п. 52 постановления Пленума ВС РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что

«[в] случаях, когда в соответствии с законодательством о валютном регулировании и валютном контроле денежное обязательство выражено в иностранной валюте (статья 317 ГК РФ)

и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора».

Представитель Истца в устном слушании дела подтвердил, что неправомерно руководствовался ставкой рефинансирования, установленной Центральным Банком РФ в отношении денежных обязательств, выраженных в рублях, при расчете процентов, но представить перерасчет искомой суммы процентов в данном заседании отказался, а также Истец не поддержал ранее заявленное ходатайство Ответчика об отложении разбирательства.

При таких обстоятельствах арбитраж констатирует отсутствие предпосылок, необходимых для рассмотрения и разрешения дела по существу в части требования Истца о взыскании процентов в сумме евро 38.610,00. Руководствуясь положениями параграфа 45 Регламента, МКАС счел возможным оставить требование Истца о взыскании процентов без рассмотрения и прекратить в этой части арбитражное разбирательство, что в последующем не лишает Истца права обратиться с самостоятельным иском о взыскании процентов при соблюдении соответствующих требований относительно представления надлежащих доказательств.

5. Пунктом 2 § 6 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложение к Регламенту МКАС) предусмотрено, что если иск удовлетворен частично, то арбитражный сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований и на истца – пропорционально той части исковых требований, в которой иск не удовлетворен.

Арбитражный сбор, установленный по настоящему делу в российских рублях в размере, эквивалентном сумме долл. США 21.430,00, уплачен Истцом полностью. Поскольку исковые требования Истца удовлетворены частично, то Ответчик обязан возместить Истцу расходы по уплате арбитражного сбора в сумме долл. США 19.148,00.

С учетом изложенного и руководствуясь §§ 37–39 Регламента МКАС, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

РЕШИЛ:

1. Взыскать с «Robotgrader A.B.», Мельндаль, Швеция в пользу Общества с ограниченной ответственностью «Белая птица – Курск», Курская область, Россия, евро 324.000,00, а также долл. США 19.148,00 в возмещение расходов истца по уплате арбитражного сбора.

2. Требование о взыскании процентов в сумме евро 38.610,00 оставить без рассмотрения и прекратить в этой части арбитражное разбирательство.

Настоящее решение составлено и подписано в трех экземплярах, один из которых предназначен для хранения в делах МКАС, один – для Истца, один – для Ответчика.

Председатель состава арбитража

Ю.П. Цветков

Арбитры:

В.П. Губин

[...]

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT
AT THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY
OF THE RUSSIAN FEDERATION**

Дело № 102/2105

РЕШЕНИЕ

г. Москва

«27» июня 2016 г.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в составе председателя состава арбитража Л.М. Поздняковой и арбитров Е.А. Суханова и Р.А. Петросяна рассмотрел в заседаниях 15 февраля 2016 г. и 12 апреля 2016 г.

дело по иску ООО «Медицинский Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье», Россия, к ID Group AB, Швеция, о взыскании евро 62 166,40.

В заседаниях по делу приняли участие:

представитель истца: Д.В. Диденко — по доверенности от 1 декабря 2015 г.,
представители ответчика: Я.Ю. Береза и Т.Ю. Ильченко — по доверенности от 10 февраля 2015 г., И.П. Писаревская — председатель совета директоров организации ответчика,
другие лица, участвующие в заседаниях: отсутствуют,
докладчик: Л.С. Михайлова.

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДЕЛА

В Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее — МКАС) 14 мая 2015 г. поступило исковое заявление ООО «Медицинский лечебно-диагностический центр «Здоровье», Россия (далее — истец, комитент), к ID Group AB, Швеция (далее — ответчик, комиссионер), о взыскании евро

62 166,40 — неосновательного обогащения и процентов за пользование чужими денежными средствами. Истец и ответчик, называемые вместе, именуются сторонами.

В исковом заявлении истец указал, что 12 июля 2013 г. стороны заключили договор комиссии № Контр. 07-1 (далее — договор, договор комиссии), согласно которому ответчик принял на себя обязательство заключить от своего имени и за счет истца договор купли-продажи (далее — контракт, контракт купли-продажи оборудования) медицинского оборудования (далее — оборудование) в соответствии со спецификацией.

В п. 4.1.1 договора комиссии в редакции дополнительного соглашения № 1 от 17 июля 2013 г. к договору (далее — дополнительное соглашение № 1) сторонами был согласован порядок оплаты оборудования. Во исполнение принятых на себя обязательств по оплате оборудования истец открыл аккредитив на общую сумму евро 405 000,00, которая была получена ответчиком.

Порядок определения и выплаты ответчику комиссионного вознаграждения указан в п.5.1 договора в редакции дополнительного соглашения № 1 от 17 июля 2013 г. Сумма вознаграждения определяется сторонами после подписания двустороннего акта и направления комиссионером комитенту перечисленных документов, но не может быть менее 8,58%.

В п. 5.1 договора указано также, что направление отчета является безусловным основанием для удержания комиссионером сумм вознаграждения, установленного в отчете, из сумм по аккредитиву.

В исковом заявлении истец указал, что в договоре не было установлено, по отношению к какой сумме определен процент вознаграждения, но согласно достигнутой сторонами в процессе переговоров договоренности указанный размер вознаграждения должен был определяться в процентном соотношении от стоимости оборудования, которое будет поставляться в соответствии с заключенным ответчиком контрактом на поставку оборудования (далее — контракт).

По мнению истца, его позиция в отношении комиссионного вознаграждения подтверждена письмом ответчика от 26 декабря 2013 г., в котором последний указал, что при сохранении согласованных параметров ориентировочная сумма к возврату истцу полученной ответчиком по аккредитиву суммы составляет евро 58 680,00. Разница между суммой аккредитива евро 405 000,00 и подлежащей возврату суммой евро 58 680,00, согласно вышеуказанному письму ответчика, в совокупности с суммой контракта евро 318 966,00 составляет сумму евро 27 354,00, эта сумма и является суммой комиссионного вознаграждения — $405\,000,00 - (58\,680,00 + 318\,966,00) = 27\,354,00$.

Размер комиссии также определен сторонами в п.1 приложения 2 от 16 апреля 2013 г. к договору (далее — приложение 2), в котором стороны согласовали размер комиссионного вознаграждения ответчика в сумме евро 27 354,00.

В ответ на требование истца о возврате излишне выплаченных по договору комиссии денежных средств в сумме евро 58 680,00 ответчик в письме от 4 ноября 2014 г. № 84 сообщил, что сумма вознаграждения составляет евро 36 971,22 и ее размер определяется не от стоимости контракта на поставку оборудования, а от суммы евро 430 900,00.

Истец считает, что в прилагаемых к вышеназванному письму инвойсах ответчика № 33 и № 34 от 4 ноября 2014 г. необоснованно завышена на сумму евро 26 300,00 стоимость поставленного оборудования, поскольку в стоимость поставки отдельной строкой включена вертикальная стойка, входящая в комплект поставки оборудования по контракту, т.е. ее стоимость включалась в общую стоимость контракта, поэтому не подлежала до-

полнительной оплате. Безвозмездно предоставленная поставщиком проявочная машина FGFA CP из-за допущенного последним нарушения срока поставки оборудования также необоснованно предъявлена ответчиком к оплате. Возврат денежных средств в сумме евро 58 680,00 ответчик не осуществил.

В исковом заявлении истец также указал, что ответчик не представил отчета комиссионера, а поэтому не имеет право на удержание комиссионного вознаграждения.

В письмах от 17 октября 2014 г. и 22 декабря 2014 г. истец просил ответчика вернуть излишне выплаченные по договору суммы, однако это требование не было исполнено ответчиком, и истец вынужден был обратиться в МКАС с настоящим иском.

Истец обосновал компетенцию МКАС по данному делу ссылкой на п. 8.3 договора, который предусматривает, что

«все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, разрешаются по соглашению сторон, а в случае недостижения сторонами соглашения подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате в г. Москве в соответствии с его Регламентом либо в Арбитражном суде Торговой палаты в г. Стокгольме в соответствии с его Регламентом, по выбору истца».

В отношении применимого права к данному спору истец считает, что стороны в п. 6.1 договора комиссии предусмотрели, что

«в случае неисполнения и (или) ненадлежащего исполнения обязательств по настоящему договору, стороны несут ответственность, предусмотренную действующим законодательством Российской Федерации».

Ссылки на применение норм права РФ содержатся и в п. 8.9 договора комиссии, в котором указано, что

«условия настоящего договора являются конфиденциальными и не подлежат разглашению сторонами во время (и после) действия настоящего договора третьим лицам, кроме случаев, предусмотренных законом РФ».

Истец подчеркнул, что требование о возврате ответчиком денежных средств, основанное на договоре комиссии, сформулировано им как требование о взыскании неосновательного обогащения, поскольку на дату предъявления настоящего иска договор был расторгнут.

Истец в исковом заявлении пояснил, что в соответствии с п. 2 ст. 1223 ГК РФ к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, которому было или могло быть подчинено это правоотношение. Поскольку к правоотношениям сторон по договору комиссии применяется материальное право Российской Федерации, то и к обязательствам, возникшим вследствие неосновательного обогащения ответчика, также подлежит применению российское материальное право.

Истец считает, что анализ положений п. 5.1 договора комиссии в редакции дополнительного соглашения № 1, текста приложения 2 к договору, как и письма ответчика

от 26 декабря 2013 г., бесспорно свидетельствует о согласовании сторонами размера комиссионного вознаграждения в размере евро 27 354,00.

Истец отметил в исковом заявлении, что приложение 2 было подготовлено ответчиком и подписано сторонами посредством использования электронной почты, что соответствовало п. 8.5 договора. Истец неоднократно обращался к ответчику с просьбой предоставить оригинальные экземпляры приложения 2 к договору, однако ответчик не реагировал на данные просьбы.

Истец ссылается также на ч. 2 п. 1 ст. 991 ГК РФ, которая предусматривает, что в случае, если размер комиссионного вознаграждения не может быть определен исходя из условий договора, вознаграждение уплачивается после исполнения договора комиссии в размере, определяемом в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ, т.е. в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

Для подкрепления своей позиции относительно размера вознаграждения комиссионера истец обращался в Торговое представительство РФ в Швеции с вопросом о размере средней ставки комиссионного вознаграждения, выплачиваемого в Швеции организациям-комиссионерам по аналогичным сделкам. Согласно письму Торгового представителя РФ в Швеции, примерный размер ставки комиссионного вознаграждения составляет обычно 2–10% от стоимости оборудования, что соответствует согласованному в договоре комиссии размеру вознаграждения.

В соответствии со ст. 1102 ГК РФ, по мнению истца, поскольку на дату заявления иска договор расторгнут, излишне выплаченные комиссионеру денежные средства в сумме евро 58 860,00, которые являются неосновательным обогащением, подлежат возврату истцу.

Основываясь на п. 2 ст. 1107, п. 1 ст. 395 ГК РФ, истец рассчитал требование об уплате процентов за пользование чужими денежными средствами с 17 октября 2014 г. (дата предъявления ответчику требования об уплате процентов) до 27 апреля 2015 г. (дата предъявления иска) (192 дня) исходя из средневзвешенной процентной ставки по краткосрочным кредитам в евро за февраль 2015 г. в размере 11,14% в общей сумме евро 3 486,40.

На основании изложенного, руководствуясь ст. 395, ст. 1102, ст. 1104 ГК РФ, истец просил МКАС:

- взыскать с ответчика неосновательное обогащение в сумме евро 58 680,00;
- проценты за пользование чужими денежными средствами в сумме евро 3 486,40;
- судебные расходы по уплате арбитражного сбора, а также иные издержки истца, связанные с арбитражным разбирательством, в том числе расходы на оплату юридических услуг представителя и транспортные расходы, расчет которых должен быть представлен дополнительно.

Арбитражный сбор по данному делу составил долл. США 8 174,00 и уплачен полностью в рублях в сумме 431 993,00.

Исковые материалы и повестку о слушании дела 15 февраля 2016г. ответчик получил 10 декабря 2015 г.

8 января 2016 г. истец направил в МКАС заявление о судебных расходах. Истец просил МКАС взыскать с ответчика арбитражный сбор в сумме долл. США 8 174,00, издержки истца в сумме руб. 100 000,00 по оплате услуг представителя и сумму евро 530,00, уплаченную истцом шведской адвокатской фирме Lindahl KB за услуги по получению заверенной апостилом выписки из национального шведского реестра юридических лиц в отношении ответчика.

Истец избрал арбитром по данному делу Е.А. Суханова и запасным арбитром — И.С. Зыкина. Арбитром за ответчика в соответствии с п. 6 § 17 Регламента МКАС Президиум МКАС назначил Р.А. Петросяна, а запасным арбитром — Е.Н. Синильщикову. Председателем состава арбитража Президиум МКАС назначил Л.М. Позднякову, а запасным председателем состава арбитража — В.С. Филимонова.

1 февраля 2016 г. в МКАС поступил отзыв ответчика на исковое заявление о взыскании неосновательного обогащения и процентов за пользование чужими денежными средствами (далее — отзыв). Ответчик указал, что МКАС не обладает компетенцией по рассмотрению данного дела, поскольку требование истца о взыскании неосновательного обогащения по сути являются требованием о возврате излишне уплаченных денежных средств не по договору комиссии, а по контракту на поставку оборудования. Рассмотрение споров в МКАС в этом контракте не предусмотрено.

Ответчик также указал, что договор расторгнут в одностороннем порядке письмом истца от 11 ноября 2014 г. № 64, поэтому требование о возврате излишне перечисленных истцом денежных средств на покупку оборудования не может считаться связанным с договором, по своей природе требование о возврате неосновательного обогащения является внедоговорным, а между сторонами отсутствует арбитражное соглашение о передаче возникшего спора в третейский суд.

Ответчик в отзыве отмечает, что сумма комиссионного вознаграждения определяется сторонами в п. 5.1 и 5.2 договора в редакции дополнительного соглашения № 1 от 17 июля 2013 г. к договору, она не может быть менее 8,58% от стоимости оборудования. В спецификации № 1 к контракту (приложение № 1 к контракту) определена стоимость закупаемого оборудования в сумме евро 396 850,00, от которой 8,58% составляет евро 34 049,73. Ответчик считает, что на момент подписания договора размер комиссионного вознаграждения был определен сторонами ориентировочно и окончательно должен был быть определен после окончания действия договора в зависимости от фактической стоимости заключенных сделок. Об этом же указал истец в письме от 25 апреля 2014 г. № 31 на запрос таможни относительно размера комиссионного вознаграждения, в котором пояснил, что размер комиссионного вознаграждения еще не определен и будет определен актом, подписанным сторонами после приемки оборудования в г. Дербент. Эта позиция была подтверждена истцом и в другом письме таможенному органу от 19 июня 2014 г. № 44.

Поскольку отношения сторон по договору прекращены, размер комиссионного вознаграждения, по мнению ответчика, может быть определен в размере евро 396 850,00 — евро 318 966,00 = евро 77 884,00, что соответствует 8,58%.

Ответчик сообщил в отзыве, что документы ответчика, на которые ссылался истец в исковом заявлении в подтверждение требования о возврате суммы евро 58 680,00, не подписывались лицом, уполномоченным на их подписание. Они были изготовлены путем нанесения электронного сканирования подписи И.П. Писаревской.

Ответчик считает, что довод истца о том, что размер комиссионного вознаграждения согласован сторонами и составляет евро 27 354,00 и, соответственно, сумма, подлежащая возврату, равна евро 58 680,00, является необоснованным.

Кроме того, ответчик сообщил, что оригинал договора комиссии, всех приложений к нему, дополнительное соглашение № 1 от 17 июля 2013 г. впервые были подписаны оригинальными подписями сторон только в июле 2014 г., что подтверждается перепиской сторон за период с 21 июля 2014 г. по 29 июля 2014 г.

25 апреля 2014 г. ответчик возвратил истцу сумму евро 15 173,00, и, таким образом, сумма, которую истец взял за основу для расчета исковых требований, ориентировочно определенная в декабре 2013 г., должна быть уменьшена на сумму евро 15 173,00.

Ответчик считает, что стороны планировали по завершению поставок по контракту заключение дополнительных контрактов на поставку; при этом предполагалось остатки денежных средств после оплаты поставленного оборудования использовать в счет дальнейших поставок. С целью фиксации цены и резервирования предполагаемого к поставке оборудования ответчик внес предоплату поставщику в размере евро 8 844,00, и в данной части он вправе требовать возмещения убытков, причиненных отменой поручения истцом.

В отзыве ответчик подчеркивает, что контракт на поставку оборудования был заключен на условиях более выгодных, чем было согласовано сторонами в договоре. Размер выгоды — это разница между евро 396 850,00 и евро 318 966,00, что составляет евро 77 884,00. Согласно ст. 992 ГК РФ сумма дополнительной выгоды, причитающаяся ответчику, составляет сумму евро 38 942,00. Эта сумма не является неосновательным обогащением, поэтому взыскание с него указанной суммы является необоснованным. Несмотря на расторжение договора истцом в одностороннем порядке, по мнению ответчика, он имеет право на получение денежных средств в сумме евро 38 942,00 как дополнительной выгоды.

Далее в отзыве на исковое заявление ответчик указал, что задолженность истца перед ним составляет евро 177 009,00, что превышает заявленную истцом к взысканию сумму неосновательного обогащения. Эта сумма складывается из следующих сумм: комиссионное вознаграждение — евро 77 884,00; стоимость дополнительного оборудования — евро 26 300,00; стоимость сопровождения ввоза оборудования на территорию РФ — евро 21 826,00; дополнительные расходы, связанные с исполнением поручения, — евро 50 999,00. Таким образом, по утверждению ответчика, отсутствует факт его неосновательного обогащения за счет истца.

На основании изложенного ответчик просил МКАС в удовлетворении требований истца отказать в полном объеме.

В дополнение к отзыву ответчик представил подробный отчет комиссионера с приложениями на 787 листах.

2 февраля 2016 г. в МКАС от ответчика поступил отчет комиссионера, который он направлял истцу 7 октября 2015 г.

В заседании арбитража 15 февраля 2015 г. представители сторон подтвердили получение документов, поступивших до заседания арбитража по рассматриваемому делу. В заседании стороны заявили ходатайства о приобщении ряда дополнительных документов.

Представитель истца заявил, что он предполагает представлять документы для приобщения к материалам дела в процессе своего выступления, когда возникнет необходимость сослаться на них.

Состав арбитража обратил внимание представителей сторон, что при предоставлении документов необходимо соблюдать принцип относимости и допустимости доказательств, а также учитывать, что противоположная сторона должна иметь время для ознакомления с переданными ей документами.

Представитель истца просил приобщить к материалам дела ряд документов, в частности акт безвозмездной передачи проявочных машин, переписку сторон по электронной почте, а также письмо истца с просьбой к ответчику выслать приложение 2 к договору о размере комиссионного вознаграждения, ответа на которое истец так и не получил.

Он передал также для приобщения к материалам дела дополнительное соглашение № 1 от 17 июля 2013 г. к договору комиссии, подписанное по электронной почте, и обратил внимание на расхождение в п. 5.2 текста этого соглашения с текстом этого пункта в соглашении, подписанном оригинальными подписями сторон. Представитель истца просил приобщить также спецификацию № 1, являющуюся приложением № 1 к договору комиссии, акт к договору комиссии от 11 декабря 2013 г. к этому договору.

Представитель ответчика сообщил, что представленное в данном заседании арбитража истцом дополнительное соглашение № 1 к договору не было подписано ответчиком, а действительным является экземпляр соглашения, приложенный к исковому заявлению.

Представитель ответчика не возразил против приобщения к материалам дела представленных истцом документов

После совещания состав арбитража объявляет, что ходатайство истца о приобщении к материалам дела переданных в заседании арбитража документов удовлетворено.

Представитель ответчика просил приобщить отчет комиссионера от 12 февраля 2016 г. по его расходам, связанным с исполнением договора комиссии. Представитель ответчика просил также приобщить к материалам дела бизнес-план и технико-экономическое обоснование частного медицинского центра в г. Дербенте – ООО «Медицинский Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье», чтобы показать действительную волю сторон в приобретении оборудования и определить, какие отношения сторон предполагались по строительству и оснащению медицинского центра. Представитель ответчика просил приобщить утвержденные ответчиком тарифы на осуществляемые им работы.

Представитель истца заявил, что передаваемые ответчиком документы не имеют отношения к договору. Он указал, что ответчик своевременно не получал искимые материалы, посылаемые ему секретариатом МКАС, так как ответчик намеренно затягивает рассмотрение дела. Представитель истца возразил против приобщения к делу передаваемых ответчиком в заседании арбитража документов.

После совещания на месте состав арбитража информировал представителей сторон об удовлетворении ходатайства ответчика.

По вопросу о компетенции МКАС по разрешению данного спора представитель ответчика отметил, что договор комиссии расторгнут, повторил изложенные им в отзыве доводы об отсутствии компетенции МКАС по требованиям истца о взыскании неосновательного обогащения.

Представитель ответчика пояснил, что им были заключены два договора – договор комиссии между истцом и ответчиком и контракт на поставку оборудования. Ответчик считает, что заявленное требование является требованием о возврате излишне уплаченных денежных средств по контракту на поставку оборудования, а не договору комиссии, а в п. 6.1 этого контракта рассмотрение споров в третейском суде не предусмотрено.

После совещания председатель состава арбитража объявил представителям сторон о признании компетенции МКАС по данному делу, обоснование которой будет представлено в решении арбитража. Состав арбитража вынес постановление об отложении дела на 12 апреля 2016 г. В этом постановлении в связи с представлением сторонами большого количества документов сторонам было предложено представить друг другу и в МКАС не позднее 1 апреля 2016 г. обобщенные позиции по данному спору.

31 марта 2016 г. в МКАС поступили возражения истца на отзыв ответчика. Истец считал, что приведенные в отзыве ответчика доводы являются необоснованными, недостоверными и противоречивыми.

1. По вопросу комиссионного вознаграждения истец указал, что дополнительным соглашением № 1 от 17 июля 2013 г. к договору стороны не дополнили п. 5.1 договора, как это утверждал ответчик, а изложили его в новой редакции, указав, что комиссионное вознаграждение составляет не менее 8,58% от стоимости оборудования, которое будет указано в контракте, заключенном ответчиком с поставщиком оборудования.

Истец считает, что письмо ответчика от 26 декабря 2013 г. и приложение 2 к договору подтверждают его мнение.

Истец отметил в возражениях на отзыв, что ответчик вообще не вправе претендовать на выплату ему комиссионного вознаграждения, поскольку в нарушение договоренности сторон ответчик оформил контракт таким образом, что покупателем в нем выступил не комиссионер, а истец.

Истец не согласился с доводом ответчика, что письмо ответчика от 26 декабря 2013 г. (о возврате ответчиком истцу суммы евро 56 680,00) и приложение № 2 к договору, направленные с электронного адреса И.П. Писаревской, были изготовлены путем электронного сканирования ее подписи, и в оригинале данные документы отсутствуют.

В возражениях на отзыв истец указал, что вышеуказанные документы были получены истцом с электронного адреса ответчика, который использовался сторонами в период взаимоотношений сторон. Несмотря на неоднократное упоминание данных документов в переписке сторон, ответчик ни разу не заявлял, что они не подписывались И.П. Писаревской. Более того, истец в ответ на письмо ответчика от 26 декабря 2013 г. согласился с предложением ответчика по сумме возврата, а 8 января 2014 г. истец просил ответчика выслать подписанный расчет комиссионного вознаграждения.

Истец обратил внимание на тот факт, что ответчик фактически подтвердил, что в его распоряжении находились денежные средства, не потраченные на закупку оборудования, так как ответчик подтвердил предложение истца, изложенное в письме от 21 июля 2014 г., рассмотреть вопрос о возможности использования остатка денежных средств по договору для поставки дополнительного оборудования (письмо ответчика от 28 июля 2014 г.).

Истец не согласился с изложенным в отзыве ответчика доводом о том, что условие о включении суммы расходов ответчика в размер его вознаграждения (приложение 2 к договору) противоречит условиям договора. Приложение 2 к договору было подписано после подписания контракта на поставку оборудования, поэтому была возможность определить итоговую сумму вознаграждения ответчику и полную компенсацию его расходов.

Истец считает, что в приложении 2 к договору стороны определили окончательную сумму вознаграждения ответчика в размере евро 27 354,00, включающего в себя сумму вознаграждения комиссионера и его расходы.

В возражениях на отзыв истец сообщил, что содержащееся в письмах таможенному органу от 25 апреля 2014 г. и от 19 июня 2014 г. его утверждение, что размер комиссионного вознаграждения будет определяться согласованным сторонами актом после приемки оборудования, является по сути мнением ответчика, который самостоятельно сформулировал эти письма, пояснив истцу, что это позволит избежать обложения налогом на добавленную стоимость размера услуг ответчика, а также снизить таможенную стоимость оборудования.

Что касается довода ответчика о снижении подлежащей возврату истцу суммы на сумму евро 15 173,00, которая была перечислена истцу 25 апреля 2014 г., эта сумма подлежала перечислению поставщику в качестве расходов по таможенному оформлению оборудования (п. 2.2 контракта). Поскольку таможенное оформление ввоза оборудования оформля-

лось без участия поставщика, данная сумма была возвращена ответчиком на счет истца, и эта сумма не снижает размера излишне полученных ответчиком денежных средств.

Истец приводит расчет оказавшихся в распоряжении ответчика денежных средств сверх комиссионного вознаграждения: евро 405 000,00 – евро 318 966,00 – евро 27 354,00 = 58 680,00.

2. По вопросу поставок дополнительного оборудования на сумму евро 8 844,00 в качестве предоплаты за него истец сообщил, что у ответчика отсутствовали какие-либо правовые основания для перечисления денежных средств поставщику, так как сторонами не были подписаны соответствующие дополнения к договору, и не представлены доказательства уплаты названной суммы поставщику.

3. Истец не согласился с утверждением ответчика, что сумма дополнительной выгоды для истца в связи с исполнением договора составляет евро 77 884,00, и на основании ст. 992 ГК РФ ответчику причитается половина этой суммы, поскольку спецификация № 1 (Приложение № 1 от 17 июля 2013 г.) к договору, на которую сослался ответчик, определяя сумму выгоды, носила предварительный характер. Окончательный вариант спецификации № 1 был подписан позднее, после определения кандидатуры поставщика оборудования и уточнения перечня подлежащего поставке оборудования на сумму евро 318 966,00.

Истец отметил в возражениях, что ни в одном из документов, направляемых ответчиком истцу в процессе исполнения сделки, не указывалось о заключении сделки на условиях более выгодных, нежели согласованные сторонами в договоре.

4. Что касается вопроса о дополнительных расходах ответчика и иных сумм, включенных в его отчет, истец указал, что предъявление ответчиком любых дополнительных расходов является необоснованным.

Кроме того, услуги ответчика не были исполнены надлежащим образом и согласно п. 5.2 договора в редакции дополнительного соглашения № 1 к договору, подписанного посредством электронной почты, предварительные расходы должны были согласовываться с истцом, что ответчиком не было сделано.

В подписанном оригинале договора условие о согласовании дополнительных расходов ответчика отсутствует. До конца июля 2014 г. стороны в своих взаимоотношениях основывались на подписанных в электронном виде договоре и дополнительном соглашении № 1 к договору, и до момента обращения истца в МКАС с настоящим иском ответчик не ставил вопрос о дополнительных расходах. Истец отметил также, что ему не был представлен своевременно отчет комиссионера, срок представления которого истек 12 сентября 2014 г.

Истец считает необоснованными расходы ответчика в сумме евро 11 000,00 в уплату аренды трехкомнатной квартиры в Москве площадью 100 кв. м для проживания г-жи И.П. Писаревской. Необходимости столь длительного присутствия Писаревской И.П. в Москве не было, и, как следует из отчета комиссионера, вопросы с поставщиками и брокерами решались посредством телефонных переговоров и электронной переписки. Ответчик не представил доказательств, что названные расходы понесены и что они понесены исключительно в интересах истца.

По мнению истца, ответчиком не представлены доказательства, что перелеты Писаревской И.П. из Москвы в Мюнхен, Женеву, Стокгольм и Дюссельдорф на сумму евро 4 236,00 понесены в рамках исполнения договора. Кроме того, командировка в Женеву датируется тремя месяцами ранее даты заключения договора комиссии, что автоматически исключает связь данной поездки с выполнением обязательств по договору. Истец

считает, что отсутствует обоснование проживания в рамках командировки в Дюссельдорфе. Представление ответчиком документа о проживании в Кёльне, поездка в Стокгольм по месту регистрации ответчика также не свидетельствует о том, что она была осуществлена в интересах истца.

Истец указал, что банковские расходы в сумме евро 873,53 ответчиком также не подтверждены.

Дополнительные расходы ответчика в виде оплаты услуг экспертных организаций в финансовой, аудиторской и юридической сферах в сумме евро 5 352,00 истец считает необоснованными, так как ответчик не доказал, что эти расходы понесены в интересах истца, и не представил платежные документы, подтвержденные банком. Дополнительные услуги по сопровождению процедуры ввоза товаров на территорию РФ, маркетинговые исследования не являются предметом договора.

Истец возражает против включения в отчет комиссионера стоимости счета на сумму евро 20 000,00 за вертикальную правостороннюю стойку, поскольку эта стойка входит в комплект поставленного по контракту медицинского оборудования, следовательно, дополнительной оплате не подлежит. Документов, подтверждающих платеж на сумму евро 20 000,00, ответчиком не представлено.

Неправомерным считает истец включение в отчет комиссионера стоимости проявочной машины в сумме евро 6 300,00, поскольку эта машина была передана безвозмездно аффилированной структурой поставщика оборудования ООО АФС «Мед Трейд» по поручению поставщика оборудования в качестве компенсации за допущенную поставщиком просрочку в поставке оборудования по контракту. Это обстоятельство подтверждается актом безвозмездной приемки-передачи, а также электронным письмом истца. Платежного документа, подтверждающего перечисление денежных средств за проявочную машину, ответчик не представил.

1 апреля 2016 г. в МКАС от ответчика поступило дополнение к отзыву, в котором он подтвердил ранее высказанную позицию по делу, заключающуюся в полном непризнании требований истца.

Ответчик сообщил в дополнении к отзыву, что, сославшись в контракте на договор комиссии, стороны подтвердили факт выполнения услуг по договору комиссии, а анализ текста контракта свидетельствует о том, что истцу были предоставлены права, связанные с принятием оборудования от поставщика.

В отношении размера комиссионного вознаграждения ответчик сообщил, что спор о его размере возник из-за разного понимания сторонами размера его определения. Ответчик считает, что дополнительным соглашением № 1 стороны только определили размер комиссионного вознаграждения, который не может быть менее 8,58%. По его мнению, несмотря на положение дополнительного соглашения № 1 «пункт 5.1 и 5.2 изложить в следующей редакции» фактически дополнительное соглашение № 1 не излагает пункт в новой редакции, а только уточняет размер комиссионного вознаграждения: сумма вознаграждения не может быть менее 8,5%, поэтому текст дополнительного соглашения необходимо трактовать совместно с пунктом 5.1 основного договора, из которого следует, что комиссионное вознаграждение составляет «разницу между суммой стоимости продукции, указанной в спецификациях к договору, и суммой стоимости приобретения продукции комиссионером у поставщика».

В дополнении к отзыву ответчик указал, что в подписанной одновременно с договором спецификации стороны определили технические параметры покупаемого оборудо-

вания и общую стоимость его, которая составляет сумму евро 396 850,00, а минимальный размер комиссионного вознаграждения должен был составлять евро 34 049,73 (всего стоимость договора составила евро 396 850,00 + евро 34 049,73 = евро 430 899,73). Паспорт сделки, открытый на сумму евро 430 900,00, свидетельствует о согласовании комиссионного вознаграждения как разницы, но не менее 8,58% от суммы евро 396 850,00. Поскольку отношения сторон по договору прекращены, размер комиссионного вознаграждения составляет евро 396 850,00 – 318 966,00 = евро 77 884,00.

Ответчик считает, что у него возникло право требования у истца половины от дополнительной выгоды, полученной им для истца. Дополнительную выгоду ответчик исчислил исходя из стоимости оборудования на сумму евро 396 850,00, которое ответчик должен был приобрести по исполнению договора комиссии, и стоимости фактически закупленного оборудования на сумму евро 318 966,00 по заключенному контракту, т.е. дополнительная выгода составила сумму евро 77 884,00. Согласно ст. 992 ГК РФ ответчику причитается сумма евро 38 942,00.

Ответчик указал в дополнении к отзыву, что представленное истцом в заседании 15 февраля 2016 г. в электронном формате приложение № 1 к договору, в котором указана стоимость оборудования в сумме евро 318 966,00, не может являться доказательством по делу, так как между сторонами подписано и имеется в оригинале иное приложение № 1 к договору, содержащее перечень оборудования на сумму евро 396 850,00.

По поводу поставок оборудования, не оплаченного истцом, и дополнительных поставок ответчик сообщил следующее.

1. Истец 27 декабря 2013 г. подписал проекты договорных документов по поставке оборудования, в котором отсутствовала вертикальная правосторонняя стойка. Поскольку ответчиком была выявлена необходимость допоставки данной вертикальной стойки, она была оплачена самим ответчиком и поставлена истцу, что им не оспаривается.

2. В отношении проявочной машины CP 1000AGFA, пленки и химреактивов ответчик сообщил, что истец самостоятельно выбрал оборудование, не полностью отвечающее его назначению, и истцом было выражено пожелание о расширении функциональности поставленного оборудования, поэтому ответчик заказал и оплатил проявочную машину CP 1000AGFA с дополнительными материалами. В целях ведения бухгалтерского учета фирма, которой поставщик поручил передачу оборудования, оформила эту передачу актом безвозмездного приема-передачи оборудования. Учитывая оплату ответчиком этого оборудования в размере евро 6 300,00, он считает, что эта сумма должна быть оплачена ему истцом.

3. Ответчик ссылается, что истец разместил заказ на приобретение комплекса компьютерной маммографии непосредственно у поставщика AFS Medizintechnik GmbH, и направил поручение ответчику, который, принимая во внимание долгосрочное трехстороннее сотрудничество, в целях фиксации цены и резервирования оборудования внес предоплату за предполагаемое к закупке оборудование в сумме евро 8 844,00, возврат которой невозможен. Ответчик считает вправе требовать убытки, причиненные отменой поручения истцом в сумме евро 8 844,00.

4. Услуги по сопровождению процедуры ввоза оборудования на территорию РФ были оказаны ответчиком и указаны в разделе 2 отчета комиссионера по исполнению договора; эти услуги фактически принимались истцом, поэтому они должны быть оплачены истцом в сумме, установленной ответчиком, а именно в размере евро 21 826,00.

Ответчик указал, что в отношении дополнительных расходов комиссионера стороны должны руководствоваться текстом дополнительного соглашения № 1 к договору, фак-

тически подписанным сторонами в июле 2014 г., в котором не было указано о необходимости согласования дополнительных расходов ответчика с истцом. Кроме того, ст. 1001 ГК РФ предусматривает обязанность комитента возместить комиссионеру затраты на исполнение комиссионного поручения, помимо комиссионного вознаграждения.

В связи с вышеуказанным ответчик перечислил суммы дополнительных расходов, которые он предъявил к возмещению, а именно:

1. Командировочные расходы в сумме евро 4 236,00. Подтверждающие документы о командировках представлены в отчете комиссионера по его расходам, связанным с исполнением договора.

2. Расходы по проживанию на территории Москвы в целях исполнения договора — евро 11 375,00.

В целях минимизации затрат ответчик принял решение об аренде квартиры для представителей совета директоров компании для проведения работ в период с августа 2013 г. по апрель 2014 г.

3. Банковские расходы — евро 873,53. По условиям договора все банковские расходы осуществляет комитент, в связи с отказом истца оплатить расходы авизирующего банка со счета ответчика была списана сумма евро 873,53. Подтверждающие расходы ответчика документы представлены в отчете комиссионера.

4. Привлечение экспертных организаций в сфере финансовых, аудиторских, юридических направлений для разработки оптимальной схемы сделки, способствующей минимизации расходов и рисков комитента, — евро 5 352,00.

4.1. Для обеспечения полного соответствия заключаемой сделки Конвенции ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных государственных чиновников при осуществлении международных сделок ответчик привлек в качестве консультантов компании Leinonen Sweden и DLA Nordic, оплата услуг которых предусматривалась по завершению поставки оборудования (оплачены ответчиком 17 июля 2014 г. сумма евро 1 358,00 по счету № 176 от 1 июля 2014 г. и 19 сентября 2014 г. евро 1 199,00 по счету от 25 августа 2014 г.).

4.2. Фирме Emst & Young по инвойсу № 0100741093 оплачена ответчиком 19 декабря 2013 г. сумма евро 1431,00 за консультацию по формулировке условия контракта.

4.3. Фирме Egli C.I.S. Consulting ответчик уплатил 10 июня 2014 г. сумму евро 2 000,00 по инвойсу № IDG02-1408 от 26 марта 2014 г. за консалтинговые услуги по разработке форм документов, необходимых для получения сумм по аккредитиву в соответствии с требованиями европейских банков и международными правилами.

Исходя из изложенного, ответчик указал, что размер задолженности истца перед ним, помимо суммы комиссионного вознаграждения, составляет сумму евро 26 300,00 + 8 844,00 + 21 826,00 + 4 236,00 + 11 375,00 + 873,53 + 5 352,00 = 78 806,53.

Ответчик отметил в дополнении к отзыву, что направление отчета комиссионера является основанием для удержания ответчиком сумм вознаграждения и дополнительных расходов.

На основании изложенного ответчик просил МКАС в удовлетворении требований истца отказать в полном объеме.

В заседании арбитража 12 апреля 2016 г. представитель ответчика просил приобщить к материалам дела его дополнение к отзыву от 1 апреля 2016 г. и передал еще одно дополнение к отзыву, содержащее письма истцу и главе Республики Дагестан Р.Г. Абдулатипову, а также скриншоты телефонных звонков представителю ответчика и письмо немецкой фирмы-поставщика.

Представитель истца констатировал, что ответчик не выполнил постановление состава арбитража от 15 февраля 2016 г. — не направил дополнения к отзыву непосредственно истцу, и просил не приобщать к материалам дела указанные выше документы ответчика.

После обсуждения вопроса о приобщении к материалам дела поступивших в МКАС от ответчика 1 апреля 2016 г. и переданных им в заседании документов представитель истца в целях всестороннего рассмотрения дела согласился на их приобщение. Ходатайство ответчика было удовлетворено.

В своем выступлении представитель истца подтвердил свои исковые требования. В обоснование требований представитель истца повторил аргументы, изложенные в представленных им в МКАС документах и в заседании арбитража 15 февраля 2016 г.

Представитель ответчика сообщил о своих возражениях на предъявленные истцом требования и просил отказать в их удовлетворении, повторив заявленные им ранее и изложенные в отзыве и в дополнениях к нему доводы.

В своем выступлении он пояснил, что контракт на поставку оборудования рассматривает как приложение к договору комиссии. Истец был получателем по контракту, и вся ответственность по поставке, включая оплату оборудования, относилась на ответчика.

Представитель ответчика подробно пояснил дополнительные расходы, которые должен оплатить истец. Они составляют сумму, превышающую сумму требований истца.

По вопросу о соотношении определенного минимального размера вознаграждения евро 34 049,73 с размером вознаграждения в сумме евро 77 884,00 представитель ответчика сообщил, что комиссионное вознаграждение определяется как разница между стоимостью оборудования, указанной в спецификации в договоре комиссии и в контракте на приобретение оборудования, а сумма евро 34 049,73 означает минимальное вознаграждение — не менее 8,58% (согласно дополнительному соглашению № 1).

Представитель ответчика в своем выступлении подчеркнул, что п. 5.1 дополнительного соглашения № 1 к договору не меняет содержание п. 5.1 договора, а только устанавливает минимальный процент вознаграждения комиссионера.

Что касается заявления ответчика о его праве на основании ст. 992 ГК РФ получить половину дополнительной выгоды, представитель истца сослался на приложение № 1 к договору, которое содержит спецификацию на подлежащее поставке оборудование в сумме евро 318 966,00. На эту же сумму было поставлено оборудование по контракту, поэтому истец не получил дополнительной выгоды, и, следовательно, ответчик не вправе претендовать на дополнительное вознаграждение.

Представитель истца особо подчеркнул значение имеющегося в материалах дела письма ответчика от 26 декабря 2013 г., в котором последний ориентировочно определил сумму возврата истцу неиспользованных денежных средств.

МОТИВЫ РЕШЕНИЯ

Рассмотрев материалы дела и заслушав пояснения представителей сторон, состав арбитража пришел к следующим выводам.

1. Пункт 8.3 договора предусматривает, что

«все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, разрешаются по соглашению сторон, а в случае недостижения сторонами соглашения подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-

промышленной палате в г. Москве в соответствии с его Регламентом либо в Арбитражном суде Торговой палаты в г. Стокгольме в соответствии с его Регламентом, по выбору истца».

Рассматриваемый спор возник из отношений по договору комиссии, стороны которого находятся в разных государствах (коммерческое предприятие ответчика находится в Швеции). Таким образом, данный спор подпадает под категории споров, которые в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о международном коммерческом арбитраже) и п. 1, 2 § 2 Регламента МКАС могут быть рассмотрены в МКАС.

Учитывая, что спор между сторонами возник из отношений сторон по договору комиссии, согласно п. 1.1 которого комиссионер за вознаграждение обязуется заключить от своего имени и за счет комитента договор (контракт) купли-продажи медицинского оборудования с компаниями-поставщиками в соответствии со спецификацией (приложение № 1 к договору), состав арбитража находит несостоятельным довод ответчика, рассматривающего заявленное истцом требование о взыскании неосновательного обогащения по договору комиссии как требование о возврате излишне уплаченных денежных средств по контракту купли-продажи оборудования, в котором отсутствует арбитражная оговорка сторон о передаче спора на разрешение МКАС. Однако из этого не следует, что отсутствует компетенция МКАС по разрешению данного спора из отношений сторон по договору комиссии.

Состав арбитража находит, что заключенный ответчиком контракт является самостоятельным договором купли-продажи медицинского оборудования, одной из сторон которого является поставщик – компания AFS Medizintechnik GmbH, Германия. Эта компания не является участницей договора комиссии, поэтому контракт на поставку оборудования не может являться приложением к договору комиссии, как об этом указано в его п. 1.2. Условия этого контракта не могут распространяться на договор комиссии.

Состав арбитража констатировал, что арбитраж сформирован в соответствии с требованиями Регламента МКАС, отводов арбитрам сторонами заявлено не было.

Содержащаяся в п. 8.3 договора арбитражная оговорка соответствует установленным в ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г. и п. 2 § 2 Регламента МКАС требованиям к письменному соглашению сторон о передаче спора на разрешение МКАС.

Исходя из изложенного, руководствуясь п. 2 ст. 7 и п. 1 ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже и § 2 Регламента МКАС, состав арбитража признает наличие компетенции МКАС по рассмотрению данного спора.

2. При рассмотрении вопроса о праве, применимом при рассмотрении спора, состав арбитража установил, что в п. 6.1 договора стороны предусмотрели, что

«в случае неисполнения и (или) ненадлежащего исполнения обязательств по настоящему договору стороны несут ответственность, предусмотренную действующим законодательством Российской Федерации».

Помимо указанной в п. 6.1 договора комиссии договоренности сторон, состав арбитража констатирует, что истец в исковом заявлении указал о применении российского законодательства, а ответчик в представленных в МКАС документах не возразил против этого. При этом он неоднократно ссылался на нормы российского законодательства, тем самым подтвердив их применение при рассмотрении спора.

С учетом изложенного и согласно п. 1 ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже и п. 1 § 26 Регламента МКАС, предусматривающих, что МКАС разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, применимым к данному спору следует считать законодательство Российской Федерации.

3. Обратившись к рассмотрению иска по существу, состав арбитража установил, что между сторонами отсутствует спор о сумме, перечисленной истцом ответчику в оплату подлежащего поставке оборудования, которая составляет евро 405 000,00.

3.1. Разногласия сторон касались порядка определения и размера комиссионного вознаграждения. Истец обосновал сумму комиссионного вознаграждения ссылкой на п. 1) приложения 2 от 16 апреля 2014 г. к договору «Определение размера вознаграждения комиссионера», в котором указано, что размер вознаграждения комиссионера в соответствии с п. 5 договора с учетом дополнительных расходов комиссионера, осуществляемых за счет истца (командировочные расходы, представительские расходы, банковские расходы), составляет евро 27 354,00.

Возражения ответчика о том, что истец не вправе был ссылаться на приложение 2 к договору из-за подписания этого документа по электронной почте, не может быть принято во внимание, поскольку п. 8.5 договора предусматривает, что «стороны признают значение документов, переданных с помощью средств факсимильной и электронной связи». Состав арбитража отмечает, что названный размер комиссионного вознаграждения неоднократно упоминался истцом в адресованных ответчику письмах и не вызывал у него никаких вопросов и возражений. Заявление ответчика о фальсификации истцом подписи руководителя организации ответчика на приложении 2 к договору не подлежит рассмотрению в МКАС и может быть направлено ответчиком в соответствующие компетентные органы.

Состав арбитража не находит обоснованной и позицию ответчика в отношении того, что предусмотренный в п. 5.1 договора порядок определения размера вознаграждения комиссионера, составляющий разницу между суммой стоимости оборудования, указанного в спецификациях к договору, и суммой стоимости приобретения оборудования комиссионером у поставщика, сохраняется и в подписанном сторонами дополнительном соглашении № 1, поскольку п. 5.1 договора в этом соглашении к договору изложен в новой редакции и предусматривает обязанность комитента выплатить комиссионеру вознаграждение, сумма которого определяется сторонами после подписания двустороннего акта и направления комиссионером комитенту перечисленных в этом пункте документов, но не может быть менее 8,58%.

С учетом вышеизложенного и определения сторонами в приложении 2 к договору размера комиссионного вознаграждения не может быть принят довод ответчика, что размер вознаграждения составляет сумму евро 77 884,00, определяемую как разница между стоимостью оборудования в сумме евро 396 850,00, указанной в предварительной спецификации № 1 (приложение № 1 от 17 июля 2013 г. к договору), и стоимостью оборудования в сумме евро 318 966,00 в окончательной спецификации (приложение № 1 к договору с указанием фирм-изготовителей).

3.2. В ст. 1001 ГК РФ предусмотрено, что комитент обязан помимо уплаты комиссионного вознаграждения возместить комиссионеру израсходованные им на исполнение комиссионного поручения суммы.

Отношения сторон по дополнительным расходам комиссионера регулируются п. 5.2 договора в редакции дополнительного соглашения № 1, в котором предусмотрено, что все дополнительные расходы комиссионера, связанные с предоставлением услуг комитенту

в рамках настоящего договора (командировочные расходы, представительские расходы и т.д.), оплачиваются комитентом комиссионеру предварительно авансовыми платежами на основании выставленных счетов либо удерживаются из суммы аккредитива.

Рассмотрев доводы ответчика об имеющейся задолженности истца по его дополнительным расходам, связанным с исполнением договора комиссии, состав арбитража приходит к следующим выводам.

Намерение истца о приобретении оборудования, не указанного в договоре комиссии, т.е. при отсутствии заключенного сторонами договора на закупку этого оборудования, не может служить для ответчика основанием для авансовой оплаты поставщику стоимости оборудования в сумме евро 8 844,00 и не может рассматриваться как задолженность истца. Этот вывод арбитража соответствует п. 6 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2004 г. № 85, в котором указано, что

«[с]делка, совершенная до установления отношений по договору комиссии, не может быть признана заключенной во исполнение поручения комитента».

Исходя из того, что стоимость подлежащего поставке оборудования определена в окончательной спецификации приложения № 1 к договору в сумме 318 966,00 и в спецификации к контракту на поставку оборудования указана та же стоимость оборудования, отсутствуют основания к применению положений ст. 992 ГК РФ, предусматривающей, что

«[в] случае, когда комиссионер совершил сделку на условиях более выгодных, чем те, которые были указаны комитентом, дополнительная выгода делится между комитентом и комиссионером поровну, если иное не предусмотрено соглашением сторон».

Имеющаяся, по мнению ответчика, задолженность истца в сумме евро 20 000,00 в связи с якобы дополнительной закупкой им вертикальной стойки правосторонней не подтверждается банковским документом об оплате ответчиком этой суммы поставщику и противоречит материалам дела, так как названная стойка входит в комплект поставленного по контракту и оплаченного медицинского оборудования.

В связи с представлением истцом акта безвозмездного приема-передачи медицинского оборудования от 14 августа 2014 г. (проявочной машины AGFA CP) неправомерным является включение стоимости этой машины в размере евро 6 300,00 в сумму задолженности истца перед ответчиком. Состав арбитража отмечает, что ответчиком не была обоснована сумма стоимости проявочной машины и не был представлен платежный документ, подтверждающий затраты ответчика на покупку этой машины.

Как ранее отмечалось, из текста приложения 2 к договору следует, что размер комиссионного вознаграждения в сумме евро 27 354,00 определен сторонами с учетом дополнительных расходов комиссионера, осуществляемых за счет комитента (командировочные, представительские и банковские расходы), т.е. в комиссионном вознаграждении учтены названные расходы ответчика.

Однако ответчик считает, что истец должен оплатить ему командировочные расходы (Женева, Мюнхен, Стокгольм, Дюссельдорф) в сумме евро 4 236,00. Состав арбитража отмечает, что в расчет расходов ответчика неправомерно включена сумма командировочных расходов г-жи И.П. Писаревской в период с 13 по 16 мая 2013 г. на сумму евро

1 169,00, так как в этот период договор не был подписан и, соответственно, расходы ответчика не могли быть связаны с исполнением договора.

Остальную часть командировочных расходов в сумме евро 3 067,00 состав арбитража считает возможным отнести к задолженности истца, так как они являются дополнительными расходами ответчика, связанными с исполнением поручения истца по договору комиссии (проведение переговоров по рассмотрению предложений поставщика, по согласованию условий контракта и т.д.).

Что касается банковских расходов ответчика по оплате комиссии шведскому банку в сумме евро 873,53, то в соответствии с п. 4. договора все банковские расходы в стране поставщика оплачиваются за счет поставщика, а все остальные банковские расходы оплачиваются за счет комитента. С учетом изложенного состав арбитража приходит к выводу, что сумма евро 873,53 не является задолженностью истца.

Ответчик не представил доказательств наличия связи понесенных им расходов в сумме евро 11 375,00 по аренде в Москве квартиры для проживания г-жи И.П. Писаревской с исполнением ответчиком поручения истца по договору комиссии, не доказал необходимость ее пребывания в Москве столь длительный период (с августа 2013 г. по март 2014 г.). С учетом возможности использования разнообразных и эффективных средств коммуникации состав арбитража приходит к выводу, что сумма евро 11 375,00 не может быть отнесена к задолженности истца.

Услуги ответчика, связанные с сопровождением ввоза оборудования на территорию Российской Федерации, в сумме евро 21 826,00 не были предусмотрены в договоре, не были согласованы сторонами их стоимость и размер почасовой оплаты сотрудников ответчика, поэтому сумма евро 21 826,00 также не может являться задолженностью истца.

Состав арбитража считает обоснованным отнесение на истца доказанных расходов ответчика в сумме евро 5 352,00 по привлечению иностранных экспертных организаций в финансовой, аудиторской и юридической сферах с целью избежать возможных сложностей по исполнению договора.

Таким образом, сумма неосновательного обогащения ответчика составляет евро 49 385,47 (405 000,00 – 318 966,00 – 27 354,00 – 875,53 – 3 067,00 – 5 352,00).

С учетом изложенного и руководствуясь ст. 1102 ГК РФ, предусматривающей, что лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), состав арбитража приходит к выводу, что сумма евро 49 385,47 подлежит взысканию с ответчика. В остальной части это требование не подлежит удовлетворению.

4. Требование истца о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами является обоснованным и соответствует п. 2 ст. 1107 и п. 1 ст. 395 ГК РФ. Период, за который истец просит взыскать сумму процентов, подтвержден материалами дела и составляет 192 дня с даты требования истца о возврате излишне выплаченных сумм, предъявленного ответчику письмом от 17 октября 2014 г. № 59, по дату подготовки иска 27 апреля 2015 г. Ставка в размере 11,14% соответствует средневзвешенной процентной ставке по краткосрочным кредитам, предоставленным кредитными организациями нефинансовым организациям в евро за февраль 2015 г., размещенной на сайте ЦБ РФ.

Учитывая, что подлежащая возврату истцу сумма неосновательного обогащения составила евро 49 385,47, размер начисляемых процентов составляет сумму евро 2 934,15 (49 385,47 X 11,14% : 360 X 192).

На основании изложенного, учитывая отсутствие возражений ответчика по поводу требования истца о взыскании процентов годовых и способа его расчета, руководствуясь п. 2 ст. 1107 ГК РФ, предусматривающей, что на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими денежными средствами с момента, когда приобретатель узнал и должен был узнать о неосновательности сбережения денежных средств, а также п. 1 ст. 395 ГК РФ и п. 52 Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. №6/8, состав арбитража пришел к выводу, что с ответчика подлежат взысканию проценты в сумме евро 2 934,15.

5. Арбитражный сбор (включая регистрационный сбор) по данному делу в сумме долл. США 8 174,00 полностью уплачен истцом.

Пункт 2 § 6 Положения об арбитражных сборах и расходах, являющегося Приложением к Регламенту МКАС (далее – Положение), предусматривает, что

«[e]сли иск удовлетворен частично, то арбитражный сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований и на истца – пропорционально той части исковых требований, в которой иск не удовлетворен».

Учитывая, что требования истца удовлетворены в сумме евро 52 319,62, на ответчика возлагаются расходы по оплате истцом арбитражного сбора в сумме долл. США 6 879,00; остальную часть расходов истца по арбитражному сбору следует отнести на истца.

6. Рассмотрев требование истца о взыскании с ответчика издержек, возникших в связи с арбитражным разбирательством, состав арбитража установил, что понесенные истцом расходы, связанные с защитой своих интересов через юридических представителей, составляют сумму руб. 100 000,00 и подтверждены представленными истцом документами: договором от 1 декабря 2014 г. на оказание юридических услуг, связанных с подготовкой искового заявления и участием в арбитражном процессе в МКАС, заключенным истцом с гр. Д.В. Диденко, и платежным поручением от 17 сентября 2015 г. об уплате Д.В. Диденко суммы руб. 100 000,00. Принимая во внимание объем и сложность дела, а также участие представителя истца в двух заседаниях МКАС, издержки истца в сумме руб. 100 000,00 следует признать разумными.

Расходы истца по установлению адреса ответчика в сумме евро 530,00, понесенные им в связи с неполучением ответчиком в течение длительного времени исковых материалов, направленных ему секретариатом по указанному в договоре адресу, подтверждаются заключенным 9 сентября 2015 г. договором с адвокатской шведской фирмой Линдаль КБ, актом сдачи-приемки оказанных услуг от 15 сентября 2015 г. и платежным поручением № 2 от 22 сентября 2015 г. об уплате шведской фирме суммы евро 530,00.

Учитывая изложенное и руководствуясь § 9 Положения, состав арбитража приходит к выводу, что ответчик должен возместить расходы истца в сумме руб. 100 000,00 и евро 530,00.

РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ РЕШЕНИЯ

На основании изложенного и руководствуясь § 38–39 Регламента МКАС, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

РЕШИЛ:

1. Взыскать с ID Group AB, Швеция, в пользу ООО «Медицинский Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье», Россия, евро 52 319,62 и в возмещение расходов истца по уплате арбитражного сбора долл. США 6 879,00, а также расходов, возникших в связи с арбитражным разбирательством, евро 530,00 и расходов, связанных с защитой интересов истца через юридических представителей, руб. 100 000,00.

2. В остальной части иска отказать.

Настоящее решение составлено и подписано в трех экземплярах, один из которых предназначен для хранения в делах МКАС, один — для истца и один — для ответчика.

Председатель состава арбитража

Л.М. Позднякова

Е.А. Суханов

Арбитры:

Р.А. Петросян

ИЗ ПРАКТИКИ СУДОВ РАЗЛИЧНЫХ ГОСУДАРСТВ ПО ОСПАРИВАНИЮ И ПРИВЕДЕНИЮ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва
04 октября 2016 г.

Дело № А40-128343/16-83-963

Резолютивная часть определения объявлена 20.09.2016 г.
Полный текст определения изготовлен 04.10.2016 г.

Арбитражный суд в составе судьи Сорокина В.П. (шифр судьи 83-963), при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Хвостовой О.С., рассмотрев в открытом судебном заседании заявление Компании «Robotgrader АВ» (Sweden, Lunnagardsgatan 4 SE, 431 90, MOELNDAL) к ООО «Белая птица – Курск» (ИНН: 4604006115) об отмене решения третейского суда при участии: согласно протокола.

УСТАНОВИЛ:

Заявитель (Компания «Robotgrader АВ») обратился в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об отмене решения третейского суда – Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ по делу № 105/2015 от 25.03.2016 г.

Представитель заявителя доводы, изложенные в заявлении[и], поддержал.

Представитель заинтересованного лица возражал.

Непосредственно исследовав все представленные по делу доказательства, суд находит требования заявителя об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ по делу № 105/2015 от 25.03.2016 г., подлежащими отклонению, исходя из следующих обстоятельств.

Как следует из материалов дела, 25.03.2016 г. Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ по делу № 105/2015, было принято следующее решение:

Взыскать с «Robotgrader А.В.», Мельндаль, Швеция в пользу Общества с ограниченной ответственностью «Белая птица – Курск», Курская область. Рс. евро 324 000,00, а также долл. США 19 148,00 в возмещение расходов истца по уплате арбитражного сбора.

Требование о взыскании процентов в сумме евро 38 610,00 оставить без рассмотрения и прекратить в этой части арбитражное разбирательство.

Данный спор был рассмотрен МКАС при ТПП РФ, поскольку между истцом и ответчиком имеется третейская оговорка, содержащаяся в ст. 7.1 контракта № 10/06/11-М от 09.06.2011 г.

Заявлений о фальсификации указанного контракта заявителем суду не заявлялось.

Согласно статье 1 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой.

В статье 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и статье 34 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» содержится исчерпывающий перечень оснований для отмены решения третейского суда (международного коммерческого арбитражного суда).

Данными нормами права предусмотрено, что при исследовании материалов дела арбитражный суд ограничивается установлением наличия или отсутствия оснований для отмены решения третейского суда, не допуская переоценки по сути конкретных обстоятельств дела.

В соответствии с пунктом 12 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» при рассмотрении заявления об отмене решения третейского суда арбитражный суд не вправе пересматривать решение по существу.

В силу пункта 1 статьи 46 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» арбитражный суд не вправе исследовать обстоятельства, установленные третейским судом, либо пересматривать решение третейского суда по существу.

Исследование и переоценка обстоятельств, а также оценка правильности применения третейским судом норм материального права, выходит за пределы компетенции арбитражного суда при рассмотрении заявления об отмене решения третейского суда.

Оценив представленные в материалы дела доказательства, суд установил, что спор между сторонами рассмотрен МКАС при ТПП РФ на основании заключенного между сторонами третейского соглашения, содержащегося в ст. 7.1 контракта № 10/06/11-М от 09.06.2011 г., форма и содержание третейского соглашения соответствуют требованиям Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»; дело рассмотрено в соответствии с Регламентом МКАС при ТПП РФ; решение вынесено по спору, предусмотренному арбитражным соглашением, и без нарушения процедуры арбитражного разбирательства (доказательств обратного заявителем суду не представлено).

Представитель заявителя (Компании «Robotgrader AB») принимал участие при рассмотрении[и] дела в МКАС при ТПП РФ. Доводы заявителя[,] указанные в заявлении[и,] являются необоснованными и не являются основанием для отмены решения от 25.03.2016 г. по делу № 105/2015.

Учитывая, что заявителем, в нарушение ст. 65 АПК РФ, не представлено доказательств, предусмотренных ст. 233 АПК РФ, оснований для отмены решения МКАС при ТПП РФ от 25.03.2016 г. по делу № 105/2015 у суда не имеется.

Расходы по госпошлине в порядке ст. 110 АПК РФ относятся на заявителя.

На основании изложенного и руководствуясь ст. ст. 184, 185, 230–234 АПК РФ, суд

ОПРЕДЕЛИЛ:

В удовлетворении заявления Компании «Robotgrader AB» (Sweden, Lunnagardsgatan 4 SE, 431 90, MOELNDAL) об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ от 25.03.2016г. по делу №105/2015 – отказать.

Определение может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Московского округа в течение месяца со дня его вынесения.

Судья

В.П. Сорокин

Краткий комментарий Н.М. Петрик к решению: Апелляционный суд Свеа в данном решении подчеркнул, что в делах о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений шведский суд более строго оценивает основания для отказа в исполнении, чем основания для отмены арбитражных решений в Швеции. Суд ссылается на аналогичную точку зрения в шведской доктрине. Другими словами, суд может отказать в исполнении, если нарушение принципов надлежащего разбирательства имело очевидный и грубый характер. При этом суд может обратить внимание, попыталась ли сторона отменить решение по месту его вынесения, хотя это обстоятельство не имеет решающее значение при оценке оснований для отказа в исполнении.

АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД СВЕА

Подразделение 02

Отдел 020105

РЕШЕНИЕ*

22.06.2017
Стокгольм

Дело № Ö 4396-16

ЗАЯВИТЕЛЬ

Компания «Белая птица – Курск», Россия,
г. Курск, Курская область, 306800
Горшеченский район, Катюшин сад

ОТВЕТЧИК

Компания «Робот Грейдер АВ»,
Мельндаль 431 90,
Луннаргардсгатан, 4

Представитель: адвокаты Мартин Валлин и Эмма Мунде
Стокгольм 103 96
Hannes Snellman Advokatbyrå AB,
А/я 7801

* Перевод публикуемого решения Апелляционного суда Свеа на русский язык выполнен А.В. Наричей. Редактор перевода – Н.М. Петрик.

ДЕЛО

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения

РЕШЕНИЕ АПЕЛЛЯЦИОННОГО СУДА

1. Апелляционный суд отклоняет заявление компании «Белая птица – Курск» о приведении в исполнение в Швеции арбитражного решения, вынесенного 25 марта 2016 г. в Москве по спору между компанией «Белая птица – Курск» и «Робот Грейдер АВ», *приложение А*.

2. Апелляционный суд обязывает компанию «Белая птица – Курск» компенсировать компании «Робот Грейдер АВ» ее судебные расходы в сумме 115 564 крон вместе с процентами, начисляемыми согласно ст. 6 Закона Швеции о процентах, с даты вынесения решения Апелляционного суда и до момента совершения платежа. Из этой суммы 112 950 крон составляют расходы на юридических представителей.

ТРЕБОВАНИЯ В АПЕЛЛЯЦИОННОМ СУДЕ

Компания «Белая птица – Курск» («Белая птица») обратилась в Апелляционный суд с заявлением о приведении в исполнение в Швеции арбитражного решения, вынесенного 25 марта 2016 г. в Москве, *приложение А*.

Компания «Робот Грейдер АВ» («Робот Грейдер») возразила против этого заявления и потребовала компенсировать ее судебные расходы в Апелляционном суде.

«Белой птице» была предоставлена возможность дать свой комментарий по поводу требования «Робот Грейдер» о возмещении расходов. Комментарии представлены не были.

ДОВОДЫ СТОРОН

В поддержку своих позиций по делу стороны заявили следующее.

«Робот Грейдер»

По причине того, как третейский суд вел разбирательство, «Робот Грейдер» был лишен возможности представить свою позицию по делу. Согласно основополагающему принципу процессуального права, у сторон должна быть возможность представить свою позицию по делу. Этот принцип изложен среди прочего в ст. 24 Закона об арбитраже Швеции (1999:116), согласно которому арбитры обязаны предоставлять сторонам достаточную возможность представить свои аргументы в письменной или устной форме. Также существует общепринятый международный принцип надлежащего разбирательства (*due process*), который означает равное отношение к сторонам, а также предоставление возможности заявить свою позицию по делу.

На протяжении всего арбитражного разбирательства стороны вели переговоры о мировом соглашении. По просьбе сторон третейский суд решил отложить первое слушание. Перед вторым слушанием стороны представили третейскому суду подписанное мировое соглашение. Но третейский суд не принял данное соглашение, посчитав, что оно налагает

на стороны новые обязательства. Вместо этого третейский суд решил отложить слушание, чтобы дать сторонам возможность либо переделать мировое соглашение, либо прекратить арбитражное разбирательство. Третье слушание также было отложено по просьбе сторон в связи со все еще продолжавшимися переговорами. Четвертое и последнее слушание было проведено 5 февраля 2016 г. «Робот Грейдер» полагал, что целью этого слушания (как и трех предыдущих) было достижение сторонами мирового соглашения. «Робот Грейдер» не имел возможности понять, вызываются ли стороны для решения вопроса о мировом соглашении либо для того, чтобы спор (в случае если стороны не договорятся) был на этом слушании разрешен окончательно. Ни вызов на первое слушание, ни решения арбитров об отложении слушания не содержали информацию, вызываются ли стороны на подготовительное заседание или на слушания. Также арбитры не обсуждали со сторонами порядок разбирательства и не определили его график.

5 февраля 2016 г., непосредственно перед началом слушания, «Белая птица» заявила, что решила прекратить примирительные переговоры и хочет разрешить спор на слушании. С учетом того, что стороны значительно продвинулись в примирительных переговорах и у «Робот Грейдер» не было графика разбирательства, на который он мог бы сослаться, «Робот Грейдер» из соображений процессуальной экономии не подавал ни отзыва на иск, ни заявления о доказательствах. На слушании «Робот Грейдер» указал третейскому суду на то, что дело не готово к слушанию, и потребовал его перенесения. Третейский суд решил рассмотреть просьбу «Робот Грейдер» после изучения аргументов и материалов обеих сторон. Из этого следовало, что даже во время изложения сторонами своих позиций было непонятно, находятся они на окончательном слушании или же нет.

Приняв решение о том, что спор должен быть разрешен на слушании 5 февраля 2016 г., третейский суд тем самым лишил «Робот Грейдер» возможности в полной мере представить свою позицию по делу.

Процессуальные действия третейского суда были непредсказуемы, и «Робот Грейдер» из-за этого был лишен возможности представить свою позицию. Кроме того, в разбирательстве отсутствовало равенство, так как вопреки принципу надлежащего разбирательства (*due process*) у «Белой птицы» были совершенно иные возможности для представления своего иска (по сравнению с «Робот Грейдер»). По этой причине решение третейского суда не должно быть признано и приведено в исполнение в Швеции.

«Белая птица»

Нет никаких оснований отказывать в приведении в исполнение решения третейского суда. «Робот Грейдер» не представил письменный отзыв на исковые требования, хотя третейский суд предлагал ему это сделать в установленные сроки согласно § 12(2) Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. С учетом того, что было проведено восемь устных слушаний, а спор рассматривался третейским судом в течение полутора лет, у «Робот Грейдер» было достаточно времени для подачи своих отзывов. «Робот Грейдер» должен нести риск негативных последствий своего бездействия. В течение арбитражного разбирательства «Робот Грейдер» не представил никаких доказательств выполнения работ, предусмотренных договором сторон.

Во время арбитражного разбирательства от имени «Робот Грейдер» выступали представители, знающие российское право.

Этим представителям было известно, что устные слушания в третейском суде всегда носят общий характер, не являются примирительными процедурами и не предполагают какого-либо четкого графика. Поэтому заявления «Робот Грейдер» о том, что он не знал о возможности разрешения спора судом на слушании 5 февраля 2016 г., являются безосновательными.

ОБОСНОВАНИЕ СУДА

Правовая основа

Статья 53 Закона об арбитраже (1999:116) гласит, что иностранное арбитражное решение, основанное на арбитражном соглашении, признается и приводится в исполнение в Швеции согласно ст. 54–60. Таким образом, отправной точкой является то, что иностранное арбитражное решение признается и приводится в исполнение в Швеции, если не существует законных основания для отказа. Такие основания, указанные в ст. 54 и 55 Закона об арбитраже, соответствуют ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. Положения о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Законе об арбитраже и Нью-Йоркской конвенции следует толковать с учетом необходимости способствовать приведению арбитражных решений в исполнение согласно Конвенции (см. среди прочего NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2003, с. 379 и NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2010, с. 219).

Согласно ст. 54 Закона об арбитраже иностранное арбитражное решение не признается и не приводится в исполнение в Швеции, если сторона, против которой вынесено такое арбитражное решение, указывает на наличие одного из препятствий для приведения в исполнение, указанных в п. 1–5. Из п. 2 следует, что препятствие для приведения в исполнение решения, вынесенного против стороны, имеется, если она не была уведомлена о назначении арбитров, о процедуре арбитража, или существует другая причина, по которой она не смогла представить свою позицию по делу.

Оценка Апелляционного суда

В случае приведения в исполнение иностранного арбитражного решения сторона, возражающая против признания, обязана показать наличие препятствий для этого. Обычно требуется, чтобы возражающая сторона доказала возможность отмены решения в стране его вынесения (см. NJA [Nytt juridiskt arkiv] 1992, с. 733, а также *Lindskog* «Арбитраж. Комментарий» (Zeteo, май 2016 г.), комментарий к статье 54, раздел 5.1).

Согласно ст. 34(6) Закона об арбитраже указанное в ст. 54(2) препятствие также является основанием для отмены решений третейских судов в Швеции. Основания для отмены решения и для отказа в приведении в исполнение должны, в принципе, соответствовать друг другу, хотя в доктрине говорится, что препятствия для приведения в исполнение должны быть несколько более вескими, когда речь идет о возможностях стороны адекватным образом участвовать в разбирательстве (см. *Lindskog*, комментарий к статье 54, раздел 4.2, сноска 24).

Как следует из материалов дела, «Робот Грейдер» не оспаривал арбитражное решение. Не совсем ясно, почему этого не было сделано. Для стороны, которая считает, что в ходе арбитражного разбирательства были допущены серьезные ошибки, было бы естественным оспаривать арбитражное решение и не дожидаться приведения его в исполнение. Однако могут быть причины, в том числе финансового характера, препятствующие

подаче заявления об отмене, и нет никаких оснований возлагать на сторону такую обязанность. Например, нет никаких препятствий для приведения решения в исполнение, несмотря на продолжающееся рассмотрение заявления об отмене этого решения в стране, где оно было вынесено.

Суд первой инстанции приходит к выводу, что, хотя «Робот Грейдер», как указано выше, не оспаривал арбитражное решение, это само по себе не означает его согласия с заявлением о приведении указанного решения в исполнение. Оценка препятствий для такого приведения в исполнение является несколько более строгой по сравнению с оценкой заявлений об отмене решения. Апелляционный суд переходит к рассмотрению вопроса о том, была ли у «Робот Грейдер» возможность представить свою позицию по делу в ходе арбитражного разбирательства и следует ли отказать в приведении решения в исполнение.

Бесспорно, что третейский суд предоставил «Робот Грейдер» возможность подать в письменной форме свой отзыв на исковое заявление «Белой птицы», и «Робот Грейдер» не представил такой отзыв. В том случае, если сторона без веских причин не представляет свою позицию или иным образом не участвует в арбитражном разбирательстве, это не препятствует третейскому суду разрешить дело. Следовательно, отправной точкой должно быть то, что сторона, которая не представляет свой отзыв, тем самым идет на риск разрешения спора на основе имеющихся материалов дела. Апелляционному суду следует разрешить вопрос о том, были ли обстоятельства арбитражного разбирательства таковы, что непредставление отзыва произошло по уважительным причинам, и были ли у «Робот Грейдер» веские основания не готовиться к последнему слушанию.

Из арбитражного решения и других материалов дела видно, что стороны вели мировые переговоры практически все время, в течение которого длилось арбитражное разбирательство, и что они достигли соглашения к моменту второго слушания, но такое соглашение не было утверждено третейским судом. Также очевидно, что первые три слушания откладывалась третейским судом по совместной просьбе сторон.

Представляется доказанным, что стороны далеко продвинулись в переговорах, о чем было известно и третейскому суду. С учетом данного факта Апелляционный суд считает, что у «Робот Грейдер» была уважительная причина не представлять письменный отзыв на исковое заявление «Белой птицы» до проведения третьего слушания.

Что же касается четвертого слушания, после которого третейский суд вынес решение по спору, Апелляционный суд принял во внимание следующие соображения. Доказано, что незадолго до четвертого слушания Ответчик узнал, что мировое соглашение не будет заключено.

Анализ материалов дела подтверждает утверждение «Робот Грейдер» о том, что его не извещали о слушании и не информировали иным образом о том, что спор может быть рассмотрен на четвертом слушании, если не будет достигнуто мировое соглашение. Из арбитражного решения следует, что после того, как выяснилось, что достичь соглашения путем примирительных переговоров не удастся, «Робот Грейдер» обратился с просьбой отложить слушание и предоставить ему возможность подготовиться. По утверждению «Робот Грейдер», третейский суд не рассмотрел вопрос о наличии препятствий для проведения слушания до его начала. По мнению Апелляционного суда, действия третейского суда в данной части можно считать серьезной ошибкой.

Учитывая достигнутые сторонами во время примирительных переговоров результаты и тот факт, что третейский суд не разъяснил «Робот Грейдер» перед четвертым слушанием

то, что на нем может быть разрешен спор, Апелляционный суд считает, что у «Робот Грейдер» были веские основания не подавать перед четвертым слушанием свои письменные комментарии по исковым требованиям «Белой птицы» и не готовиться к представлению своей окончательной позиции на этом слушании. В связи с тем, что в указанной ситуации третейский суд не удовлетворил просьбу «Робот Грейдер» отложить слушание, ответчик был лишен возможности представить свою позицию. Данное обстоятельство служит препятствием для приведения в исполнение решения, и поэтому заявление «Белой птицы» должно быть отклонено.

Расходы

С учетом результата рассмотрения заявления «Белой птицы» на последнюю возлагается обязательство оплатить расходы «Робот Грейдер» в связи с разбирательством в Апелляционном суде в разумных размерах. Апелляционный суд считает требуемую к компенсации сумму расходов разумной. Таким образом, «Белая птица» должна выплатить «Робот Грейдер» 115 564 шведских крон вместе с процентами.

ПОРЯДОК ОБЖАЛОВАНИЯ РЕШЕНИЯ СУДА – см. приложение В.

Жалобу можно подать до 20.07.2017.

Разрешение на обжалование не требуется.

В вынесении решения участвовали судьи Апелляционного суда Казимир Оберг, Ульрика Ирфельт и Гун Ломбах, докладчик.

***Краткий комментарий А.И. Муранова:** позиция Апелляционного суда, согласно которой стандарт доказывания для того, чтобы добиться отказа в исполнении арбитражного решения, должен быть выше, чем для отмены решения, и данная точка зрения превалирует в доктрине, заслуживает отдельного внимания.*

В этом плане нет смысла в сравнении стандартов такого доказывания в Швеции и в иных государствах: ответ на вопрос о том, проще ли отменить решение в каком-либо государстве, чем исполнить его в Швеции, будет всегда казуистичен и зависим от подходов в таком государстве.

Видимо, имеется в виду, что если решение не было отменено в месте его вынесения, то добиться отказа в его исполнении в Швеции будет особенно сложно; планка для доказывания должна быть повышена: необходимо будет доказать, что имело место действительно очень грубое нарушение требований надлежащего разбирательства.

ВЕРХОВНЫЙ СУД ШВЕЦИИ

РЕШЕНИЕ*

вынесено в Стокгольме 4 мая 2018 г.

Дело № Ö 3626-17

СТОРОНЫ

Заявитель

Компания «Белая птица – Курск», 1154614000012
306800, Курская область,
Горшеченский район, Катюшин сад,
Россия

Противная сторона

Компания «Робот Грейдер АВ»,
Мельндаль 431 90,
Луннаргардсгатан, 4

Представитель: адвокат Мартин Валлин и адвокат Эмма Мунде
Advokatbyren Wallin & Partners AB
Blasieholmsgatan 3
111 48 Стокгольм

ДЕЛО

Приведение в исполнение иностранного арбитражного решения

ОБЖАЛОВАННОЕ РЕШЕНИЕ

Решение Апелляционного суда Свеа от 22 июня 2017 г. по делу № Ö 4396-16
Решение Апелляционного суда см. в Приложении

РЕШЕНИЕ ВЕРХОВНОГО СУДА

Верховный суд принял решение отклонить жалобу компании «Белая птица – Курск».

* Перевод публикуемого решения Верховного суда Швеции на русский язык выполнен А.В. Наричей. Редактор перевода – Н.М. Петрик.

«Белая птица» должна компенсировать «Робот Грейдер АВ» ее расходы в размере 56 100 шведских крон, понесенные в Верховном суде, состоящие из гонорара юридических представителей и процентов (согласно ст. 6 Закона о начислении процентов Швеции) с даты вынесения решения Верховного суда.

ТРЕБОВАНИЯ В ВЕРХОВНОМ СУДЕ

«Белая птица – Курск» обратилась требованием отменить решение Апелляционного суда и объявить арбитражное решение, вынесенное 25 марта 2016 г. в Москве, подлежащим исполнению в Швеции. «Белая птица» обратилась с просьбой снизить сумму обязательства компании по оплате расходов «Робот Грейдер АВ», понесенных в Апелляционном суде.

«Робот Грейдер АВ» оспорила заявление «Белой птицы – Курск» и потребовала компенсировать ей расходы, понесенные в Верховном суде.

АРГУМЕНТАЦИЯ

Существо дела

1. В деле рассматривается вопрос о том, существуют ли основания отказать в признании и приведении в исполнение в Швеции иностранного арбитражного решения в связи с тем, что ответчику не дали возможности представить свою позицию по делу во время арбитражного разбирательства (см. ст. 54(2) Закона об арбитраже Швеции (1999:116)).

Основные сведения

2. В 2011 г. шведская компания «Робот Грейдер» заключила соглашение с российской компанией «Белая птица», согласно которому «Робот Грейдер» должен был выполнить объем работ на фабрике «Белой птицы» в России. Также соглашение предусматривало, что споры будут разрешаться в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС). В случае спора между сторонами подлежал применению Регламент МКАС и российский Закон о международном коммерческом арбитраже.

3. После возникших в мае 2015 г. разногласий «Белая птица» обратилась в арбитраж. 6 июля 2015 г. МКАС вынес процессуальное постановление, согласно которому «Робот Грейдер» должен был назначить арбитра в течение 15 дней и подать отзыв на иск в течение 30 дней. «Робот Грейдер» назначил арбитра, но не представил отзыв на иск.

4. 23 сентября 2015 г. третейский суд направил уведомления о слушании, запланированном на 19 ноября 2015 г. В извещении в адрес «Робот Грейдер» ему предлагалось подать отзыв на иск до 1 ноября. «Робот Грейдер» не подал отзыв на иск.

5. На начальной стадии слушания 19 ноября 2015 г. стороны уведомили третейский суд, что намерены уладить спор дружественным образом. С учетом совместной просьбы сторон перенести слушание третейский суд решил отложить слушание на 11 декабря 2015 г. Перед началом нового слушания стороны представили мировое соглашение. Третейский суд пришел к выводу, что указанное соглашение налагает на стороны новые обязательства и поэтому не содержит мирового соглашения по спору, переданному на рассмотрение в порядке арбитража. В ответ на это стороны попросили отложить слушание, чтобы они могли внести изменения в текст мирового соглашения. Третейский суд отложил слушание на 24 декабря 2015 г.

6. На слушании 24 декабря 2015 г. стороны заявили третейскому суду, что не завершили переговоры об урегулировании спора и что они снова просят перенести слушание. Третейский суд отложил слушание на 5 февраля 2016 г.

7. На слушании 5 февраля 2016 г. стороны уведомили суд, что не смогли прийти к мировому соглашению. По мнению «Белой птицы», третейский суд должен был разрешить спор, в то время как «Робот Грейдер» попросил перенести основное слушание, чтобы он мог подготовить свою позицию по существу дела.

8. Третейский суд отклонил просьбу «Робот Грейдер» о переносе слушания. Суд посчитал, что у «Робот Грейдер» было достаточно времени для подготовки, и подчеркнул среди прочего, что компания все еще не подала отзыв на иск. Согласно окончательному арбитражному решению, вынесенному 25 марта 2016 г., «Робот Грейдер» должен был заплатить 324 000 евро, а также компенсировать «Белой птице» ее расходы по арбитражному сбору.

9. «Белая птица» обратилась в Апелляционный суд Свеа за приведением арбитражного решения в исполнение в Швеции. «Робот Грейдер» оспорил возможность приведения в исполнение на том основании, что в результате проведения третейским судом разбирательства этой компании не была предоставлена возможность представить свою позицию по делу.

10. Апелляционный суд пришел к выводу, что у «Робот Грейдер» — из-за переговоров о мировом соглашении и того факта, что перед слушанием 5 февраля 2016 г. третейский суд не объяснил компании, каким образом будет осуществляться процедура рассмотрения спора, — были веские причины не подавать отзыв на исковое заявление и не готовить свою аргументацию по делу для слушания. Таким образом, Апелляционный суд пришел к выводу, что компания была не в состоянии представить свою позицию по делу, и отклонил заявление «Белой птицы» о приведении решения в исполнение.

11. В ходе рассмотрения этого дела в Верховном суде «Робот Грейдер» уведомил суд, что его попытки оспорить арбитражное решение в России не привели к успеху.

Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений

12. По общему правилу иностранные арбитражные решения, основанные на арбитражных соглашениях, признаются и приводятся в исполнение в Швеции (ст. 53 Закона об арбитраже Швеции). Однако арбитражное решение не приводится в исполнение, если сторона, против которой такое решение направлено, может продемонстрировать, что у нее не было возможности представить свою позицию по делу (ст. 54(2)).

13. В данном отношении Закон об арбитраже Швеции аналогичен Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. При толковании положений шведского Закона следует принимать во внимание, что вышеуказанная Конвенция призвана содействовать приведению решений в исполнение (см. NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2003, с. 379, и NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2010, с. 219, п. 7).

14. Статья 54(2) Закона об арбитраже Швеции аналогична ст. V(1)(b) Нью-Йоркской конвенции. В Конвенции нет дополнительных указаний с более подробными разъяснениями по поводу препятствий для приведения решений в исполнение. Нет таких указаний и в подготовительных документах, касающихся Закона об арбитраже Швеции (ср. «Подготовительные работы к Закону об арбитраже», Prop. 1971:131).

15. Тем не менее совершенно ясно, что для отказа в признании и приведении в исполнение должно иметь место некое отклонение от фундаментальных принципов верховенства права в международном арбитраже. Таким образом, сторонам должно быть гаран-

тировано право на справедливое разбирательство перед третейским судом («due process of law» по-английски).

16. Это означает, что к сторонам должны относиться одинаково и что разбирательство должно быть прозрачным и достаточно предсказуемым для сторон. Основным требованием является то, что у сторон должна быть возможность представить свои позиции по делу. В так называемом Типовом законе это описывается так: «...каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции» (см. ст. 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г.), а в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ говорится, что каждой стороне в арбитраже должна быть предоставлена «разумная возможность для изложения своей позиции» (см. ст. 17 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (с изм. 2010 г.)). Соответственно, Закон об арбитраже Швеции предусматривает, что у сторон должна быть возможность представить свою позицию по делу в разумной степени как письменно, так и устно (см. абзац первый ст. 24). Среди прочего в этом требовании говорится, что у сторон должно быть достаточно времени и возможностей для представления своих позиций. Требования в конкретном случае в большой степени зависят от особых обстоятельств арбитражного разбирательства (ср., например, «Сборник ЮНСИТРАЛ 2012 г. по прецедентному праву, касающемуся Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже», с. 97 и далее).

17. Для того чтобы сторона смогла успешно доказать, что ей не дали возможности представить позицию по делу, она должна показать, что это произошло несмотря на то, что она надлежащим образом участвовала в арбитраже (ср. ст. 25 Типового закона; ср. также абзац третий ст. 24 Закона об арбитраже Швеции).

Оценка обстоятельств данного дела

18. По соглашению сторон арбитраж регулировался Законом о международном коммерческом арбитраже и Регламентом МКАС.

19. Согласно указанному Закону и Регламенту к сторонам должны были относиться одинаково, у них должны были быть одинаковые возможности по представлению своих позиций, а также они должны были соблюдать процессуальные приказы третейского суда (см. среди прочего ст. 18, 24 и 25 Закона о международном коммерческом арбитраже и § 21 и 32 Регламента МКАС).

20. «Робот Грейдер» дважды предлагалось представить свой отзыв на исковое заявление. Компания не исполнила эти процессуальные приказы. Таким образом, до первой даты основного слушания 19 ноября 2015 г. у третейского суда были основания сделать вывод, что «Робот Грейдер» активным образом в арбитражном разбирательстве не участвует. В тот момент не существовало препятствий для проведения слушания с целью разрешения спора по существу.

21. Однако в первую установленную дату слушания стороны совместно уведомили суд, что намерены достигнуть мирового соглашения, и обратились с просьбой (как и в два последующих раза) перенести слушание. Это изменило ситуацию в арбитражном разбирательстве. Своими действиями стороны убедили суд в том, что они обе работают с целью достижения мирового соглашения, чтобы спор в арбитраже разрешать не пришлось. В такой ситуации для «Робот Грейдер» уже не было никакой необходимости подавать отзыв на иск, тогда как третейский суд ничего не сообщил стороне по данному вопросу.

22. Арбитражное решение, а также остальные материалы по данному делу демонстрируют, что только при обсуждении четвертой назначенной даты слушания по существу ста-

ло ясно, что стороны не смогли достигнуть мирового соглашения. До этого момента «Робот Грейдер» справедливо предполагал, что спор на слушании рассматриваться не будет. Когда «Белая птица» обратилась на слушании к третейскому суду с требованием рассмотреть спор, обстоятельства вновь изменились. Таким образом, третейский суд должен был предоставить «Робот Грейдер» достаточную отсрочку для окончательной подготовки своей позиции по существу дела и для представления доказательств.

23. Третейский суд не принял во внимание основополагающие гарантии обеспечения правовой определенности в международном арбитраже, что привело к лишению «Робот Грейдер» возможности представить свою позицию по делу. Данное обстоятельство, даже с учетом того, что «Робот Грейдер» безуспешно пытался оспорить арбитражное решение в России, означает наличие основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в Швеции.

24. Нет никаких оснований отклоняться от выводов, сделанных Апелляционным судом по поводу обязанности компании «Белая птица» компенсировать «Робот Грейдер» его расходы, понесенные в Апелляционном суде. Размер расходов «Робот Грейдер», понесенных в Верховном суде, является разумным.

Решение вынесено судьями Верховного суда Гудмундом Тоийером, Джонни Херре, Агнетой Бэклунд, Ларсом Эдлундом и Стефаном Йоханссоном (докладчик).

Секретарь: Карин Алстранд Оксхамре

АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

г. Москва
27 апреля 2017 г.

Дело № А40-197321/16-63-1870

Резолютивная часть определения объявлена 22.02.2017 г.
Полный текст определения изготовлен 27.04.2017 г.

Арбитражный суд г. Москвы в составе: судьи Ишановой Т.Н.
при ведении протокола секретарем судебного заседания Тагиевой А.М.
с использованием средств аудиозаписи
рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению Компании Investment Dev Group
AB (556820-0785, с/о ELC AB, Agatan 10, 702 10 Orebro)

к заинтересованному лицу: Обществу с ограниченной ответственностью «Медицинский
Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье» (368608, Республика Дагестан, г. Дербент,
ул. Строительная, 3/2)

об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-
промышленной палате Российской Федерации (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 6/1,
стр. 1) от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015

при участии:

от заявителя: Березая Я.Ю. по доверенности от 10.02.2016 г., Ильченко Т.Ю. по доверенности от 10.02.2016 г.

от заинтересованного лица: Диденко Д.В. по доверенности от 01.11.2016 г.

УСТАНОВИЛ:

На рассмотрение Арбитражного суда г. Москвы Компанией Investment Dev Group AB подано заявление об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 6/1, стр. 1) от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015, принятого в составе председателя состава арбитража Л.М. Поздняковой и арбитров Е.А. Суханова и Р.А. Петросяна, о взыскании с Компании Investment Dev Group AB в пользу Общества с ограниченной ответственностью «Медицинский Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье» 52 319,62 евро, расходов по уплате арбитражного сбора в размере 6 879,00 долларов США, расходов, возникших в связи с арбитражным разбирательством[,] 530,00 евро, расходов по оплате юридических услуг в размере 100 000 руб. 00 коп.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал заявление об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015.

Заинтересованное лицо возражало против удовлетворения заявления об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, указав, что МКАС при ТПП РФ не был полномочен рассматривать спор, решение суда выходит за пределы третейского соглашения.

Рассмотрев заявление, выслушав представителей заявителя и заинтересованного лица, оценив представленные доказательства, суд не находит оснований для его удовлетворения по следующим основаниям.

В соответствии со статьей 2 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» арбитраж означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

Согласно части 1 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правила, установленные в отношении производства по делам об оспаривании решений третейских судов, применяются при рассмотрении арбитражным судом заявлений, в частности, об оспаривании решений международных коммерческих арбитражей.

В соответствии с пунктом 1 Положения о МКАС при ТПП РФ, принятого Законом, и пунктом 1 Приказа Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 18.10.2005 № 76 «О Регламенте международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» установлено, что арбитражное разбирательств[o] в МКАС при ТПП РФ осуществляется на основании Регламента МКАС при ТПП РФ (далее – Регламент).

На основании § 48 Регламента, если стороны не договорились об ином, к рассмотрению споров в МКАС при ТПП РФ применяется Регламент, действующий на момент начала арбитражного разбирательства.

Поскольку арбитражное соглашение не содержит иного, стороны согласились на проведение третейского разбирательства в соответствии с правилами МКАС при ТПП РФ, действовавшими на момент подачи искового заявления.

Исходя из содержания § 44 Регламента, решение МКАС при ТПП РФ является окончательным и обязательным с даты его вынесения, исполняется сторонами добровольно в установленный в решении срок, и, в случае его неисполнения, приводится в исполнение в соответствии с законом и международными договорами.

Взаимоотношения сторон урегулированы договором комиссии № Контр.07-1 от 12.07.2013 г. (в редакции дополнительного соглашения № 1 от 17.07.2013 г.).

Пунктом 8.3 договора все спор[ы], разногласия или требования, возникающие из договора или в связи с ним, в том числе касающиеся исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, разрешаются по соглашению сторон, а в случае недостижения сторонами соглашения подлежат разрешению в Международно[м] коммерческо[м] арбитражно[м] суд[е] при Торгово-промышленной палате в г. Москве в соответствии с его регламентом либо в арбитражном суде Торговой Палаты в г. Стокгольме в соответствии с его регламентом, по выбору истца. Решения арбитражного суда будут окончательными и обязательными для сторон.

Из указанного выше следует, что согласно п. 8.3 договора воля сторон была направлена на придание решению МКАС при ТПП РФ характера окончательности и обязательности для сторон.

Суд отклоняет довод заявителя о том, что МКАС при ТПП РФ не был полномочен рассматривать спор, поскольку исходя из буквального толкования п. 8.3 договора предусмотрено право истца на выбор компетентного суда для рассмотрения спора. Указанное право было реализовано истцом путем обращения с иском в МКАС при ТПП РФ.

Довод заявителя о том, что основанием спорных правоотношений является договор поставки (приложение к договору комиссии), который не содержит третейского соглашения, был подробно исследован МКАС при ТПП РФ, что отражено в решении (стр. 26–27). Арбитры пришли к выводу о наличии компетенции на рассмотрение спора. П[ересмотр] решения третейского суда по существу спора является недопустимым согласно п. 12 Информационного письма ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов», в то время как приведенный заявителем довод об основании возникновения спора фактически направлен на переоценку установленных арбитражем фактических обстоятельств.

Указанный подход к рассмотрению вопроса об окончательности решения МКАС при ТПП РФ изложен в Определении Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 29 декабря 2009 г. по делу № ВАС-15525/09.

В соответствии с п. 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда от 22 декабря 2005 г. № 96 арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения третейского суда в случае, если установит наличие в третейском соглашении положения о том, что решение третейского суда является окончательным.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 150 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации Арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

Следовательно, производство по заявлению об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015 подлежит прекращению на основании п. 1 ч. 1 ст. 150 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

При этом, суд разъясняет заявителю, что он не лишен возможности заявить возражения, приведенные в качестве основания для отмены решения МКАС при ТПП РФ, при рассмотрени[и] арбитражным судом заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнени[е] указанного решения МКАС при ТПП РФ.

На основании изложенного, руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 150, ст. 151 АПК, суд:

ОПРЕДЕЛИЛ:

Производство по заявлению Компании Investment Dev Group AB (556820-0785, с/о ELC AB, Agatan 10, 702 10 Orebro) об отмене решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (109012, г. Москва, ул. Ильинка, д. 6/1, стр. 1) от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015 прекратить.

Возвратить Компании Investment Dev Group AB (556820-0785, с/о ELC AB, Agatan 10, 702 10 Ogebro) из федерального бюджета оплаченную по чек-ордеру государственную пошлину в размере 3 000 (три тысячи) руб. 00 коп. Выдать справку на возврат государственной пошлины.

Определение может быть обжаловано в Арбитражный суд Московского округа в течение месяца со дня вынесения определения.

Судья

Ишанова Т.Н.

ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

№ 09АП-32734/2017

г. Москва
04 августа 2017 года

Дело № А40-197321/16

Резолютивная часть постановления объявлена 31 июля 2017 года
Полный текст постановления изготовлен 04 августа 2017 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи: Семикиной О.Н.,
судей: Левиной Т.Ю., Поповой Г.Н.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем Валежной Е.И.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Компании Investment Dev Group Sweden AB,
на определение Арбитражного суда г. Москвы от 27.04.2017
по делу № А40-197321/16, принятое судьей Ишановой Т.Н. (шифр судьи: 63-1870)
по иску Компании Investment Dev Group Sweden AB (556820-0785, с/о ELC AB, Agatan 10, 702 10 Orebro)

к обществу с ограниченной ответственностью «МЕДИЦИНСКИЙ ЛЕЧЕБНО-
ДИАГНОСТИЧЕСКИЙ ЦЕНТР «ЗДОРОВЬЕ» (ОГРН 1030502001200, адрес: 368608,
РЕСПУБЛИКА ДАГЕСТАН, ГОРОД ДЕРБЕНТ, УЛИЦА СТРОИТЕЛЬНАЯ, 3/2)

об отмене решения

при участии в судебном заседании:

от истца: Береза Я.Ю. по доверенности от 10.02.2016;

от ответчика: Диденко Д.В. по доверенности от 01.11.2016;

УСТАНОВИЛ:

Компанией Investment Dev Group AB было подано заявление об отмене решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 27.06.2016 г. по делу № 102/2015, принятого в составе председателя состава арбитража Л.М. Поздняковой и арбитров Е.А.Суханова и Р.А. Петросяна, о взыскании с Компании Investment Dev Group AB в пользу общества с ограниченной от-

ветственностью «Медицинский Лечебно-Диагностический Центр «Здоровье» 52.319,62 евро, расходов по уплате арбитражного сбора в размере 6 879,00 долларов США, расходов, возникших в связи с арбитражным разбирательством[,] 530,00 евро, расходов по оплате юридических услуг в размере 100 000 руб. 00 коп.

Определением Арбитражного суда города Москвы от 27.04.2017, производство по заявлению Компании Investment Dev Group AB прекращено.

Не согласившись с определением Арбитражного суда города Москвы от 27.04.2017, истец обратился в Девятый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить определение суда первой инстанции и принять по делу новый судебный акт.

Представитель ответчика в судебном заседании поддержал определение суда первой инстанции, представил отзыв на апелляционную жалобу, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает ее необоснованной, просил определение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать.

Представитель истца в судебном заседании поддержал доводы апелляционной жалобы, просил отменить определение суда по мотивам, изложенным в апелляционной жалобе, поскольку считает его незаконным и необоснованным, принять по делу новый судебный акт.

Девятый арбитражный апелляционный суд, повторно рассмотрев дело, проверив законность и обоснованность обжалуемого судебного акта в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, изучив материалы дела, исследовав имеющиеся в деле доказательства, проверив доводы апелляционной жалобы, находит определение Арбитражного суда города Москвы от 27.04.2017 не подлежащим изменению или отмене по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, взаимоотношения сторон урегулированы договором комиссии № Контр.07-1 от 12.07.2013.

Согласно п. 8.3 договора, все споры, разногласия или требования, возникающие из договора или в связи с ним, в том числе касающиеся исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, разрешаются по соглашению сторон, а в случае недостижения сторонами соглашения подлежат разрешению в Международно[м] коммерческо[м] арбитражно[м] суд[е] при Торгово-промышленной палате в г. Москве в соответствии с его регламентом либо в арбитражном суде Торговой Палаты в г. Стокгольме в соответствии с его регламентом, по выбору истца. Решения арбитражного суда будут окончательными и обязательными для сторон.

В соответствии со ст. 2 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» арбитраж означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 1 Положения о МКАС при ТПП РФ, принятого Законом, и пунктом 1 Приказа Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 18.10.2005 № 76 «О Регламенте международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» установлено, что арбитражное разбирательств[о] в МКАС при ТПП РФ осуществляется на основании Регламента МКАС при ТПП РФ (Регламент).

Судом первой инстанции установлено, поскольку арбитражное соглашение не содержит иного, стороны согласились на проведение третейского разбирательства в соответствии с правилами МКАС при ТПП РФ, действовавшими на момент подачи искового заявления.

В соответствии со статьей 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается в обоснование своих требований и возражений.

Стороны согласно ст.ст. 8, 9 АПК РФ пользуются равными правами на представление доказательств и несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий, в том числе представления доказательств обоснованности и законности своих требований или возражений.

В соответствии с п. 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда от 22 декабря 2005 г. № 96 арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения третейского суда в случае, если установит наличие в третейском соглашении положения о том, что решение третейского суда является окончательным.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 150 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации Арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что дело не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

Исходя из обстоятельств дела, судом апелляционной инстанции установлено, что судом первой инстанции обоснован[н]о прекращено производство по заявлению Компании Investment Dev Group AB.

Доводы заявителя апелляционной жалобы относительно того, что арбитражная оговорка, содержащаяся в п. 8.3 договора комиссии № Контр. 07-1 от 12.07.2013[,] охватывает только споры по указанному договору, а не требования[,] возникшие из неосновательного обогащения, судом апелляционной инстанции не принимаются на основании следующего.

Данная позиция заявителя не соответствует истинному содержанию арбитражной оговорки, а также противоречит правоприменительной практике по аналогичным спорам.

Как видно из содержания оговорки, ею охватываются не только споры, возникшие непосредственно из отношений по договору комиссии, но и возникшие «в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности...».

Доводы истца, изложенные в апелляционной жалобе, проверены арбитражным судом и отклоняются с учетом указанных обстоятельств дела и требований ГК РФ.

Арбитражный апелляционный суд, проверив выводы суда первой инстанции, считает их законными, обоснованными, соответствующими фактическим обстоятельствам дела и действующему законодательству.

Арбитражный суд согласно п. 1 ст. 71 АПК РФ оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Истец не доказал наличие оснований для отмены решения по настоящему делу.

При таких обстоятельствах, апелляционная инстанция приходит к выводу, что судом первой инстанции дана надлежащая оценка фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в нем доказательствам, правильно применены подлежащие применению нормы материального и процессуального права. В свою очередь, доводы истца, изложенные в апелляционной жалобе, не содержат фактов, которые имели бы юридическое значение

для вынесения судебного акта по существу, влияли на обоснованность и законность судебного решения, либо опровергали выводы суда первой инстанции.

Учитывая изложенное, у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания, предусмотренные статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, для отмены или изменения решения суда от 27.04.2017.

Руководствуясь статьями 110, 176, 266–271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный апелляционный суд.

ПОСТАНОВИЛ:

определение Арбитражного суда города Москвы от 27.04.2017 по делу № А40-197321/16 оставить без изменения, апелляционную жалобу Компании Investment Dev Group Sweden АВ – без удовлетворения.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение одного месяца со дня изготовления постановления в полном объеме в Арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья

О.Н. Семикина

Судьи:

Т.Ю. Левина
Г.Н. Попова

АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД СВЕА

Подразделение 02

Отдел 020111

РЕШЕНИЕ*25.06.2018
Стокгольм

Дело № Ö 5352-17

ЗАЯВИТЕЛЬ

Общество с ограниченной ответственностью «Медицинский лечебно-диагностический центр «Здоровье»
Адрес представителя

Представитель: адвокат Гинта Арель и юрист Йоханна Баркеторп Дирке
Стокгольм 101 39
Advokatfirman Lindahl KB,
А/я 1065

ОТВЕТЧИК

Investment Dev Group Sweden AB, 556820-0785
с/о ELC AB
Эребру 702 10, Агатан, 10

Представитель: юрист Берндт Фюрст
Fürst Consulting Ltd
A3 Broomsleigh Business Park
Worsley Bridge Road, Лондон SE26 5BN
Storbritannien

ДЕЛО

Приведение в исполнение арбитражного решения

РЕШЕНИЕ АПЕЛЛЯЦИОННОГО СУДА

1. Апелляционный суд постановляет, что арбитражное решение по спору между обществом с ограниченной ответственностью «Медицинский лечебно-диагностический центр

* Перевод публикуемого решения Апелляционного суда Свеа на русский язык выполнен А.В. Наричей. Редактор перевода – Н.М. Петрик.

«Здоровье» и Investment Dev Group Sweden AV, см. *приложение А*, вынесенное 27 июня 2016 г. в Москве, Россия, может быть приведено в исполнение в Швеции как вступившее в силу решение шведского суда.

2. Investment Dev Group Sweden AB должна компенсировать обществу с ограниченной ответственностью «Медицинский лечебно-диагностический центр «Здоровье» судебные издержки в размере 7 000 евро (на юридических представителей), а также 10 000 рублей и проценты на указанные суммы в соответствии с ст. 6 Закона Швеции о процентах с даты вынесения настоящего решения и до полной оплаты сумм.

ТРЕБОВАНИЯ В АПЕЛЛЯЦИОННОМ СУДЕ

Общество с ограниченной ответственностью «Медицинский лечебно-диагностический центр «Здоровье» обратилось в Апелляционный суд с заявлением о признании арбитражного решения, вынесенного 27 июня 2016 г. в Москве, Россия, *приложение А*, исполнимым в Швеции.

Investment Dev Group Sweden AB (IDG) возразила против указанного заявления.

Стороны подали заявления о компенсации своих судебных издержек в Апелляционном суде.

ЗАЯВЛЕНИЯ СТОРОН

В поддержку своих позиций по делу стороны заявили следующее.

«Здоровье»

Стороны заключили соглашение о комиссии относительно приобретения медицинского оборудования.

С учетом наличия в этом соглашении оговорки о том, что споры могут быть разрешены в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС), между сторонами существует действительное арбитражное соглашение. «Здоровье» на его основании подало против IDG иск в третейский суд, требуя компенсировать определенную сумму и расходы. Арбитражное разбирательство было проведено в МКАС в соответствии с его Регламентом. Спор касался обязательства IDG по выплате средств, вытекающего из соглашения о комиссии. IDG принимала активное участие в арбитражном разбирательстве. Арбитражное решение включает в себя исследование по существу, является окончательным и подлежит исполнению со дня его вынесения.

IDG

Для приведения арбитражного решения в исполнение существуют препятствия. Третейский суд превысил свои полномочия, так как в арбитражном решении затрагиваются вопросы, выходящие за рамки арбитражного соглашения. IDG не получала уведомления о назначении арбитров, о составе третейского суда и т.п. Арбитражное решение явно не соответствует основополагающим принципам правовой системы Швеции.

Стороны заключили агентское и дополнительное соглашения, договор купли-продажи и соглашение на поставку некоторых товаров. В соответствии с агентским соглашением IDG должна была по поручению «Здоровья» приобрести определенное медицинское оборудование. Компенсацию IDG должны были рассчитать по определенной форму-

ле и выплатить посредством открытого «Здоровьем» аккредитива. При помощи вышеуказанного дополнительного соглашения были уточнены и скорректированы некоторые пункты агентского соглашения. В соответствии с договором купли-продажи, заключенным между немецкой компанией (в качестве продавца) и «Здоровьем» (в качестве покупателя), IDG должна была – в качестве получающего комиссию агента – только произвести оплату посредством указанного аккредитива.

Основанием для подачи иска «Здоровья» в МКАС была не компенсация в рамках агентского соглашения, а возврат средств по аккредитиву согласно договору купли-продажи. Споры, вытекающие из договора купли-продажи, должны быть разрешены немецким судом, так как указанный договор купли-продажи не содержит никакой действительной арбитражной оговорки. Таким образом, арбитражное решение не основывается на арбитражном соглашении, т.е. арбитры превысили свои полномочия, приняв решение о выплате компенсации в соответствии с соглашением о компенсации. Также МКАС занял схожую позицию в отношении другого требования IDG в рамках поставки некоторых товаров по соглашению между сторонами. Этот вопрос тоже не охватывается арбитражным соглашением.

Агентское соглашение, которое содержит арбитражную оговорку, предусматривает, что перед арбитражным разбирательством между сторонами должны быть проведены переговоры о мирном урегулировании спора. То, что такие переговоры о мирном урегулировании не были проведены до начала арбитражного разбирательства, делает арбитражное соглашение недействительным.

Все вышеуказанные возражения означают, что у МКАС не было права разрешать спор, на что IDG также обращала внимание МКАС.

Также IDG не получала уведомления с предложением назначить арбитра для разбирательства, и ее не информировали о назначении арбитра от лица IDG в состав третейского суда. Решение о назначении состава третейского суда, его председателя и запасного арбитра должно приниматься председателем МКАС, чего не было сделано. Таким образом, арбитражное разбирательство было проведено, а третейский суд был сформирован в нарушение Регламента МКАС.

Обстоятельства и факты, изложенные IDG, свидетельствуют о том, что арбитражное решение явно не соответствует основополагающим принципам правовой системы Швеции.

«Здоровье» (отзыв)

Основанием для подачи иска «Здоровья» в МКАС было то, что при помощи открытого аккредитива «Здоровья» IDG несправедливым образом получила комиссию, представляющую собой неосновательное обогащение, которое должно быть возвращено согласно российскому праву. Спор касался экономических прав и обязательств IDG по соглашению о комиссии, т.е. размера комиссии за посреднические услуги при купле-продаже. Это также было отмечено третейским судом в арбитражном решении. Тот факт, что «Здоровья» основывало свой иск в том числе на закрепленных в законе принципах обязательственного права о неосновательном обогащении, в данном случае не имеет значения.

Арбитражному разбирательству предшествовали переписка и безуспешные переговоры между сторонами.

IDG предлагалось назначить арбитра в соответствии с Регламентом МКАС, и в ходе арбитражного разбирательства она не заявила против этого возражений. Также в ходе арбитражного разбирательства IDG не заявила возражений против назначения арбитров

или их составу. Даже если и была допущена какая-либо формальная ошибка, что отрицается, IDG не возражала против нее и должна считаться согласившейся со способом назначения состава третейского суда.

Также IDG пыталась отменить арбитражное решение посредством подачи заявления о его отмене в суд в Москве. Среди прочего IDG заявила, что третейский суд не обладал компетенцией для разрешения спора, что арбитры превысили свои полномочия и что они не были назначены с соблюдением надлежащей процедуры. Заявление об отмене арбитражного решения удовлетворено не было, а суд более высокой инстанции отклонил жалобу IDG. Все возражения IDG уже были предметом судебного рассмотрения.

ИССЛЕДОВАНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ ДЕЛА

Стороны сослались на некоторые письменные доказательства.

ОБОСНОВАНИЕ СУДА

В соответствии со ст. 53 Закона (1999:116) об арбитраже (LSF) иностранное арбитражное решение, основанное на арбитражном соглашении, признается и приводится в исполнение в Швеции, если к нему не применяются положения ст. 54–60. Согласно ст. 54 указанного Закона арбитражное решение не признается и не приводится в исполнение в Швеции, если сторона, против которой вынесено такое арбитражное решение, указывает на наличие одного из препятствий для приведения в исполнение, указанных в п. 1–5.

Среди прочего эти препятствия включают в себя определенные процессуальные ошибки, из-за которых сторона, против которой вынесено такое арбитражное решение, не была уведомлена о назначении арбитра, об арбитражном разбирательстве, или существует другая причина, по которой она не смогла представить свою позицию по делу (п. 2); если арбитражное решение выходит за рамки заявленного сторонами спора либо содержит решение по вопросу, который выходит за рамки арбитражного соглашения (п. 3); если назначение и состав третейского суда, а также арбитражное разбирательство были осуществлены в нарушение соглашения сторон или законодательства страны, в которой было проведено такое разбирательство (п. 4).

Согласно ст. 55(2) указанного Закона иностранное арбитражное решение не признается и не приводится в исполнение, если суд приходит к выводу, что оно явно не соответствует основополагающим принципам правовой системы Швеции (*ordre public*).

В первую очередь Апелляционный суд рассмотрел возражения IDG по поводу того, что арбитражное решение, которым разрешен спор, не связано с требованиями сторон или не охватывает их либо содержит решение по вопросу, который выходит за рамки арбитражного соглашения.

Стороны согласны с тем, что арбитражная оговорка в соглашении о комиссии предусматривает следующее: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, разрешаются по соглашению сторон, а в случае недостижения сторонами соглашения подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате в г. Москве в соответствии с его Регламентом...» (п. 8.3). Как явствует из арбитражного решения, «Здоровье» начало арбитражное разбирательство, сославшись на указанную оговорку. Из арбитражного ре-

шения также очевидно, что IDG возразила на это, указав уже в ходе арбитражного разбирательства на то, что заявление «Здоровья» касалось договора купли-продажи, а не соглашения о комиссии; что третейский суд получил возражения и рассматривал в качестве отправной точки обязательства IDG перед «Здоровьем» из соглашения о комиссии.

Третейский суд обычно обладает наилучшими предпосылками для проверки собственной компетенции, и в свете представленных Апелляционному суду материалов нет причин отказываться от вывода, сделанного третейским судом по вопросу о его компетенции (ср. NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2009, № 9 и NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2003, с. 379). Таким образом, нет никаких препятствий для приведения решения в исполнение на том основании, что арбитражное решение, которым разрешается спор, не связано с требованиями сторон или не охватывает их либо содержит решение по вопросу, который выходит за рамки арбитражного соглашения.

Что касается возражений IDG по поводу того, что она не была проинформирована о назначении и формировании третейского суда и что процедура формирования не соответствовала Регламенту МКАС, «Здоровье» заявляет, что их нельзя принимать во внимание, так как указанные возражения не были заявлены в ходе арбитражного разбирательства.

Верховный суд указывал, что ни ст. 54 Закона об арбитраже Швеции, ни Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. не содержат четко сформулированных правил по поводу последствий бездействия стороны во время арбитражного разбирательства. Однако считается, что Конвенция содержит принцип, согласно которому сторона, которая возражает против приведения решения в исполнение, не может ссылаться на обстоятельства, о существовании которых ей было известно, но против которых она не возражала во время арбитражного разбирательства (см. решение Верховного суда от 19 июня 2018 г. по делу Ö 478-17). В данном случае очевидно, что IDG активно участвовала в арбитражном разбирательстве и у нее была возможность представить свою позицию по делу. Как явствует из арбитражного решения и материалов дела, в ходе разбирательства IDG не заявляла возражений против назначения и формирования третейского суда. То же самое применимо к возражениям о том, что перед арбитражным разбирательством между сторонами не были проведены переговоры о мирном урегулировании спора. По мнению Апелляционного суда, тем самым IDG утратила свое право ссылаться на эти обстоятельства в качестве препятствий против приведения в исполнение арбитражного решения. Таким образом, IDG не имеет права ссылаться на указанные возражения в качестве препятствия для приведения решения в исполнение.

Нет никаких причин ставить под сомнение то, что признание и приведение в исполнение арбитражного решения будет полностью соответствовать основополагающим принципам правовой системы Швеции. Так как основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения отсутствуют, заявление «Здоровья» следует удовлетворить.

На данной стадии IDG должна компенсировать «Здоровью» его расходы в Апелляционном суде (см. NJA [Nytt juridiskt arkiv] 2001, с. 738 II). Запрошенная сумма является обоснованной и, следовательно, должна быть взыскана.

ПОРЯДОК ОБЖАЛОВАНИЯ РЕШЕНИЯ СУДА – см. приложение В.

Жалобу можно подать до 23.07.2018.

Разрешение на обжалование не требуется.

Акты Московского городского суда и Верховного Суда РФ, принятые до 2002 г.

Как известно, до 2002 г. компетенцией рассматривать вопросы оспаривания или приведения в исполнение иностранных и отечественных решений, вынесенных в рамках международного коммерческого арбитража, обладали суды общей юрисдикции на уровне субъектов Российской Федерации.

И наиболее часто такие вопросы рассматривались в Московском городском суде, что неудивительно, учитывая значение Москвы в экономике России.

Однако в отечественной литературе практика этого суда того периода по вопросам международного коммерческого арбитража практически никак не освещена. Его акты по данным вопросам упоминаются в литературе эпизодически, а в известных справочных правовых системах они просто отсутствуют.

Ввиду этого было решено регулярно публиковать в «Вестнике МКА» некоторые акты Московского городского суда по вопросам международного коммерческого арбитража, вынесенные им до 2002 г.

Еще одна из причин для их публикации — необходимость напоминания о том, что в указанный период времени российские суды общей юрисдикции, включая Московский городской суд, не относились так пристрастно к решениям, вынесенным в рамках международного коммерческого арбитража, как это происходит сегодня в государственных арбитражных судах, в том числе не стремились активно использовать ссылки на публичный порядок для отмены данных решений или для отказа в приведении их в исполнение. Их подход в гораздо большей степени основывался на ст. 5 «Пределы вмешательства суда» Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

При этом Московский городской суд рассматривал соответствующие вопросы не только в связи с решениями МКАС или МАК при ТПП РФ, но также и, как следует из приведенных ниже актов, применительно к арбитражным решениям, вынесенным в том числе иными российскими и иностранными арбитражными центрами, а также судами ad hoc.

Ниже приводятся пять определений Московского городского суда и одно определение Верховного Суда РФ, вынесенное по жалобе на один из таких актов Московского городского суда. Они публикуются по оригиналам, хранящимся в архиве Московского городского суда («Наряд № 6-3-3/1998» (том 2) и «Наряд № 6-3-3» за 1999 г. (тома 1 и 2)).

Ранее эти акты в России или за рубежом не публиковались.

Judicial Acts of the Moscow City Court and of the Supreme Court of the Russian Federation rendered prior to 2002

As is well-known, prior to 2002 the competence to consider challenging or enforcement of foreign and domestic awards made within the framework of international commercial arbitration was vested with the state courts of general jurisdiction at the level of constituent entities of the Russian Federation.

Typically such issues were considered in the Moscow City Court, which is not surprising taking into account the significance of Moscow in the Russian economy.

However the practice of this court regarding international commercial arbitration issues for that period is hardly to be found in domestic publications. Its judicial acts on these issues are only occasionally mentioned in the literature, while they are simply not to be found in any well-known legal databases.

In the light of this it has been decided to regularly publish in the “International Commercial Arbitration Review” certain judicial acts of the Moscow City Court on the issues of international commercial arbitration rendered by it prior to 2002.

Another reason for publishing them is the necessity to remind readers that in the above-stated period the Russian state courts of general jurisdiction, including the Moscow City Court, did not treat the awards made in international commercial arbitration in such a biased manner as is the case nowadays in the state commercial (arbitrazh) courts. The state courts of general jurisdiction did not seek then, inter alia, to actively invoke references to public policy in order to set aside these awards or to deny their enforcement. Their approach was to a far greater extent based on Art. 5 “Extent of Court Intervention” of the Law of the Russian Federation No. 5338-I dated 7 July 1993 “On International Commercial Arbitration.”

At the same time the Moscow City Court considered the relevant issues not only in connection with awards by the International Commercial Arbitration Court or the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation but also, as can be seen from the judicial acts given below, with regard to the arbitral awards made, inter alia, by other Russian and foreign arbitration centers as well as to ad hoc tribunals.

The following are five rulings by the Moscow City Court and one ruling by the Supreme Court of the Russian Federation rendered after consideration of a complaint against one such act by the Moscow City Court. They are published pursuant to the originals kept in the archives of the Moscow City Court (“File No. 6-3-3/1998” (volume 2) and “File No. 6-3-3” for 1999 (volumes 1 and 2)).

These judicial acts have never been published before either in Russia or abroad.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

26/11/1998

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в составе: председательствующего Назаровой А.М., народных заседателей Преображенской С.В. и Валиковой М.Н., при секретаре Грачевой Я.В., рассмотрев в открытом судебном заседании ходатайство «Иствинд Транспорт Лтд», США о признании и приведении в исполнение на территории Российской Федерации решения арбитража г. Нью-Йорка, США,

УСТАНОВИЛА:

Решением арбитража г. Нью-Йорка, США, от 12/06/1998 года удовлетворены иски-вые требования «Иствинд Транспорт Лтд», США к ТОО «Союзконтракт» о взыскании 1 484 308,33 дол. США и процентов по ставке 8,5% на всю сумму со дня вынесения решения и до дня получения платежа, или до вынесения соответствующим судом определения о принудительном исполнении указанного решения, в зависимости от того, что произойдет прежде, по Соглашению-Письму от 17/09/1997 года, вступившему в силу 22/09/1997 года.

Взыскатель «Иствинд Транспорт Лтд», США обратился в Московский городской суд с ходатайством о признании и разрешении принудительного исполнения указанного решения на территории Российской Федерации.

Представители ТОО «Союзконтракт» в судебное заседание не явились, о дне слушания дела извещены надлежащим образом[,] возражений суду не представили.

Проверив материалы дела, заслушав объяснения сторон, судебная коллегия находит ходатайство «Иствинд Транспорт Лтд», США подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, государства обеих сторон являются членами Конвенции ООН «О признании и исполнении иностранных арбитражных решений», принятой 10 июня 1958 года.

Согласно ст. 4 Конвенции для получения признания и приведения в исполнение такого решения, сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение[,] при подаче такой просьбы представляет должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную копию такового.

«Иствинд Транспорт Лтд», США указанные документы суда представлены, надлежащим образом оформленные.

Арбитражная оговорка в соответствии со ст. 2 Конвенции содержится в ст. 5 Соглашения-Письма от 17/09/1997 года (л.д. 54).

Таким образом[,] условия, предусмотренные ст. 4 Конвенции[,] выполнены.

Согласно ст. 3 Конвенции о признании и приведении в исполнение арбитражных решений и ст. 35 Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно вынесено, признается обязательным.

Оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, предусмотренных ст. 5 Конвенции[,] нет.

Судебная коллегия, руководствуясь Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г.[,]

ОПРЕДЕЛИЛА:

Разрешить принудительное исполнение на территории Российской Федерации решения арбитража г. Нью-Йорка, США, от 12/06/1998 года, согласно которому обязать ТОО «Союзконтракт» выплатить «Иствинд Транспорт Лтд», США следующие суммы:

1 484 308,33 долларов США (один миллион четыреста восемьдесят четыре тысячи триста восемь долларов и тридцать три цента США);

проценты по ставке 8,5% на основную сумму со дня вынесения решения и до дня получения платежа, или до вынесения соответствующим судом определения о принудительном исполнении указанного решения, что на день вынесения определения составит 58 071 доллар США, а всего

1 542 379,33 долларов США (один миллион пятьсот сорок две тысячи триста семьдесят девять долларов и тридцать три цента США).

Определение может быть обжаловано в Верховный суд Российской Федерации в течение 10 дней.

Председательствующий

Назарова А.М.

Народные заседатели

Преображенская С.В.
Валикова М.Н.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

11/12/1998

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в составе: председательствующего Назаровой А.М., при секретаре Грачевой Я.В.,

рассмотрев в открытом судебном заседании ходатайство Компани[и] С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. о разрешении принудительного исполнения на территории Российской Федерации решения Арбитражного суда Лондонской ассоциации сахаропроизводителей от 10/02/1998 года и дополнительного решения от 23/10/1998 года,

УСТАНОВИЛА:

Решением Арбитражного суда Лондонской ассоциации сахаропроизводителей от 10/02/1998 года удовлетворены искивые требования Компании С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. о взыскании с ООО «Русская компания Гефест-Сахар» задолженности и процентов по контрактам № 59032 от 01/02/1996 и № 59064 от 01/10/1996 года.

Компания С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. обратилась в Московский городской суд с ходатайством о разрешении принудительного исполнения указанного решения на территории Российской Федерации.

Определением судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 15/07/1998 года удовлетворено ходатайство Компании С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. о выдаче исполнительного листа.

Однако ни в решении арбитражного суда, ни в определении Московского городского суда не был указан точный размер задолженности ООО «Русская компания Гефест-Сахар», в связи с чем Арбитражный суд Лондонской ассоциации сахаропроизводителей 23/10/1998 года вынес дополнительное решение, в котором указал точную сумму задолженности 2 867.199,37 долларов США.

Компания С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. обратилась в Московский городской суд с ходатайством о разрешении принудительного исполнения указанного дополнительного решения на территории Российской Федерации.

Представитель ООО «Русская компания Гефест-Сахар» в судебное заседание не явил[ся], о рассмотрении дела извещен надлежащим образом.

Проверив материалы дела, заслушав объяснения истца, судебная коллегия находит ходатайство Компании С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, государства обеих сторон являются членами Конвенции ООН «О признании и исполнении иностранных арбитражных решений», принятой 10 июня 1958 года.

Согласно ст. 4 Конвенции для получения признания и приведения в исполнение такого решения сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение[,] при подаче такой просьбы представляет должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную копию такового.

Компани[ей] С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. указанные документы суду представлены, надлежащим образом оформленные.

Арбитражная оговорка в соответствии со ст. 2 Конвенции содержится в контрактах № 59032 от 01/02/1996 и № 59064 (п.10) от 01/10/1996 года.

Таким образом, условия, предусмотренные ст. 4 Конвенции[,] выполнены.

Согласно ст. 3 Конвенции о признании и приведении в исполнение арбитражных решений и ст. 35 Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно вынесено, признается обязательным.

Оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, предусмотренных ст. 5 Конвенции[,] нет.

Судебная коллегия, руководствуясь Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г.,

ОПРЕДЕЛИЛА:

Разрешить принудительное исполнение на территории Российской Федерации решения Арбитражного суда Лондонской ассоциации сахаропроизводителей от 23/10/1998 года, согласно которому:

Взыскать с ООО «Русская компания Гефест-Сахар» в пользу Компании С.А. Сукре Экспорт – Суикер Экспорт Н.В. 2.867.199,37 долларов США.

Определение может быть обжаловано в Верховный суд Российской Федерации в течение 10 дней.

Председательствующий:

Назарова А.М.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

15/01/1999

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда составе: председательствующего Назаровой А.М., с участием адвоката Васильевой Т.Л., при секретаре Грачевой Я.В.,

рассмотрев в открытом судебном заседании гражданское дело № 3-33/1999 по ходатайству Акционерного общества «Рибал», Турция, Стамбул об отмене определения Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате от 25/06/1998 года,

УСТАНОВИЛА:

Определением Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате от 25/06/1998 года утверждено мировое соглашение по делу № А-98/2, по которому:

1. СГП «Атлантика» признает требование АО «Рибал» о выплате потери прибыли в размере 6% от объема невыполненных строительно-монтажных работ, что составляет 765.880, 00 долларов США.

2. АО «Рибал» признает требование СГП «Атлантика» об удорожании строительства главного корпуса на сумму 589.268, 00 долларов США.

3. Стороны производят взаимозачет указанных в п.п. 1, 2 требований, в результате которого СГП «Атлантика» обязана уплатить в пользу АО «Рибал» долларов США 176.612, 00 (сто семьдесят шесть тысяч шестьсот двенадцать). Указанная сумма является окончательной и включает в себя все финансовые претензии и требования АО «Рибал» к СГП «Атлантика». В том числе судебные издержки.

4. СГП «Атлантика» обязуется уплатить АО «Рибал» задолженность в сумме долл. США 176.612, 00 в течение 3 (трех) месяцев с момента вступления в силу настоящего определения путем выплат ежемесячно равными долями.

5. Стороны прекращают все взаимные требования и обязательства, вытекающие из Контракта о строительстве пансионата «Изумруд» в урочище «Ласпи» от 25/08/1991 года и Дополнений к нему.

Производство по делу прекращено.

Акционерное общество «Рибал», Турция, Стамбул обратилось в Московский городской суд с ходатайством об отмене состоявшегося определения по тем основаниям, что оно вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением.

Представители Акционерного общества «Рибал», Турция, Стамбул, поддержали ходатайство.

Представитель СГП «Атлантика» возражал против заявленного ходатайства, с определением Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате от 25/06/1998 года согласен.

Судебная коллегия, выслушав объяснения представителей сторон, проверив материалы дела, приходит к следующему.

В соответствии со ст. 30 Закона Российской Федерации от 07/07/1993 года «О Международном коммерческом арбитраже»[,] если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, третейский суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями ст. 31 и должно содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Такое арбитражное решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

В силу ст. 34 Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение может быть оспорено путем заявления ходатайства об отмене в Московский городской суд.

В соответствии с пунктом 7.4 статьи 7 Регламента Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате[,] если в ходе арбитражного разбирательства, но до вынесения решения, достигнуто мирное урегулирование спора сторонами, состав арбитров может по просьбе сторон утвердить такое урегулирование своим определением.

На основании изложенного судебная коллегия приходит к выводу о том, что определение Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате об утверждении мирового соглашения может быть оспорено в порядке[,] предусмотренном ст. 34 Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже».

Согласно п. 2 ст. 34 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение может быть отменено судом[,] указанным в п. 2 ст. 6, в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что: решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам[,] выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением.

Судом установлено, что решением Арбитражного суда города Севастополя Украины от 05/12/1997 года между сторонами было утверждено мировое соглашение, согласно одного из пунктов которого стороны договорились, что неурегулированные данным соглашением требования АО «Рибал» к СГП «Атлантика» (потеря прибыли в размере, превышающем 4 %, расходы, связанные с организацией и ликвидацией строительной площадки, в размере[,] превышающем 2,9 %, штрафные санкции) и требования СГП «Атлантика» к АО «Рибал» не являются предметом настоящего соглашения, будут рассмотрены сторонами отдельно и дополнительно и в случае мирового урегулирования вопросов или недостижения согласия будут рассматриваться на основе дополнительного заключаемого арбитражного соглашения международным коммерческим арбитражем с применением

Регламента этого суда. Согласно соглашения между сторонами от 03/12/1997 года все споры между сторонами подлежат рассмотрению в Коммерческом арбитраже при Московской торгово-промышленной палате в соответствии с его Регламентом.

В обоснование ходатайства представитель АО «Рибал» указывает, что сумма удорожания строительства в размере 589.206 долларов США ошибочно включена в мировое соглашение, которое утверждено оспариваемым определением, поскольку была предметом рассмотрения между сторонами и разрешена при утверждении первого мирового соглашения от 02/12/1997 года. Таким образом[,] Коммерческий арбитраж при Московской ТПП вышел за пределы арбитражного соглашения.

Однако данные доводы не могут служить основанием для отмены определения и противоречат фактическим обстоятельствам дела. Из текста мирового соглашения от 02/12/1997 года и решения Арбитражного суда города Севастополя усматривается, что данная сумма не упоминается. Из указанных документов также не следует, что зачету подлежат излишне оплаченные работы, связанные с удорожанием строительства. Предметом мирового соглашения от 02/12/1997 года являлось суммарное урегулирование разногласий по объемам только выполненных работ АО «Рибал» и фактически перечисленных СГП «Атлантика» финансовых средств, без рассмотрения требований сторон по существу. Данные обстоятельства также подтверждаются арбитражным соглашением, указанным в п. 9 мирового соглашения от 02/12/1997 года и решении Арбитражного суда г. Севастополя.

Кроме того, АО «Рибал» в соответствии со ст. 16 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» не заявлял[о] об отсутствии компетенции у Коммерческого Арбитража при Московской ТПП на рассмотрение данного дела.

Поэтому судебная коллегия считает, что оснований для отмены определения Коммерческого Арбитража при Московской ТПП не имеется.

Руководствуясь ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», судебная коллегия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Акционерному обществу «Рибал», Турция, Стамбул отказать в удовлетворении ходатайства об отмене определения Коммерческого арбитража при Московской торгово-промышленной палате от 25/06/1998 года.

Определение в кассационном порядке обжалованию не подлежит.

Председательствующий:

Назарова А.М.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

27/01/1999

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в составе: председательствующего Емышевой В.А., при секретаре Чубаровой Н.В., рассмотрев в открытом судебном заседании гражданское дело № 3-46/1999 по ходатайству ОАО «Львовский мехстеклозавод» о разрешении принудительного исполнения арбитражного решения на территории Российской Федерации,

УСТАНОВИЛА:

Решением международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины от 07.04.97 г. по делу АС № 364р/96 удовлетворены иски о взыскании 68.418.355 руб. — пени за просрочку в поставке товаров, 75.363.519 руб. в возмещение арбитражного сбора, а всего 75.781.874 руб. по договору № 0104 от 14.02.96 года, вступившему в силу 07.04.97.

ОАО «Львовский мехстеклозавод» обратилось в Московский городской суд с ходатайством о разрешении принудительного исполнения указанного решения на территории Российской Федерации.

Представители ЗАО «Иматек» в судебное заседание явились, возражали против принудительного исполнения решения арбитражного суда от 07.04.97., мотивируя тем, что данное ходатайство не подлежит рассмотрению в Московском городском суде, оно подведомственно Арбитражному суду города Москвы.

Проверив материалы дела, заслушав объяснения ЗАО «Иматек», судебная коллегия находит ходатайство ОАО «Львовский мехстеклозавод» подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, государства обеих сторон являются членами Конвенции ООН «О признании и исполнении иностранных арбитражных решений», принятой 10 июня 1958 года.

Согласно ст. 4 Конвенции для получения признания и приведения в исполнение такого решения сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение[,] при подаче такой просьбы представляет должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию тако[во]го, а также подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную копию такового.

ОАО «Львовский мехстеклозавод» указанные документы суду представлены, надлежащим образом оформленные.

Арбитражная оговорка в соответствии со ст. 2 Конвенции содержится в договоре № 0104 от 14.02.96. (ст. 8.1).

Таким образом, условия, предусмотренные ст. 4 Конвенции[,] выполнены.

Согласно ст. 3 Конвенции о признании и приведении в исполнение арбитражных решений и ст. 35 Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно вынесено, признается обязательным.

Оснований для отказа в принятии и приведении в исполнение арбитражного решения, предусмотренных ст. 5 Конвенции[,] нет.

Доводы представителя ЗАО «Иматек» о том, что Московский городской суд не компетентен рассматривать данное ходатайство[,] необоснованно.

Компетенция Московского городского суда определена п. 2 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г., п. 2 ст. 6 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Каких-либо других оснований для отказа в признании и приведении в исполнение решения представитель должника не привел.

Судебная коллегия, руководствуясь Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г.,

ОПРЕДЕЛИЛА:

Разрешить принудительное исполнение на территории Российской Федерации решение Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Украины от 07.04.97 г. по делу АС № 364р/96, согласно которому:

Обязать ЗАО «Иматек «ОАО» уплатить ОАО «Львовский мехстеклозавод» 68.418,35 денонмированных руб. — пени за просрочку в поставке товаров, 7.363,52 денонмированных руб. в возмещение расходов по оплате арбитражного сбора, а всего 75.781,87 денонмированных руб.

Взыскать с АОЗТ «Иматек» госпошлину в доход государства в размере 830 руб.

Определение может быть обжаловано в Верховный суд Российской Федерации в течение 10 дней.

Председательствующий:

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

29/04/1999

Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда в составе: председательствующего Назаровой А.М., единолично, при секретаре Грачевой Я.В.,

рассмотрев в открытом судебном заседании гражданское дело № 3-170/1999 по ходатайству фирмы «Уни-Код», Франция об отмене решения МКАС при ТПП РФ от 01/10/1998 года,

УСТАНОВИЛА:

01/10/1998 года Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ постановил решение по делу № 518/1996, которым удовлетворил исковые требования АО «Уралкалий» и взыскал с фирмы «Уни-Код», Франция сумму основного долга долл. США 1.500.000-00, а в возмещение по уплате арбитражного сбора долл. США 18.340-00.

Фирма «Уни-Код», Франция обратилась в Московский городской суд с ходатайством об отмене состоявшегося решения по тем основаниям, что решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, и противоречит публичному порядку Российской Федерации.

В судебном заседании представители фирмы «Уни-Код», Франция поддержали ходатайство.

Представители АО «Уралкалий» возражали против заявленного ходатайства, полагали, что оснований для отмены решения Международного коммерческого арбитражного суда от 01/10/1998 года не имеется.

Судебная коллегия, выслушав объяснения участников процесса, их представителей, проверив материалы дела, приходит к следующему выводу.

Согласно п. 2 ст. 34 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в п. 2 ст. 6, лишь в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что: решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арби-

тражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением, либо

2) суд определит, что[:]

арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

В обоснование своих доводов представители фирмы «Уни-Код», Франция указывали, на то, что контракт № 01 от 02/11/1990, о ненадлежащем исполнении которого заявлен иск во МКАС, не содержит арбитражного соглашения о передаче споров, возникающих из данного контракта[,] на разрешение МКАС, а вывод МКАС о том, что ссылка в Контракте на Учредительный договор, в котором содержится арбитражная оговорка о передаче споров из договора на разрешение МКАС, является арбитражным соглашением, не соответствует действительности и противоречит Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже», поскольку контракт № 01 является самостоятельным и не может рассматриваться как часть Учредительного договора о создании совместного предприятия и устанавливает права и обязанности сторон как учредителей данного Предприятия. Контракт является договором поставки, из которого вытекают соответствующие обязанности сторон.

В соответствии со ст. 7 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорной характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписано сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

Судом установлено, что 15–17 октября 1990 года при участии сторон был заключен Договор о создании и деятельности «Уни», совместного предприятия по производству парфюмерно-косметических изделий. Целью и предметом деятельности Совместного предприятия «Уни» является производство и сбыт косметических изделий.

Согласно ст. 4 указанного договора для создания, развития и функционирования Предприятия Участники принимают на себя обязательства по отдельным заключенным договорам. Одно из обязательств АО «Уралкалий» по договору состояло в выделении в качестве оборотных средств СП 5 млн долл. США на приобретение комплектующих изделий и сырья ежегодно, а одним из обязательств фирмы было приобретение необходимого оборудования для организации производства СП «Уни».

02/11/1990 стороны заключили Контракт № 01, согласно которого АО «Уралкалий» обязал[ось] выделить фирме 5 млн долл. США для закупки комплектующих и сырья на производственную программу СП. Фирма должна была на выделенные средства поставить СП комплектующие и сырье.

Контракт № 01 в пункте 1 содержит ссылку на вышеуказанный Учредительный договор о создании СП «Уни».

Рассматривая вопрос о компетенции МКАС, суд пришел к правильному выводу о том, что компетенция МКАС основывается на арбитражной оговорке, содержащейся в пунктах 18.3 и 18.2 Учредительного договора, на который имеется ссылка в Контракте № 01, и согласно которых «все споры и разногласия, возникающие из Договора или в связи с ним, подлежат разрешению во Внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-Промышленной палате СССР в Москве».

Контракт № 01 заключен в письменной форме и ссылка в нем на Учредительный договор такова, что делает оговорку о передаче споров на разрешение во МКАС частью Контракта.

Судебная коллегия считает, что между сторонами было заключено арбитражное соглашение в полном соответствии с требованиями ч. 2 ст. 7 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

Из содержания Контракта и его текста очевидно усматривается, что он заключен во исполнение и в соответствии с Учредительным контрактом, права и обязанности сторон, предусмотренные им[,] соответствуют тем, которые содержатся в Учредительном договоре[,] и за его рамки не выходят.

При таких обстоятельствах доводы представителя фирмы «Уни-Код», Франция о том, что Контракт № 01 является самостоятельным договором, не связанным с Учредительным договором[,] и не является его частью, суд находит несостоятельными.

С учетом изложенных обстоятельств не могут быть приняты во внимание и доводы заявителя о том, что арбитражная оговорка распространяется лишь на споры, возникающие из неисполнения пункта 1 Контракта.

Данных, подтверждающих, что решение МКАС противоречит публичному порядку Российской Федерации, по данному делу не установлено, и ссылки заявителя в этой части на нарушение МКАС норм Гражданского законодательства РФ как на основание для отмены решения МКАС являются необоснованными.

С учетом изложенных обстоятельств суд считает, что решение Международного коммерческого арбитража не противоречит закону и отмене не подлежит.

Руководствуясь ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», судебная коллегия

ОПРЕДЕЛИЛА:

В удовлетворении ходатайства фирмы «Уни-Код», Франция об отмене решения МКАС при ТПП РФ от 01/10/1998 года отказать.

Определение может быть обжаловано в Верховный Суд Российской Федерации в течение 10 дней.

Председательствующий:

Назарова А.М.

Дело № 5-г99-45

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда России в составе председательствующего В.И. Нечаева[,] судей Ю.Г. Кебы и А.В. Харланова рассмотрела в судебном заседании 29 июня 1999 г. жалобу представителя фирмы «Уни-Код» В.В. Зеленина на определение Московского городского суда от 29 апреля 1999 г.

Заслушав доклад судьи В.И. Нечаева, объяснения представителя фирмы «Уни-Код» В.В. Зеленина, а также представителей открытого акционерного общества «Уралкалий» С.В. Водолагина и Д.Р. Беседина, исследовав материалы дела, коллегия

УСТАНОВИЛА:

Решением Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате России от 1 октября с фирмы «Уни-Код» Франция в пользу открытого акционерного общества «Уралкалий» взыскано 1 500 000 долл. США на основании договора и 18 340 долл. США расходов, понесенных в связи с уплатой арбитражного сбора.

Фирма «Уни-Код»[,] Франция обратилась в Московский городской суд с ходатайством об отмене указанного решения арбитражного суда, ссылаясь на вынесение судом решения по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, и противоречие решения суда публичному порядку Российской Федерации.

Рассмотрев ходатайство, суд указанным выше определением от 29 апреля 1999 г. отказал в удовлетворении ходатайства об отмене арбитражного решения.

В жалобе представитель фирмы «Уни-Код» просит отменить данное определение суда, считая, что Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате России вынес решение по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением и не подпадающему под его условие.

Обсудив доводы жалобы, коллегия не находит оснований для ее удовлетворения.

В соответствии[и] со ст. 7 Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» (1) арбитражное соглашение — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения. (2) Арбитражное соглашение заключается в письменной форме, если оно содержится в документе, подпи-

санном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

Как видно из материалов дела, арбитражное соглашение между сторонами имеется. Так, из содержания контракта № 01, заключенного 2 ноября 1990 г. между «Уралкалием» и фирмой «Уни-Код», усматривается, что контракт заключен в соответствии с договором от 15–17 октября 1990 г. о создании указанными и другими организациями совместного предприятия (в контракте имеется ссылка на этот договор). Права и обязанности сторон в контракте соответствуют правам и обязанностям, предусмотренным договором от 15–17 октября 1990 г. По пункту 18.3 данного договора, все споры и разногласия подлежат разрешению во внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР в Москве, либо по выбору истца в арбитраже при торговой палате г. Стокгольма.

Поэтому истец – открытое акционерное общество «Уралкалий» вправе был обратиться с иском к фирме «Уни-Код» в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате России, являющийся правопреемником внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР, а названный суд [–] разрешить возникший спор.

Вынесенное Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате России решение от 1 октября 1998 г. не противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Руководствуясь ст. 317 Гражданского процессуального кодекса РФ, коллегия

ОПРЕДЕЛИЛА:

оставить определение Московского городского суда от 29 апреля 1999 г. без изменения, жалобу представителя фирмы «Уни-Код» В.В. Зеленина без удовлетворения.

Председательствующий:

Судьи:

Некоторые процедурные проформы для российского арбитража

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.417>

Основа арбитража – принципы и ценности. Но в то же время не бывает арбитража без рутины и повседневных практических вопросов.

При этом и первые, и вторые очень легко описать емким термином «стандарты». Не следует бояться использовать его в отношении принципов и ценностей: благодаря этому последние становятся обыденностью (как хорошие манеры в приличном обществе), что дает шанс задумываться о вещах еще более высокого уровня, т.е. развиваться. А уж значимость стандартов для ежедневных вопросов арбитража тем более нельзя переоценить хотя бы потому, что они помогают сделать арбитраж быстрее и эффективнее.

А где стандарты, там и проформы. Ввиду этого с данного выпуска «Вестника МКА» в нем будут публиковаться формы документов, которые действительно используются в арбитражной практике в РФ и за рубежом.

Надеемся, читатели это оценят, и такие формы им пригодятся, в том числе на практике.

Ниже приводятся следующие проформы (из конкретных дел, администрировавшихся МКАС при ТПП РФ):

1) первые сообщения третейского суда сторонам спора, направленные на повышение скорости и эффективности разбирательства, а также на устранение рисков отмены вынесенного третейского решения или рисков отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение;

2) различные процедурные постановления третейского суда;

3) фиксация понимания и договоренностей сторон.

Этот документ единичные арбитры МКАС и МАК при ТПП РФ предлагают подписывать сторонам опять-таки для устранения рисков отмены вынесенного третейского решения или рисков отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение.

Данная форма была вызвана к жизни двумя факторами из российских арбитражных реалий: часто встречающейся недобросовестностью стороны, проигравшей спор и начинающей идти на любые уловки для отмены решения или отказа государственного суда в выдаче исполнительного листа на него;

специфическим отношением государственных судов России к третейским решениям, нередко упомянутую недобросовестность поощряющим.

Это своего рода «post-hearing terms of reference», принимаемый непосредственно по итогам слушания акт о полномочиях арбитров, об аспектах дела, по которым между сторонами нет разногласий, об отсутствии у каждой стороны соответствующих претензий. Данный документ, безусловно, помогает обеспечить в последующем сохранение за арбитражным решением его юридической силы. Стороны обычно подписывают его охотно, так как каждая из них надеется, что выиграет спор именно она.

Важно понимать, что большинство арбитров в делах МКАС и МАК при ТПП РФ совсем не склонны заниматься организацией и планированием разбирательства, тем более во взаимодействии со сторонами спора (в том числе по электронной почте). Они действуют по привычному шаблону, по старинке: назначают дело к слушанию, чтобы все возникающие вопросы, включая предварительные, рассмотрели именно на нем. При этом общение со сторонами поручается секретариату МКАС или МАК, который часто может взаимодействовать с ними при помощи переписки на бумаге через Почту России. Все это может вести к отложению слушаний, к затягиванию и снижению эффективности разбирательств. А потом решения, вынесенные с использованием подобных неразумных подходов, могут отказываться приводить в исполнение за рубежом.

Данный раздел подготовлен А.И. Мурановым.

Some Procedural Forms for Russian Arbitration

Arbitration is based on principles and values. At the same time no arbitration is possible without routine and day-to-day practical issues.

However both the former and the latter easily fall under the concise term “standards.” One should not be afraid of using it in respect of principles and values: thanks to such usage the latter become an everyday matter (like good manners in a civilized society) giving rise to the opportunity to think about loftier things, i.e. to develop. And yet the significance of standards for everyday issues of arbitration may not be over-estimated simply because they help to make arbitration quicker and more efficient.

Where there are standards, there are forms. In view of that, starting from this issue, “International Commercial Arbitration Review” will publish the forms of documents which are actually used in arbitration practice in the Russian Federation and abroad.

We hope that readers will appreciate this and that such forms will be useful for them, including in practice.

The following forms (taken from concrete cases administered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation) are presented below:

1) the first communications of arbitral tribunal to parties in a dispute intended to speed up the proceedings and to increase their efficiency, as well as to eliminate the risk of setting aside an arbitral award made or the risk of refusal to issue a writ of execution for the enforcement of that award;

2) various procedural orders of the arbitral tribunal;

3) setting out the understanding and agreements between the parties.

Only a few arbitrators of the International Commercial Arbitration Court and of the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation propose that parties sign this document in order to yet again eliminate the risk of setting aside an arbitral award or the risk of refusal to issue the writ of execution for the enforcement of that award.

This form was brought to life by two factors from Russian arbitration realities:

the frequently encountered bad faith of a party who has lost the dispute and starts using all kinds of tricks to set aside the award or to get a state court to refuse to issue the writ of execution thereto;

the specific attitude of Russian state courts to arbitral awards which quite often encourages the above-said bad faith.

This document forms a kind of “post-hearing terms of reference,” an act adopted immediately after the hearing on the arbitrators’ powers, on aspects of the case which do not give rise to any disagreements between the parties, on the absence lack of any challenges by each party against the other. This document certainly helps ensure that the arbitral award retains its legal effect in future. The parties are usually eager to sign it as each of them hopes that they are the one who will prevail in a dispute.

It is important to understand that most arbitrators in the cases of the International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation are far from inclined to organize and plan the proceedings, still less in cooperation with the parties to a dispute (including by email). They stick to the traditional, “good old” pattern: to schedule a hearing date so that all issues arising, including preliminary ones, can be considered just at that event. And communications with the parties is entrusted to the ICAC or the MAC Secretariat which may often interact with them by hard copy correspondence sent via the Russian Post. All these factors may lead to postponements of hearings and protraction, reducing the efficiency of the proceedings. And after that, awards issued using such unreasonable approaches, may be denied enforcement abroad.

This section has been prepared by Alexander I. Muranov.

**1. ПЕРВЫЕ СООБЩЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА СТОРОНАМ СПОРА
(дело МКАС при ТПП РФ)**

**1. FIRST COMMUNICATIONS OF ARBITRAL TRIBUNAL
TO THE PARTIES TO THE DISPUTE
(the case of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber
of Commerce and Industry of the Russian Federation)**

Уважаемые представители Сторон,

доброе утро!

Как вам должно быть известно, третейский суд по делу № ____/2018, администрируемому МКАС при ТПП РФ, сформирован (арбитры _____ и _____, председатель _____).

Арбитр _____ при принятии функций арбитра раскрыл соответствующую информацию. Арбитр _____ ее подтверждает.

Третейский суд приступает к разбирательству и прежде всего просит Стороны сообщить третейскому суду об их готовности осуществлять переписку / общение с третейским судом в целях эффективности также и по электронной почте, а не исключительно только в бумажном виде через Секретариат МКАС при ТПП РФ (далее – Секретариат МКАС).

Или же какая-то Сторона хочет, чтобы такие переписка / общение осуществлялись только через Секретариат МКАС именно в бумажном виде? Если хочет и возражает против переписки / общения с третейским судом также и по электронной почте, то отвечать на данное сообщение ей не следует.

В случае же готовности осуществлять переписку / общение с третейским судом в целях эффективности также и по электронной почте просьба сообщить об этом всем адресатам настоящего письма по электронной почте (не через Секретариат МКАС), а также указать адреса Стороны, по которым с ней такая переписка будет осуществляться.

Любое сообщение в ходе этой переписки будет направляться в адрес:
каждой Стороны;
всех арбитров;
Секретариата МКАС.

Указанные переписка / общение с третейским судом также и по электронной почте не должны считаться исключающими необходимость представления в Секретариат МКАС документов в бумажном виде и в соответствующем количестве экземпляров согласно § 9 «Порядок представления документов» Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС 2017 г.

Отдельное внимание обращается на то, что третейский суд принимает свои организационно-процедурные решения по настоящему делу единогласно, путем согласования мнений всех арбитров. Председатель третейского суда по согласованию с другими арбитрами лишь доводит до всех позицию третейского суда.

_____, председатель третейского суда,
от имени третейского суда

Уважаемые представители Сторон,

добрый вечер!

Третейский суд благодарит вас за присланные сообщения по поводу переписки по электронной почте.

Третейский суд приступил к разбирательству, и у него имеется несколько предварительных организационно-процедурных вопросов, на которые просьба ответить (по каждому вопросу отдельно и четко в том же порядке, что и ниже). Это просьба к Сторонам, а не требование.

1) Вам уже известно, что заявленные Ответчиком и Истцом отводы соответственно арбитрам _____ и _____ были отклонены _____ 2018 г.

Намерена ли любая из Сторон продолжать процедуру отвода любого из этих арбитров или же нет?

2) Докладчиком по настоящему делу предлагается назначить _____. Есть ли у любой Стороны отводы ему?

[Арбитры и докладчик по настоящему делу Сторонам известны, вся информация раскрыта. Если у какой-либо Стороны есть какие-то соображения в этой связи, в том числе в плане отводов, то просьба известить.]

3) Имеются ли у любой из Сторон возражения против компетенции третейского суда рассматривать настоящий спор, а также отдельно против компетенции МКАС его администрировать? Если да, то просьба эти возражения изложить мотивированно. Особенно в свете конкретных обстоятельств настоящего дела.

4) Имеются ли у любой из Сторон возражения против применения в настоящем деле Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС 2017 г. и связанных с ними документов? Если да, то просьба эти возражения изложить мотивированно. Особенно в свете конкретных обстоятельств настоящего дела.

5) Имеются ли у любой из Сторон возражения против места арбитража по настоящему делу, которым будет являться Российская Федерация, город Москва? Если да, то просьба эти возражения изложить мотивированно. Особенно в свете конкретных обстоятельств настоящего дела.

6) Имеются ли у любой из Сторон возражения против языка арбитража по настоящему делу, которым будет являться русский? Если да, то просьба эти возражения изложить мотивированно. Особенно в свете конкретных обстоятельств настоящего дела.

7) Имеются ли у любой из Сторон какие-либо соображения по поводу применения к правам и обязанностям Сторон в настоящем споре английского права? Если да, то просьба эти возражения изложить мотивированно. Особенно в свете конкретных обстоятельств настоящего дела. При этом такие возражения могут быть изложены как кратко в указанный ниже срок, так и подробно впоследствии.

8) Не возражает ли любая из Сторон против того, чтобы каждый из арбитров по настоящему делу ознакомился с решениями по другим делам МКАС между Сторонами (и с материалами таких дел), в которых этот арбитр не участвовал, но участвовал другой арбитр по настоящему делу? Это представляется необходимым для избежания любых спорных ситуаций. Если возражает, то просьба заявить об этом четко.

9) Перед назначением слушания по настоящему делу предлагается осуществить подготовку к нему путем обмена Сторонами позициями и доказательствами (отзыв, ответ на отзыв и т.п.), а также заблаговременного заявления ходатайств. Готовы ли Стороны самостоятельно согласовать график такого обмена и заявления ходатайств?

Если нет, то этот график будет определен третейским судом самостоятельно, но с учетом мнения Сторон, в срок до _____ 2018 г., однако с учетом сказанного ниже в п. 10.

10) Третейский суд просит Стороны ответить на все указанные выше вопросы до 19 часов 00 минут по московскому времени _____ 2018 г. включительно. При этом Сторонам предлагается по возможности согласовать их позиции по всем указанным выше вопросам.

Если для согласования такой позиции Сторонам требуется больше времени, просьба об этом сообщить оперативно.

Отдельное внимание обращается на то, что третейский суд принимает свои организационно-процедурные решения по настоящему делу единогласно, путем согласования мнений всех арбитров. Председатель третейского суда по согласованию с другими арбитрами лишь доводит до всех позицию третейского суда.

Также сообщается, что председатель третейского суда _____ с _____ по _____ 2018 г. будет находиться вне Москвы в отпуске и не сможет в этот период всегда оперативно отвечать на сообщения по электронной почте в его адрес.

_____, председатель третейского суда,
от имени третейского суда

2. ПРОЦЕДУРНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА (дела МКАС при ТПП РФ)

2. PROCEDURAL ORDERS OF ARBITRAL TRIBUNAL (the cases of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation)

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД ПО ДЕЛУ № ____/2018, АДМИНИСТРИРУЕМОМУ МКАС ПРИ ТПП РФ

ПРОЦЕДУРНОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 1

г. Москва _____ 2018 г.

Третейский суд (председатель _____, арбитры _____ и _____) в указанном деле МКАС при ТПП РФ (далее – МКАС) по иску компании _____ (Германия, Франкфурт-на-Майне; далее – истец) к ООО _____ (Россия, Москва, ОГРН _____; далее – ответчик) о взыскании _____ российских рублей в лице председателя _____, действующего по согласованию с другими членами третейского суда,

основываясь предварительно на указании в разделе ____ договора поставки № ____ от _____ 2014 г., заключенного истцом и ответчиком (далее – Договор), о передаче всех споров истца и ответчика из Договора в МКАС, а также на Соглашении о языке арбитражного разбирательства, заключенного истцом и ответчиком _____ 2018 г.

ПОСТАНОВИЛ:

1. Предложить ответчику в срок не позднее _____ 2018 г. включительно представить *одновременно* третейскому суду (с копией докладчику по делу) и в Секретариат МКАС (по адресам электронной почты _____; _____; _____; _____; benov@tpprf.ru), а также непосредственно истцу (по адресам электронной почты _____; _____) отзыв на иск (в том числе с приложениями в виде сканированных документов, материалов).

2. Предложить истцу в срок не позднее _____ 2018 г. включительно представить *одновременно* третейскому суду (с копией докладчику по делу) и в Секретариат МКАС по указанным выше в п. 1 адресам электронной почты, а также непосредственно ответчику (по адресам электронной почты _____; _____) свою позицию (в

том числе с приложениями в виде сканированных документов, материалов) в отношении отзыва, указанного выше в п. 1.

3. Предложить ответчику в срок не позднее _____ 2018 г. включительно представить *одновременно* третейскому суду (с копией докладчику по делу) и в Секретариат МКАС, а также непосредственно истцу (по указанным выше в п. 1 адресам электронной почты) свою позицию (в том числе с приложениями в виде сканированных документов, материалов) в отношении позиции истца, указанной выше в п. 2.

4. При представлении позиций сторонам следует обратить внимание на подтверждение поставки товаров по соответствующим заказам, подтверждение оплаты товаров, подтверждение замены товаров.

5. Любой представляемой любой стороной позиции следует быть ясным и четким образом структурированной. Прилагаемым к позиции доказательствам (документам, материалам) следует быть четким образом пронумерованными, а в тексте позиции, к которой они прилагаются, следует пояснять, какое представляемое доказательство (документ, материал) какое именно обстоятельство подтверждает и каким образом обосновывает позицию стороны.

6. Предложить каждой стороне заблаговременно, но в любом случае не позднее _____ 2018 г. включительно, сообщить *одновременно* третейскому суду (с копией докладчику по делу), Секретариату МКАС и непосредственно другой стороне по указанным выше адресам электронной почты:

- а) о наличии у нее любых процессуальных ходатайств или заявлений, в том числе:
 - о необходимости вызова свидетелей на слушание дела;
 - по поводу технических моментов подготовки устного слушания дела;
- б) о возможности дружественного урегулирования спора.

7. Никаких иных документов, заявлений или ходатайств, кроме указанных выше, после _____ 2018 г. включительно (в том числе в ходе слушания по делу или после него) ни одной из сторон представлять третейскому суду (или докладчику по делу), Секретариату МКАС или другой стороне не следует, если иное в зависимости от конкретных обстоятельств по предложению соответствующей стороны не будет заранее решено третейским судом по причине каких-либо экстраординарных или особенных обстоятельств (в том числе без приведения мотивов и без обязанности, но с правом запросить мотивированное мнение другой стороны по этому вопросу).

8. Направление стороной любых сообщений и документов, в том числе по электронной почте, только в адрес третейского суда (или любого арбитра либо докладчика) без одновременного их направления, в том числе по электронной почте, другой стороне, а также всем арбитрам и в Секретариат МКАС не допускается.

9. Учитывая готовность сторон, _____ 2018 г. в 11-00 по московскому времени будет проведена телефонная конференция с участием сторон, третейского суда и докладчика по делу для решения различных возможных процедурных и технических вопросов, которые могут возникать в настоящем деле и т.д.

10. Слушание по настоящему делу состоится _____ 2018 г. в 11-00 по московскому времени в помещении МКАС по адресу: г. Москва, ул. Ильинка, д. 6/1, стр. 1.

11. Предложить каждой стороне все указанные выше позиции, доказательства, ходатайства и заявления также направлять в Секретариат МКАС в бумажной форме в надлежащем количестве экземпляров не позднее 5 календарных дней после дат, указанных выше в п. 1, в п. 2, в п. 3 и в п. 6.

12. Также предложить каждой стороне представить подлинные документы, подтверждающие полномочия соответствующих лиц являться представителями такой стороны перед третейским судом по настоящему делу и перед МКАС (надлежащим образом оформленные доверенности и (или) иные документы).

13. Если одна из сторон будет опровергать достоверность документов, представленных другой стороной, предложить такой стороне заявить об этом заблаговременно не позднее _____ 2018 г. включительно, а также предложить каждой из сторон представить на слушании подлинные или надлежащим образом заверенные документы, достоверность которых поставлена под сомнение.

14. Обратить внимание каждой стороны настоящего дела на то, что каждая сторона настоящего дела, не последовавшая приведенным выше предложениям и указаниям, несет все риски всех связанных с таким ее бездействием неблагоприятных последствий.

15. Настоящее постановление направляется сторонам по указанным выше адресам электронной почты (учитывая ранее имевшую место корреспонденцию со сторонами таким образом) и в бумажном виде. В последующем третейский суд также будет направлять документы сторонам по электронной почте, однако без ущерба для права отправлять их им также и в бумажном виде.

16. Настоящее постановление приобщается к материалам разбирательства.

_____, председатель третейского суда,
от имени третейского суда

**ТРЕТЕЙСКИЙ СУД ПО ДЕЛУ № ____/2018,
АДМИНИСТРИРУЕМОМУ МКАС ПРИ ТПП РФ**

ПРОЦЕДУРНОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 1

г. Москва

_____ 2018 г.

Третейский суд, основываясь на заявлениях сторон от _____, _____ и _____ 2018 г., направил сторонам письмо от _____ 2018 г. с несколькими вопросами и с проектом настоящего процедурного постановления. Ответчик _____ 2018 г. ответил на эти вопросы и согласился с таким проектом. Истец _____ 2018 г. также ответил на эти вопросы и согласился с таким проектом (с рядом заявлений и с предложением уточнений в него).

По итогам такого обмена позициями сторон и с учетом их согласия, указанного выше, третейский суд принимает настоящее постановление (с добавлением в его окончательный текст нескольких пунктов насчет организационных моментов).

1. Учитывая все обстоятельства настоящего дела, третейский суд предоставляет истцу время на подготовку позиции по полученному отзыву ответчика (далее – Возражения на отзыв) в объеме не более 30 рабочих дней начиная с рабочего дня, следующего за днем вынесения настоящего процедурного постановления.

При этом третейский суд внимательно изучал и обсуждал в связи с таким вопросом доводы сторон и приходит к выводу о том, что не имеется препятствий для того, чтобы такой срок истцу предоставить, прежде всего по причине того, что требования выдвигаются не ответчиком, просрочки в рассмотрении таких требований быть не может, коль скоро об этом просит сам истец, а права ответчика в данной ситуации существенным образом не затрагиваются.

Таким образом, третейский суд просит истца представить по электронной почте всем надлежащим лицам Возражения на отзыв в надлежащий срок.

2. В свою очередь третейский суд аналогичным образом в свете принципа равенства предоставляет ответчику срок для ответа на Возражения на отзыв (далее – Ответ на Возражения на отзыв) также в объеме не более 30 рабочих дней начиная с рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте Возражений на отзыв.

Этот срок, учитывая позицию ответчика в сообщении от _____ 2018 г., третейский суд также находит разумным.

3. Предоставление сторонам таких сроков является надлежащим и разумным, по мнению третейского суда, также и в свете сложных аспектов настоящего дела, по которым стороны спорят.

Лучше, по мнению третейского суда, предоставить сторонам возможность высказаться полностью, нежели сокращать для сторон сроки.

К тому же такие сроки, как полагает третейский суд, излишне продолжительными не являются.

4. Хотя стороны уже обменялись иском и отзывом на иск, третейский суд не исключает того, что в Возражениях на отзыв истец может поднять новые вопросы в связи со спором сторон. В таком случае ответчику при подготовке Ответа на Возражения на отзыв следует ответить на такие новые вопросы, однако не поднимая иные новые вопросы, не указанные в исковом заявлении, в отзыве и в Возражениях на отзыв.

Вместе с тем третейский суд на данный момент, учитывая все обстоятельства дела, не может запретить ответчику поднимать такие указанные новые вопросы.

Ввиду этого, если ответчик их поднимет, истцу будет предоставлено право ответить на такую позицию истца, а ответчику – право ответить на последнюю позицию истца (но без того, чтобы поднимать опять еще какие-то новые вопросы). Срок для таких ответов будет определен третейским судом отдельно впоследствии.

5. В указанные выше сроки третейский суд также просит стороны провести все соответствующие исследования, необходимые для подготовки позиций сторон.

6. Третейский суд также предоставляет сторонам после истечения срока, указанного в п. 2 выше, или срока, указанного в последнем абзаце п. 4 выше, время в объеме 20 календарных дней для финального представления их позиций и заявления каких-либо ходатайств (исчисляемое с календарного дня, следующего после дня истечения срока, указанного в п. 2 выше, или срока, указанного в последнем абзаце п. 4 выше).

При этом право представления последней позиции принадлежит ответчику, ввиду чего финальная позиция истца должна быть представлена не позднее истечения первой половины такого срока в 20 календарных дней.

Однако все ходатайства стороны должны будут заявить одновременно (если только ходатайства ответчика не будут неразрывно связанными с его позицией, представляемой последней). Вопрос о том, будут ли они так связаны, остается в компетенции именно третейского суда).

7. После истечения срока, указанного в п. 6 выше, обмен позициями сторон будет являться завершенным, если иное не будет решено третейским судом в свете всех обстоятельств настоящего дела.

При этом третейский суд незамедлительно определит тогда день для слушания по настоящему делу.

8. Третейский суд также просит стороны в течение 15 календарных дней после истечения времени, указанного в п. 6 выше, представить ему список спорных вопросов, имеющих между сторонами, и предлагаемый порядок их рассмотрения.

Представление списка таких вопросов и порядка их рассмотрения не будет считаться обменом позициями сторон для целей п. 7 выше.

Если стороны не придут к соглашению в этом отношении, третейский суд будет вправе (но не обязан) определить список таких вопросов и порядок их рассмотрения самостоятельно.

9. Третейский суд принимает во внимание сообщение ответчика о его намерении привлечь к участию в деле в качестве свидетеля _____, директора ООО _____, и одновременно предлагает ответчику изложить такое намерение в форме ходатайства с соблюдением применимых Правил арбитража международных коммерческих споров 2017 г. МКАС, причем в течение срока, указанного в п. 2 или же в п. 6 выше.

Изложенное в предыдущем абзаце не означает ограничение прав истца на заявление соответствующих ходатайств по поводу также привлечения специалиста.

10. Третейский суд определяет, что необходимость и порядок заслушивания свидетелей, привлекаемых сторонами, будут определены после того, как стороны закончат обмен своими позициями согласно изложенному выше.

11. После истечения срока, указанного в п. 6 выше, ни одна из сторон не должна будет представлять по общему правилу ни какие-то свои позиции, ни доказательства, ни ходатайства ни до дня слушания, ни в ходе слушания, ни после слушания по настоящему делу (если только иное не будет разрешено третейским судом по причине каких-либо экстраординарных или особенных обстоятельств).

12. Все документы и доказательства, представляемые каждой стороной согласно вышеизложенному, должны быть четко читаемы.

Все приложения должны быть пронумерованы, и должно быть четко указано, к чему какое приложение относится.

Просьба к каждой стороне содействовать пониманию ее позиции за счет аккуратного оформления приложений / документов.

13. Третейский суд исходит из того, что стороны договорились производить обмен доказательствами на английском языке и не намерены требовать их перевода на русский язык (в том числе в отношении доказательств, представленных ранее). Это не будет являться нарушением правил о языке настоящего разбирательства.

14. Третейский суд впоследствии предложит сторонам закрепить их согласие по соответствующим вопросам настоящего разбирательства в письменном виде, в том числе, например, на слушании по делу.

15. Третейский суд впоследствии предложит сторонам в целях подготовки мотивировочной части решения по настоящему делу представить ему в виде файлов в формате «.doc» (редактор *Microsoft Word*) те позиции сторон со списками приложений, которые ранее были представлены сторонами в материалы настоящего дела.

16. Направление стороной любых сообщений и документов, в том числе по электронной почте, только в адрес третейского суда (или любого арбитра либо докладчика) без одновременного их направления, в том числе по электронной почте, другой стороне, а также всем арбитрам и в Секретариат МКАС не допускается.

17. Предложить каждой стороне все указанные выше позиции, доказательства, ходатайства и заявления также направлять в Секретариат МКАС в бумажной форме в над-

лежащем количестве экземпляров не позднее 3 рабочих дней после их направления по электронной почте.

18. Если одна из сторон будет опровергать достоверность документов, представленных другой стороной, предложить такой стороне заявить об этом заблаговременно, а также предложить каждой из сторон представить на слушании подлинные или надлежащим образом заверенные документы, достоверность которых поставлена под сомнение.

19. Обратить внимание на то, что каждая сторона, не последовавшая приведенным выше предложениям и указаниям, несет все риски всех связанных с таким ее бездействием возможных неблагоприятных последствий.

20. Третейский суд в свете всего изложенного и применительно к нему призывает стороны в дальнейшем взаимодействовать друг с другом конструктивно и избегая ненужного оппонирования друг другу.

_____, председатель третейского суда,
от имени третейского суда

**ТРЕТЕЙСКИЙ СУД ПО ДЕЛУ № ____/2018,
АДМИНИСТРИРУЕМОМУ МКАС ПРИ ТПП РФ**

ПРОЦЕДУРНОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 2

г. Москва _____ 2018 г.

Третейский суд по итогам слушания, состоявшегося _____ 2018 г., принимает настоящее постановление (с учетом мнения Сторон, учитывая, что проект данного постановления им направлялся):

1.1. Предложить Истцу представить его позицию по поводу приобщенного к материалам настоящего дела документа _____ № ____ от _____ 2017 г. в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем принятия настоящего постановления.

1.2. Ответчик вправе представить свои возражения на позицию Истца, указанную выше в п. 1.1, в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Истца.

1.3. Истец вправе представить свои комментарии на возражения Ответчика, указанные выше в п. 1.2, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих возражений Ответчика.

1.4. Ответчик вправе представить свои комментарии на комментарии Истца, указанные выше в п. 1.3, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих комментариев Истца.

1.5. Каждая Сторона вправе представить при изложении своих позиций согласно п. 1.1–1.4 соответствующие доказательства, но исключительно по вопросу о документе, указанном в п. 1.1.

2.1. Предложить Истцу представить его позицию по поводу процентов, о взыскании которых просит Истец (в том числе насчет их оснований и порядка расчета), в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем принятия настоящего постановления.

2.2. Ответчик вправе представить свои возражения на позицию Истца, указанную выше в п. 2.1, в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Истца.

2.3. Истец вправе представить свои комментарии на возражения Ответчика, указанные выше в п. 2.2, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих возражений Ответчика.

2.4. Ответчик вправе представить свои комментарии на комментарии Истца, указанные выше в п. 2.3, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих комментариев Истца.

2.5. Каждая Сторона вправе представить при изложении своих позиций согласно п. 2.1–2.4 соответствующие доказательства, но исключительно по вопросу о процентах, указанных в п. 2.1.

3.1. Предложить Истцу представить его позицию по поводу вопроса о _____ в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем принятия настоящего постановления.

3.2. Ответчик вправе представить свои возражения на позицию Истца, указанную выше в п. 3.1, в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Истца.

3.3. Истец вправе представить свои комментарии на возражения Ответчика, указанные выше в п. 3.2, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих возражений Ответчика.

3.4. Ответчик вправе представить свои комментарии на комментарии Истца, указанные выше в п. 3.3, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих комментариев Истца.

3.5. Каждая Сторона вправе представить при изложении своих позиций согласно п. 3.1–3.4 соответствующие доказательства, но исключительно по вопросу, указанному в п. 3.1.

4.1. Предложить Истцу представить его позицию по поводу вопроса о том, в чьих интересах действовали _____, в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем принятия настоящего постановления.

4.2. Ответчик вправе представить свои возражения на позицию Истца, указанную выше в п. 4.1, в течение 15 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Истца.

4.3. Истец вправе представить свои комментарии на возражения Ответчика, указанные выше в п. 4.2, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих возражений Ответчика.

4.4. Ответчик вправе представить свои комментарии на комментарии Истца, указанные выше в п. 4.3, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этих комментариев Истца.

4.5. Каждая Сторона вправе представить при изложении своих позиций согласно п. 4.1–4.4 соответствующие доказательства, но исключительно по вопросу, указанному в п. 4.1.

5.1. Третейский суд в целях наиболее эффективного рассмотрения данного спора также предлагает Сторонам сообщить свои позиции таким образом, который указан ниже.

5.2. Позиции должны касаться исключительно вопросов, которые были указаны в списке спорных вопросов, представленном третейскому суду ранее.

По другим вопросам, включая те, которые упомянуты выше в настоящем постановлении, позиции приводиться не должны.

5.3. Позиция излагается каждой Стороной путем заполнения четвертого столбца в приведенной ниже таблице (там приведен только пример).

Представлять единую сводную таблицу позиций Истца и Ответчика не следует: каждая Сторона вправе заполнить ее только от себя.

Никакие пояснения в самой таблице или в сопровождающем ее тексте не допускаются: должны быть указаны исключительно процессуальный документ Стороны и номер приложения к этому документу.

Также не допускаются:
какие-либо комментарии;
изменение структуры таблицы.

Каждая Сторона вправе указать в четвертом столбце таблицы несколько документов и приложений (пояснения при этом не допускаются).

Количество строк в таблице (т.е. перечень спорных вопросов в свете п. 5.2 выше) каждая Сторона определяет по своему усмотрению.

Формулировки во втором столбце должны соответствовать тем, которые ранее согласовали Стороны (см. п. 5.2 выше), но без ущерба для права любой Стороны использовать те формулировки, согласия по которым Стороны ранее не достигли.

Ссылки ни на какие новые документы не допускаются, за исключением тех, которые могут быть представлены согласно п. 1.1–1.4, п. 3.1–3.4 и п. 4.1–4.4 и при условии, что эти новые документы действительно относимы к соответствующему вопросу.

№	Существо спорного вопроса	Позиция Истца	Документальное подтверждение в материалах дела
1	Исполнение обязанности Истца в соответствии с _____.	Обязанность Истца исполнена в полном объеме.	1.1. Название процессуального документа Истца, его дата. 1.2. Номер приложения к этому документу.
2	Исполнение обязанности Истца _____.	Обязанность Истца исполнена в полном объеме.	2.1. Название процессуального документа Истца, его дата. 2.2. Номер приложения к этому документу.

№	Существо спорного вопроса	Позиция Ответчика	Документальное подтверждение в материалах дела
1	Исполнение обязанности Истца в соответствии с _____.	Обязанность Истца не исполнена.	1.1. Название процессуального документа Ответчика, его дата. 1.2. Номер приложения к этому документу.
2	Исполнение обязанности Истца _____.	Обязанность Истца не исполнена.	2.1. Название процессуального документа Ответчика, его дата. 2.2. Номер приложения к этому документу.

5.4. Учитывая, что в данном случае речь идет прежде всего о систематизации позиций Сторон в техническом плане, третейский суд не считает необходимым осуществлять обмен позициями Сторон по данному вопросу в порядке, аналогичном изложенному, например, выше в п. 1.1–1.4, а предлагает каждой Стороне просто представить по электронной почте свою позицию в виде указанной таблицы в течение 30 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем принятия настоящего постановления, без представления в последующем каких-либо комментариев в отношении информации, представленной другой Стороной.

6.1. Предложить Истцу представить его позицию по поводу арбитражных расходов в настоящем деле в течение 20 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем, который следует за истекшим периодом в 30 рабочих дней, упомянутым выше в п. 5.4 (т.е. с учетом в том числе издержек Стороны в связи с вышеуказанным).

6.2. Предложить Ответчику представить его позицию по поводу арбитражных расходов в настоящем деле в течение 20 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем, который следует за истекшим периодом в 30 рабочих дней, упомянутым выше в п. 5.4 (т.е. с учетом в том числе издержек Стороны в связи с вышеуказанным).

6.3. Истец вправе представить свои комментарии на позицию Ответчика, указанную выше в п. 6.2, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Ответчика.

6.4. Ответчик вправе представить свои комментарии на позицию Истца, указанную выше в п. 6.1, в течение 10 рабочих дней, исчисляемых с первого рабочего дня, следующего за днем получения по электронной почте этой позиции Истца.

6.5. Каждая Сторона вправе представить при изложении своих позиций согласно п. 6.1–6.4 соответствующие доказательства, но исключительно по вопросу об арбитражных расходах в настоящем деле.

7. Обратить внимание Сторон на то, что никакие новые доводы или материалы, не имеющие прямого и явного отношения к:

- документу, указанному выше в п. 1.1;
 - вопросам, указанным выше в п. 2.1–2.4;
 - вопросам, указанным выше в п. 3.1–3.4;
 - вопросам, указанным выше в п. 4.1–4.4,
- не допускаются.

8. Третейский суд просит каждую Сторону не объединять в одном документе изложение позиций по указанным выше вопросам в любом их сочетании.

9. Все документы и доказательства, представляемые каждой Стороной согласно вышеизложенному, должны быть четко читаемы.

Все приложения должны быть пронумерованы, и должно быть четко указано, к чему какое приложение относится.

10. Направление Стороной любых сообщений и документов, в том числе по электронной почте, только в адрес третейского суда (или любого арбитра либо докладчика) без одновременного их направления, в том числе по электронной почте, другой Стороне, а также всем арбитрам и в Секретариат МКАС не допускается.

11. Каждая Сторона должна все указанные выше позиции и доказательства также направлять в МКАС в бумажной форме в надлежащем количестве экземпляров не позднее 3 рабочих дней после их отправки по электронной почте.

12. Третейский суд оставляет за собой право просить Стороны по итогам выполнения настоящего постановления представить дополнительную информацию.

13. Иные слушания по делу проводиться не будут, если третейский суд не решит иначе.

_____, председатель третейского суда,
от имени третейского суда

**3. ФИКСАЦИЯ ПОНИМАНИЯ И ДОГОВОРЕННОСТЕЙ СТОРОН
ПО ДЕЛУ № ___/2018, АДМИНИСТРИРУЕМОМУ
МКАС ПРИ ТПП РФ**

**3. SETTING OUT THE UNDERSTANDING AND AGREEMENTS
BETWEEN THE PARTIES REGARDING THE CASE No. ___/2018 ADMINISTERED
BY THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT
AT THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY
OF THE RUSSIAN FEDERATION**

г. Москва

_____ 2018 г.

Третейский суд, учитывая все сложные аспекты настоящего дела, а также предшествующее процессуальное поведение сторон настоящего дела, имел возможность провести слушание по нему _____ 2018 г. с 13-00 по 17-15 по московскому времени в помещениях МКАС при ТПП РФ (далее – МКАС).

По итогам слушания, а также с учетом принципов состязательности и равного отношения третейского суда к сторонам последние по собственному усмотрению фиксируют в настоящем документе следующие понимание и договоренности (далее – «настоящая Фиксация») с подтверждением со стороны третейского суда:

1. Каждая из сторон подтверждает, что доверенности на ее представителей в данном слушании, а именно на представителя истца, г-на _____ (доверенность № ___ от _____ 2018 г.) и на представителя ответчика, г-жу _____ (доверенность № ___ от _____ 2017 г.), продолжают действовать на _____ 2018 г., что они не отозваны. Ни у одной из сторон претензий к наличию у представителя другой стороны полномочий на участие в настоящем деле, полномочий на признание компетенции третейского суда рассматривать настоящее дело и компетенции МКАС его администрировать не имеется.

2. Представители, указанные в п. 1 выше, являются уполномоченными подписывать настоящую Фиксацию.

3. На _____ 2018 г. оснований для отводов арбитров или докладчика по настоящему делу у сторон не имеется, в том числе ввиду участия арбитров и (или) докладчика в иных делах, администрировавшихся ранее и (или) администрируемых МКАС, с участием сторон, в том числе ввиду высказывания ими каких-либо правовых позиций в указанных делах по вопросам, схожим / аналогичным по своей природе с теми / тем, которые(-й) имею(-е)тся в настоящем деле.

Состав третейского суда соответствовал и соответствует соглашению сторон и федеральному закону.

Стороны были должным образом уведомлены об избрании указанных третейских судей.

4. Стороны подтверждают компетенцию третейского суда / МКАС его рассматривать / администрировать ранее и в настоящий момент, полностью согласны с такой компетенцией последних.

Третейское соглашение сторон, на основании которого спор рассматривается третейским судом, является действительным.

Третейский суд рассматривает спор по вопросам, предусмотренным третейским соглашением сторон и подпадающим под его условия.

Спор, рассматриваемый третейским судом, в соответствии с федеральным законом может быть предметом третейского разбирательства.

5. Стороны согласны с тем, что применимыми в настоящем деле являются Правила арбитража международных коммерческих споров 2017 г. МКАС, а также Положение об организационных основах деятельности 2017 г. МКАС и Положение об арбитражных расходах 2017 г. (приложения к приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. № 6).

6. Стороны на день слушания повторяют свои правовые позиции по существу дела, заявленные ими ранее и изложенные в представленных ими в материалы дела документах. Никакие новые правовые позиции стороны не заявляют.

7. Ни у одной из сторон нет претензий к комплектности материалов дела: все заявленные стороной позиции и представлявшиеся ею документы в таких материалах присутствуют.

Все заявленные одной стороной позиции и представлявшиеся ею документы были получены другой стороной.

Стороны в ответ на вопрос третейского суда сообщили, что дело материалами укомплектовано полностью, что любые материалы, включая документы и позиции сторон, дела МКАС № ___/2017, по которому было вынесено решение МКАС от _____ 2017 г., не должны считаться частью настоящего дела № ___/2018, что ссылки сторон на, например, «материалы дела» следует понимать как указания на материалы настоящего дела № ___/2018, а не упомянутого дела № ___/2017.

8. У сторон на _____ 2018 г. не имелось и не имеется никаких ходатайств по настоящему делу.

9. В ходе слушания _____ 2018 г. стороны высказали подробно свои позиции по существу спора по поводу прав и обязанностей сторон по соглашению о расторжении от _____ 2018 г. к договору № ___ от _____ 2017 г.

Также представитель ответчика путем ссылки на п. 9 указанного соглашения о расторжении и на арбитражную оговорку, содержащуюся в указанном договоре, о компетенции МКАС заявил, что такая оговорка распространяется на указанное соглашение о расторжении и третейский суд по настоящему делу компетентен рассматривать позиции сторон в отношении данного соглашения о расторжении и сами условия такого соглашения, а также компетентен принимать решение по настоящему спору в этой связи. Представитель истца с этим согласен.

10. Стороны согласны в том, что если какое-то письменное доказательство, имеющееся в материалах дела в виде копии какого-то оригинала, не заверено одной из сторон, такое заверение не требуется и отсутствие заверения не нарушает права другой стороны.

11. Стороны согласны в том, что если какое-то письменное доказательство, имеющееся в материалах дела, изложено не на русском языке, то его перевод на русский язык и заверение такого перевода не требуются, и это не нарушает права ни одной из сторон.

12. Стороны согласны с тем, что протокол слушания по настоящему делу может быть изготовлен, если третейский суд решит его делать, вместе с финальным актом третейского суда по настоящему делу и никаких претензий в этой связи друг к другу, к третейскому суду и к МКАС не имеют.

13. Стороны согласны в том, что со стороны третейского суда и МКАС каждой из сторон ранее в ходе разбирательства по настоящему делу, а также в ходе слушания _____ 2018 г. была предоставлена возможность изложить свою позицию и представить свои объяснения и материалы в полной мере, что к сторонам неравное отношение со стороны третейского суда или МКАС проявлено не было и что никаких действий, которые могли бы вызвать претензии любой из сторон, совершено третейским судом или МКАС также не было.

Процедура арбитража по настоящему делу соответствовала, в том числе в ходе слушания _____ 2018 г., соглашению сторон и федеральному закону.

Стороны были должным образом и заблаговременно уведомлены о времени и месте заседания третейского суда по настоящему делу.

У сторон нет претензий друг к другу, к третейскому суду или к МКАС в связи с имевшим место отложением слушания по настоящему делу по причине заявления отводов членам третейского суда в ином деле, администрируемом МКАС.

14. Вся переписка между сторонами и третейским судом и (или) МКАС по электронной почте осуществлялась (в том числе в плане приложенных к такой переписке файлов или в связи с представлением документов через файлообменник) должным образом уполномоченными лицами каждой стороны без нарушения прав любой из сторон.

Ни у одной из сторон нет претензий к другой стороне, к третейскому суду или к МКАС в связи с такой перепиской по электронной почте (в том числе в плане приложенных к такой переписке файлов или в связи с представлением документов через файлообменник). Каждой стороной все сообщения от другой стороны, от третейского суда или МКАС были получены (в том числе в плане приложенных к таким сообщениям файлов), равно как и были получены все документы через файлообменник.

15. Ни у одной из сторон нет претензий к другой стороне в контексте предыдущего процессуального поведения последней. Стороны согласны в том, что на _____ 2018 г. права ни одной из них действиями другой не нарушены.

16. Файлы в формате «.doc» (редактор *Microsoft Word*), представленные по электронной почте сторонами третейскому суду по его просьбе для подготовки описательной части финального акта третейского суда по настоящему делу, с изложением позиций сторон по настоящему делу полностью соответствуют заявлениям сторон с изложением их позиций, представленным в бумажном виде в материалы настоящего дела. Третейский суд вправе использовать такие файлы для подготовки указанной описательной части.

17. Третейский суд не обязан принимать во внимание ссылки сторон на какие-либо акты МКАС или государственных судов, вынесенные в отношении любой из сторон по любым другим делам, которые не были представлены любой из сторон третейскому суду, в том числе в ходе переписки, имевшей место до дня слушания.

Стороны согласны в том, что третейский суд компетентен рассмотреть и оценить такие ссылки исходя из собственного усмотрения и с учетом требований применимого права.

18. Указание выше на то, что сторона не имеет претензий, означает отказ стороны от права на выдвижение соответствующих претензий согласно Федеральному закону от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и (или) Закону РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и в отношении указанных в настоящей Фиксации вопросов.

19. Никаких других заявлений в связи с чем-либо, помимо вышеизложенного, ни одна из сторон по состоянию на _____ 2018 г. не имеет и не делает.

В промежуток времени после завершающего слушания дела и до момента вынесения финального акта третейского суда по настоящему делу ни одна из сторон не будет делать какие-либо заявления или представлять какие-либо документы, если иное не будет установлено третейским судом.

20. Содержание и подписание настоящей Фиксации закону не противоречит и права ни одной из сторон не нарушает.

21. Настоящая Фиксация составлена и подписана в 3 (трех) экземплярах, один — для истца, один — для ответчика, один — для хранения в материалах настоящего дела № ____/2018, администрируемого МКАС при ТПП РФ.

Представитель истца _____ Представитель ответчика _____

Арбитр _____ Арбитр _____

Председатель третейского суда

Некоторые диссертации на соискание ученых степеней, защищенные в России в 2015–2016 гг. по вопросам международного коммерческого арбитража и ADR: критический обзор положений, вынесенных на защиту

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.438>

Арбитраж — прежде всего практическая деятельность, прагматичные процедуры. Однако арбитраж без научного и критического изучения возникающих в нем проблем адекватно развиваться не может.

Итоги попыток рассмотрения проблем арбитража следует всемерно распространять и, в свою очередь, также подвергать испытаниям, в том числе критическим. Такая «критика критики» — дополнительный инструмент для дальнейшего продвижения арбитража.

Ввиду этого было решено начать публиковать в «Вестнике МКА» обзоры отечественных диссертаций на соискание ученых степеней кандидата и доктора юридических наук по вопросам международного коммерческого и инвестиционного арбитража, а также ADR, международного гражданского процесса и международного частного права (в части, касающейся коммерческих и экономических отношений). Это чуть ли не первая в отечественной литературе попытка критического анализа применительно к таким вопросам.

Ниже представлен первый подготовленный А.И. Мурановым критический анализ в отношении четырех таких диссертаций, представленных к защите в России с 2015 г. по 2016 г. (само собой, в эти годы их было защищено гораздо больше. В последующих номерах «Вестника МКА» будут представлены обзоры и иных таких диссертаций).

Изучению подвергались не сами диссертации, а только лишь положения, тезисы в них, выносимые на защиту (исключение составляет работа С.Ю. Казаченок). Ниже представлены выдержки из авторефератов диссертаций, содержащие именно такие тезисы (а также, само собой, названия диссертаций, сведения об их авторах, учреждениях, в которых они готовились и затем защищались, научных руководителях, оппонентах и ведущих организациях).

Важно понимать, что тезисы диссертации — не сама диссертация. Тезисы могут быть неудачными, тогда как сама диссертация — блестящей, и наоборот. Но такое бывает крайне редко. Тезисы — квинтэссенция диссертации, тот оселок, при помощи которого можно проверять уровень научного мастерства автора, степень понимания им соответствующих проблем, а также его внимание к терминологии. Сформулировать итоги своих научных изысканий кратко, емко и корректно — крайне непростая задача, особое искусство.

Представленный обзор на полноту или исчерываемость не претендует. Его автор, познания которого далеки от совершенства, также не притязает на истину: он лишь представил свою точку зрения, оценочные суждения применительно к тезисам в указанных ниже диссертациях.

Автор подчеркивает еще раз: он не ставил себе задачей подготовить отзывы на авторефераты. Он лишь в очень сжатой форме выразил свое мнение по поводу тезисов в них.

Само собой, обзор составлен в расчете на подготовленного читателя, и этим объясняются сжатые оценки автора обзора.

Автором обзора не указываются в качестве замечаний допущенные в анализируемых тезисах пунктуационные ошибки, опечатки и т.п. Между тем зачастую их немало. Многие защищающиеся нередко относятся к своим работам в этом плане небрежно.

Важно подчеркнуть следующий момент. В современных российских диссертациях в качестве тезисов, выносимых на защиту, часто выдвигаются предложения изменить какой-либо закон, и в том числе даются конкретные формулировки.

К сожалению, это общая практика и даже обязательное требование у некоторых «научных» руководителей (я был свидетелем, как один из них «учил» своего аспиранта: «Напиши предложения изменить закон, пошли их в Госдуму, а потом представишь в качестве примера апробации своих выводов»). У этого отечественного явления глубокие корни — маниакальное стремление плодить все новые законы (и видеть в этом главный смысл юриспруденции), а потом почти сразу же вносить в них массу изменений по любому поводу и без повода вкупе с наивной верой в то, что они сами по себе волшебным образом наладят все во мгновение ока в соответствующей сфере. Еще, конечно, не надо забывать о том, что предложить новый закон или поправку — это в отечественных условиях особый способ «вписать себя в историю», своего рода изобретение новой магической формулы.

Однако бесспорно то, что любые предложения, каким-либо образом упоминающие об изменении, совершенствовании законов и т.д., не могут иметь никакого отношения к тем научным тезисам, которые следует выносить на защиту.

Диссертация должна быть научным исследованием, из чего следует, что предложения по поводу изменения законов могут лишь вытекать из итогов такого исследования в качестве практических рекомендаций, основанных на научно обоснованных тезисах. Соответствующие предложения могут быть приложением к выводам диссертации, но никак не заменять собою эти выводы. Тезисы диссертации — фиксация итогов научного поиска в реальности, а не рассуждения *de lege ferenda*, не юридико-технические обоснования необходимости изменить закон. Последние — не наука, а особый прагматический жанр юридической работы.

Это доказывается еще и тем, что авторы не приводят какие-либо серьезные аргументы в пользу возможности того, что их юридико-технические предложения действительно могут быть приняты на уровне закона. И в подавляющем большинстве случаев такого обоснования просто не может быть хотя бы по причине сомнительности многих предлагаемых авторами формулировок.

Так что все подобные предложения практически всегда — лишь маниловщина. «Иногда, глядя с крыльца на двор и на пруд, говорил он о том, как бы хорошо было, если бы вдруг от дома провести подземный ход или чрез пруд выстроить каменный мост, на котором бы были по обеим сторонам лавки, и чтобы в них сидели купцы и продавали разные мелкие товары, нужные для крестьян. При этом глаза его делались чрезвычайно сладкими и лицо принимало самое довольное выражение, впрочем, все эти прожекты так и оканчивались только одними словами» (Н.В. Гоголь).

И наконец: «Я глубоко убежден, что главная проблема, которая есть и остается в системе аттестации, — это катастрофическое падение уровня диссертаций в 90-х — начале 2000-х. И не только падение уровня, но и „потеря жанра“, как я обычно говорю. Под этим понимаю вот что: изначально, да и по сегодняшним правилам, диссертационные работы пред-

назначены для научно-педагогической аттестации, это научно-квалификационные работы, а отнюдь не проекты законов, которые стали часто предлагать, либо проекты каких-то ин-струкций. Причем, опять же, я ничуть не преуменьшаю значение такой деятельности. Проект закона может оказаться важнее тысячи диссертаций, когда он выйдет, но это другой жанр» (Киричников Михаил [председатель ВАК]. ВАК: защита высоких стандартов в науке // Acta Naturae (русскоязычная версия). 2009. № 1. С. 7¹).

Само собой разумеется, что авторы указанных ниже диссертаций всегда могут вспомнить о следующих словах А.П. Чехова: «Критики похожи на слепней, которые мешают лошади пахать землю. Лошадь работает, все мускулы натянуты, как струны на контрабасе, а тут на крупе садится слепень и щекочет и жужжит. Нужно встряхивать кожей и махать хвостом. О чем он жужжит? Едва ли ему понятно это. Просто — характер у него беспокойный и заявить о себе хочется — мол, тоже на земле живу! Вот видите — могу даже жужжать, обо всем могу жужжать! Я двадцать пять лет читаю критики на мои рассказы, а ни одного ценного указания не помню, ни одного доброго совета не слышал. Только однажды Скаби-чевский произвел на меня впечатление, он написал, что я умру в пьяном виде под забором».

Приведенная ниже критика затрагивает в той или иной мере, конечно же, не только ав-торов тезисов, но и соответствующих научных руководителей, научных консультантов, оп-понентов, ведущие организации, диссертационные советы. Но это неизбежно.

Более того, проблема некачественных тезисов (которая неразрывно связана с «конвейер-ным выпеканием» диссертаций), безусловно, системная. С этой точки зрения имело бы смысл критиковать сложившуюся в России систему прежде всего «с головы», а не «с хвоста».

В самом деле, проблема не только в том, что многие авторы пишут свои тезисы и дис-сертации бездумно: их в этом вольно или невольно, осознанно или неосознанно поощряют со-ответствующие научные руководители, научные консультанты, оппоненты, ведущие орга-низации, диссертационные советы.

И ведь авторы тезисов искренне уверены, что играют «по правилам». Когда же в их адрес высказывается жесткая критика, они тут же начинают обижаться и недоумевать. Они неподдельно полагают, что заслуживают научной степени хотя бы за то, что смогли до-браться до диссертационного совета, что ввиду этого содержание их тезисов и диссертаци-и не так уж и значимо. Ведь всем важен не результат, а процесс «подготовки и защит» сам по себе, пусть даже в итоге он и обесмысливается.

Понять авторов в чем-то даже можно: да, такая вот на сегодня сложилась в РФ нека-чественная система научной аттестации, так что, казалось бы, какие могут быть к ним претензии? Разве это гуманно?

Понять можно, а вот оправдать нельзя. В противном случае падение уровня тезисов и дис-сертаций только ускорится.

И все эти проблемы заслуживают в последующем отдельного, специального освещения на страницах «Вестника международного коммерческого арбитража» применительно к меж-дународному коммерческому и инвестиционному арбитражу, а также ADR, международ-ному гражданскому процессу и международному частному праву (в части, касающейся ком-мерческих и экономических отношений).

¹ <https://cyberleninka.ru/article/n/vak-zaschita-vysokih-standartov-v-nauke.pdf>

Some Theses Submitted for Academic Degrees Defended in Russia in 2015–2016 on Arbitration and ADR Issues: Critical Analysis of the Findings Proposed for Defense

Arbitration is first and foremost a practical activity, and pragmatic procedures. However, arbitration cannot adequately develop without academic and critical examination of the problems arising within it.

The results of attempts to consider arbitration problems should be widely circulated and, in turn, should be also put to the test, including critically. Such a “criticism of criticism” is an additional tool for the further promotion of arbitration.

In the light of this it has been decided to start publishing in the “International Commercial Arbitration Review” synopses of Russian domestic theses submitted for the academic degrees of Candidate and Doctor of Laws on issues relating to international commercial and investment arbitration, as well as to ADR, international civil litigation and private international law (with regard to commercial and economic relations). It is almost the first attempt in the Russian literature of critical analysis with regard to such issues.

We give below a critical analysis prepared by Alexander I. Muranov in respect of four such theses submitted for defense in Russia over the period from 2015 to 2016 (it goes without saying that many more theses were defended in these years. Others will be reviewed in subsequent issues of the “International Commercial Arbitration Review”).

The study was made with regard not to the theses themselves but only to the provisions and findings in them which were to be defended (with the exception of the work of Svetlana Yu. Kazachenok). Set out below are extracts from the theses’ synopses containing just such findings (and, clearly, the theses’ titles, information about the authors, the institutions in which they have been prepared, the research supervisors, opponents and organizations which overviewed the theses).

It is essential to understand that the findings in the theses are not equal to the theses themselves. The findings may be poor while the theses per se will be brilliant, and vice versa. But this is very rarely the case. The findings constitute the quintessence of the thesis, a touchstone which helps to verify the level of the author’s academic skill, the extent of their understanding of the relevant problems as well as their attention to terminology. To sum up the results of one’s scientific research in a concise, inclusive and correct manner is a very difficult task, it is a special art.

The present overview cannot purport to be complete or exhaustive. Its author, whose knowledge is by no means perfect, also does not claim to have a monopoly on the truth: he has just expressed his point of view and evaluative conclusions regarding the findings in the theses indicated below.

The author emphasizes once again: he did not set himself the goal of preparing comments on the synopses of theses. He just expressed his opinion in a very short form on the findings defended in them.

Clearly, this overview has been made for the well-informed reader which explains the brevity of the author’s opinions in the overview.

As a rule, the author of the overview did not take into consideration any punctuation errors, typos, etc. made in the analyzed findings. At the same time many such mistakes can often be seen. All too often theses applicants treat their work in this respect in a careless manner.

The following point should be stressed. Many present-day Russian theses contain, as the findings to be defended, proposals to amend a specific law and, inter alia, include precise wordings.

Regretfully, it is common practice and even a mandatory requirement from some “research” supervisors (I have heard myself how one such supervisor was “teaching” his post-graduate: “Write proposals to amend the law, send them to the State Duma and then present them as an example of approbation of your conclusions”). This Russian domestic phenomenon has deep roots – a maniacal keenness to spawn more and more new laws (seeing it as the primary target of jurisprudence) and then, almost at the same time, to issue plenty of amendments to them with or without any reason, naively believing that such laws will themselves instantly put everything all right in the relevant sphere like in a fairy tale. Evidently, one should also bear in mind that proposing a new law or amendment in the Russian domestic environment has been a method of “writing one’s name into history,” a sort of inventing of a new magical formula.

However, it is indisputable that proposals with any references to amendments, development of the laws, etc. still may not have anything in common with the academic findings which should be brought forward for defense.

*A thesis should constitute scholarly research which implies that any proposals to amend laws may only follow from the results of such research as practical recommendations based on the substantiated scholarly findings. The relevant proposals may supplement the conclusions in the thesis but should in no way replace them. The academic findings in a thesis set out the results of scholarly research in reality and not *de lege ferenda* deliberations, not the legal and technical substantiations of the necessity to amend the law. The latter is not science but a specific pragmatic genre of legal work.*

It is also evidenced by the fact that the theses’ authors do not provide any serious arguments in support of the possibility that their legal and technical proposals may actually become a part of law. And in the vast majority of cases such substantiations are simply impossible due, for instance, to the dubiousness of many wordings proposed by the theses’ authors.

*Thus all such proposals are nearly always just day-dreaming (building castles in the air like *Manilov* in *Gogol’s “Dead Souls”*). “At times, as he looked down from the front porch on the courtyard and the pond, he would get to talking of what a good thing it would be if one were to up and tunnel an underground passage leading out of the house, or build a stone bridge across the pond, on both sides of which there would be shops, and have merchants sitting therein and selling all sorts of small wares that the peasants needed. As he spoke thus his eyes would become exceedingly sweet, while his face assumed the most contented expression. These projects ended, after all, with mere talk” (*N.V. Gogol*).*

*“I’m deeply convinced that the major problem which was present and still remains in the state attestation system is a catastrophic deterioration in the quality of theses’ in the 90s and early 2000s. Not just deterioration in quality but also a ‘loss of a genre,’ as I call it. What I mean is as follows: initially and even under the current rules, theses are intended for academic and pedagogical attestation, being scholarly qualification research and not draft laws, which are often proposed nowadays, or draft instructions. That said, I by no means understate the significance of such activity. A draft law may prove more important than a thousand theses when it has been issued but it is a different genre” (*Mikhail Kirpichnikov [chairman of the Supreme Attestation Commission]. The Supreme Attestation Commission: Protection of High Standards in Science // Acta Naturae (Russian version). 2009. No. 1. P. 72*).*

*It goes without saying that the authors of the theses indicated below can always keep in mind the following words of *Anton Chekhov*: “Critics are similar to gadflies who prevent a horse from ploughing the land. The horse works, all his muscles are strained like the strings of a bass viol and, all of a sudden, a gadfly sits on its rump and starts tickling and buzzing. The skin tightens and the tail swings. What is the gadfly buzzing about? It hardly understands itself. Simply its restless temper wants to make it-*

² <https://cyberleninka.ru/article/n/vak-zaschita-vysokih-standartov-v-nauke.pdf>

self known — look here, I also live in this world! As you can see — I can even buzz, can buzz about anything! I have been reading criticisms of my stories for twenty five years and do not recall a single valuable suggestion, I have not heard a single kind piece of advice. Only once Skabichevsky impressed me, when he wrote that I will die drunk in a ditch.”

The criticism below surely concerns, to a greater or lesser extent, not only the authors of the findings in the theses but also their academic supervisors, academic consultants, opponents, academic organizations appointed to overview the theses, the theses councils. But it is inevitable.

Moreover, the problem of poor findings in the theses (which is inseparably connected with a “conveyor belt cooking” of the theses) is no doubt a systematic one. From this point of view it would make sense to criticize the established in Russia system, in the first place, “from its head,” and not from “its tail.”

Actually, the problem is not only that many authors write their theses and findings in them in a thoughtless manner: they are encouraged to do so, either voluntarily or involuntarily, intentionally or unintentionally by their academic supervisors, academic consultants, opponents, academic organizations appointed to overview the theses, the theses councils.

And such authors sincerely believe that they are playing “by the rules.” And when they face sharp criticism, they instantly feel offended and puzzled. They genuinely suppose that they deserve an academic degree for simply reaching the theses councils and that, in light of this, the content of their theses and dissertations is not so significant. It is not the result but the process of “writing and defense” per se that is important, even though ultimately it grows into senseless exercises.

To a certain extent one may even understand the authors’ position: yes, it is true that such a poor quality system of academic attestation has been formed in Russia nowadays, so what claims may be raised against them? Is it really humane?

It may be understood but cannot be justified. Otherwise the level of theses and academic findings in them will be descending faster and faster.

And all these problems deserve further separate and special analysis on the pages of the International Commercial Arbitration Review in respect issues relating to international commercial and investment arbitration, as well as to ADR, international civil litigation and private international law (with regard to commercial and economic relations).

Казаченок Светлана Юрьевна. Соглашение об арбитраже в системе частноправового обеспечения внешнеэкономических сделок: методология формирования и практика применения. 12.00.03. Кафедра гражданского и международного частного права Института права Волгоградского государственного университета. Российский университет дружбы народов. — 2015.

Kazachenok Svetlana Yurievna. Arbitration Agreement in the System of Private Law Ensuring Foreign Economic Transactions’: The Methodology of Formation and the Practice of Application. 12.00.03. Department of Civil and Private International Law of the Institute of Law of Volgograd State University. Russian University of Peoples’ Friendship. — 2015.

Князева Любовь Викторовна. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в США. 12.00.03. Кафедра гражданского и трудового права Юридического института Российского университета дружбы народов. Российский университет дружбы народов. — 2015.

Knyazeva Lyubov Viktorovna. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards in the USA. 12.00.03. Department of Civil and Labor Law of the Law Institute of the Russian University of Peoples' Friendship. Russian University of Peoples' Friendship. – 2015.

Зыонг Тху Тху Хыонг. Гарантии независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже (на примере Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам). 12.00.15. Кафедра гражданского права и процесса Воронежского государственного университета. Институт государства и права Российской академии наук. – 2016.

Zyong Tkhi Tkhu Khyong. Guarantees of Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration (by the examples of the Russian Federation and the Socialist Republic of Vietnam). 12.00.15. Department of Civil Law and Procedure of Voronezh State University. Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. – 2016.

Иванова Екатерина Алексеевна. Соглашения в сфере гражданской юрисдикции: процессуально-правовой аспект. 12.00.15. Кафедра гражданского процесса Уральского государственного юридического университета. Уральский государственный юридический университет. – 2016.

Ivanova Ekaterina Alexeyevna. Agreements in the Sphere of Civil Jurisdiction: Procedurally-Legal Aspect. 12.00.15. Department of Civil Procedure of the Ural State Law University. Ural State Law University. – 2016.

Казаченок Светлана Юрьевна. Соглашение об арбитраже в системе частноправового обеспечения внешнеэкономических сделок: методология формирования и практика применения.

Специальность 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Волгоград, 2015.

Диссертация выполнена на кафедре гражданского и международного частного права Института права Волгоградского государственного университета.

Научный консультант: доктор юридических наук, профессор Иншакова Агнесса Олеговна, заведующая кафедрой гражданского и международного частного права ФГАОУ ВПО «Волгоградский государственный университет»;

Официальные оппоненты: заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор Пугинский Борис Иванович, профессор кафедры коммерческого права юридического факультета ФГБУ ВПО «Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова»;

доктор юридических наук, профессор Долинская Владимира Владимировна, профессор кафедры гражданского и семейного права ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина»;

доктор юридических наук, профессор Ерпылева Наталия Юрьевна, заведующая кафедрой международного частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Ведущая организация: федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Пермский государственный национальный исследовательский университет».

Защита состоится «20» мая 2015 г. в 14 час 00 мин. на заседании диссертационного совета Д 212.203.36 при Российском университете дружбы народов по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, ауд. 347.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Учебно-научного информационного библиотечного центра (НБ) Российского университета дружбы народов по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

Электронная версия автореферата размещена на сайте <http://www.rudn.ru> Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Российский университет дружбы народов», отправлена на сайт ВАК Министерства образования и науки Российской Федерации по адресу: vak2.ed.gov.ru.

Работа также была рассмотрена 8 февраля 2016 г. диссертационным советом Д503.001.01 Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, в который она была направлена на дополнительное заключение на основании рекомендации Президиума ВАК при Министерстве образования и науки РФ от 20 ноября 2015 г. № 151-зд. Этот совет решил присудить С.Ю. Казаченок ученую степень доктора юридических наук по специальности 12.00.03.

<...>

Положения, выносимые на защиту.

1. Посредством ретроспективного изучения феномена арбитражного соглашения установлены приоритетные законодательные акценты законотворческой рационализации, обусловленные историческими социо-хозяйственными реалиями, опосредовавшими необходимость поэтапной рецепции норм и принципов античного права, основанных на перечне национально значимых юридических последствий соглашения об арбитраже: **[Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.]**

Часть тезиса можно понять так, что для современного российского права делается странное предложение о «необходимости поэтапной рецепции норм и принципов античного права». Для чего?

Далее, выдвигается утверждение о том, что имеются «нормы и принципы античного права, основанные на перечне национально значимых юридических последствий соглашения об арбитраже». Как нормы и принципы античного права (!) могут основываться на перечне (!) национально значимых (!) юридических последствий (!) соглашения об арбитраже? И что такое «перечень национально значимых юридических последствий соглашения об арбитраже»?

Наконец, стилистическая ошибка: «законодательные акценты законотворческой рационализации».

Непродуманный тезис. Отсутствие научной значимости.]

– ограниченное, законное и корректное с экономической точки зрения вмешательство государства в процесс урегулирования частноправовых коммерческих споров; **[Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]**

– эффективность закрепления и легитимации международного коммерческого арбитража как одного из самых востребованных способов альтернативного разрешения споров; **[Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]**

– ликвидация конкуренции между государственными и арбитражными судами путем разграничения юрисдикции двух систем; [**Неверное утверждение: конкуренция между этими системами никуда не денется, что подтверждают подходы Верховного Суда РФ к арбитражу. Недостаточно корректная терминология: «между государственными и арбитражными судами». Какие «арбитражные суды» автор имеет в виду?**]

– избежание обращения к государственному судопроизводству, характеризующемуся высокой степенью влияния административного ресурса, бюрократии и встречающейся нечистоплотности чиновников; [**Странное и непонятное утверждение: «избежание обращения к государственному судопроизводству».**

Абстрактное и непонятное указание: «встречающейся нечистоплотности чиновников». О ком идет речь? О судьях? Или нет?

Стилистическая ошибка: «степень влияния административного ресурса»: ресурс используется, а не влияет.

Непродуманный тезис. Отсутствие научной значимости.]

– возможность устранения проблемы отставания действующего законодательства и обычного права от динамичного процесса развития торговли, производства и финансов в условиях постепенного упрочения деловых контактов и мирохозяйственных связей; [**Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.**

Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны.

Что такое именно «возможность устранения проблемы»? Именно ее предлагается считать «приоритетным законодательным акцентом законотворческой рационализации» (см. выше)?

Отсутствие научной значимости.]

– возможность привлечения в иницилируемый процесс в качестве участников организаций с высоким профессиональным потенциалом и авторитетом; [**Абстрактное и непонятное утверждение. Что такое «иницилируемый процесс»? И что такое «привлечение... в качестве участников организаций с высоким профессиональным потенциалом и авторитетом»? О каких организациях идет речь? В качестве кого они привлекаются? К тому же утверждение банальнейшее и новым с научной точки зрения не являющееся.**

Отсутствие научной значимости.]

– реализация альтернативной процедуры разрешения внешнеэкономических споров на высоком профессиональном уровне, посредством обращения к услугам независимых узкоспециализированных и компетентных экспертов; [**Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]**

– факультативное использование путем указания на то в соглашении об арбитраже иных альтернативных способов разрешения споров, с учетом законодательных предписаний и максимизации окончательного эффекта урегулирования конфликта во внесудебном порядке. [**Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания. Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]**

2. Обосновано, что проанализированный опыт древних цивилизаций, исторически характеризовавшихся высоким уровнем правовой культуры и развития правовой системы, предопределил закономерности и созидательные перспективные для современных экономических реалий тенденции развития института арбитражного соглашения, ставшие предметом исследования. Среди них: усиление принципов гибкости и автономии воли сторон, возрастание значения гибридных форм арбитража с такими методами разрешения споров, как медиация, переговоры, посредничество, коррекция принципиально-правовых основ национальной регламентации международного коммерческого арбитража с учетом необ-

ходимости рецепции унифицированных ВТО принципов разрешения споров, популяризация онлайн-арбитража как следствие подотраслевого развития *lex mercatoria* через институт *lex electronica* и др. [Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.]

Вызывающие удивление утверждения: неужели именно «*опыт древних цивилизаций*» предопределил закономерности и тенденции развития института арбитражного соглашения? Что это значит? Может, просто банальнейшее утверждение «Все берет начало в прошлом»?

И неужели можно всерьез говорить о том, что именно «*опыт древних цивилизаций*» предопределил «*популяризацию онлайн-арбитража как следствие подотраслевого развития lex mercatoria через институт lex electronica*»? А также «*коррекцию принципиально-правовых основ национальной регламентации международного коммерческого арбитража с учетом необходимости рецепции унифицированных ВТО принципов разрешения споров*»? Полное отсутствие научной значимости.]

3. На основе компаративного SWOT-анализа деятельности МКАС доказано, что важнейшим фактором национальной инвестиционной привлекательности и увеличения инвестиционной активности со стороны иностранных инвесторов является действенная система обеспечения имущественных прав иностранных инвесторов и их инвестиций через повышение эффективности судебной системы посредством развития негосударственных форм разрешения инвестиционных споров, споров, возникающих в связи с возникновением новейших сложных форм хозяйственных взаимоотношений, непосредственно не регламентирующихся позитивным правом, и детализация инвестиционного регулирования при помощи договорных правовых механизмов соглашения об арбитраже. [Серьезная ошибка: нельзя считать именно «*важнейшим фактором*» именно «*повышение эффективности судебной системы*» и т.д. Последнее – важный фактор, но никак не важнейший. Не менее важны такие факторы, как налоги или отсутствие административных барьеров для доступа на рынки и т.д.]

Как «*детализация инвестиционного регулирования*» может осуществляться при помощи «*договорных механизмов соглашения об арбитраже*». Это совершенно разные вещи. Вторые широко известны и весьма тщательно проработаны. Как они сами по себе могут содействовать именно «*детализации инвестиционного регулирования*»?

Невнимательность к терминологии: «*договорные правовые механизмы соглашения об арбитраже*». Все равно что сказать «*договорные механизмы договора*».

Далее, что такое SWOT-анализ? Это метод стратегического планирования, заключающийся в выявлении факторов внутренней и внешней среды организации и разделении их на четыре категории:

- Strengths (сильные стороны);
- Weaknesses (слабые стороны);
- Opportunities (возможности);
- Threats (угрозы).

Сильные (S) и слабые (W) стороны являются факторами внутренней среды объекта анализа (т.е. тем, на что сам объект способен повлиять); возможности (O) и угрозы (T) являются факторами внешней среды (т.е. тем, что может повлиять на объект извне и при этом им не контролируется)³.

Из этого вытекает, что автор не понимает смысла SWOT-анализа и делает методологическую ошибку: сначала она утверждает об использовании ею SWOT-анализа в отношении

³ <https://ru.wikipedia.org/wiki/SWOT-анализ>

МКАС (видимо, при ТПП РФ), а затем вместо выводов в отношении именно самого МКАС делает далеко идущие утверждения применительно уже к системе обеспечения имущественных прав иностранных инвесторов, судебной системе, негосударственным формам разрешения инвестиционных споров. Между тем такие системы и формы могут выступать отдельными объектами SWOT-анализа, в ходе которого МКАС при ТПП РФ может включаться в любую из четырех категорий (S, W, O, T). Как можно итоги SWOT-анализа одной из частей более общего экстраполировать на такое более общее? Это грубая методологическая ошибка.

В остальном: нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания; тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Все эти вещи и так очевидны.

Наконец, увидев слова «*компаративный SWOT-анализ деятельности МКАС*», я не мог не изучить в этом отношении и саму диссертацию автора. Как я и ожидал, никакого SWOT-анализа в отношении МКАС там нет. И тем более «компаративного». Зато есть наивные и абстрактные рассуждения, демонстрирующие, что автор просто не понимает, что такое МКАС и его деятельность. Отсутствие научной значимости.]

4. Выявлены объективные факторы правового характера, препятствующие обращению к МКАС при ТПП РФ для разрешения трансграничных торговых и инвестиционных споров. Во-первых, российское процессуальное право не отражает специфики инвестиционных споров, устанавливая тождественный правовой режим урегулирования инвестиционных споров наряду со всеми остальными категориями хозяйственных споров, что противоречит международной практике. Во-вторых, Регламент МКАС при ТПП РФ не приспособлен к разрешению инвестиционных споров *sensu stricto* (лат. — в узком смысле), что влечет за собой множественные отказы вследствие неудачных, а иногда и неправомερных арбитражных оговорок. В-третьих, ФЗ «Об иностранных инвестициях в РФ» содержит существенное внутреннее противоречие, связанное с компетенцией арбитражного органа по разрешению инвестиционных споров, влекущее отказ арбитража в принятии спора к рассмотрению. В-четвертых, в соответствии со спецификой исполнения решений МКАС на территории РФ он не принимает никаких мер к принудительному исполнению своих решений, что создает риск непринятия государственным арбитражным судом мер к принудительному исполнению решения иностранного арбитража. [Автор берется рассуждать о вопросах, которыми на практике, в том числе в МКАС, не занималась и в которых не разбирается.]

Утверждение автора о том, что в плане препятствий обращений в МКАС при ТПП РФ «*российское процессуальное право не отражает специфики инвестиционных споров, устанавливая тождественный правовой режим урегулирования инвестиционных споров наряду со всеми остальными категориями хозяйственных споров, что противоречит международной практике*», является некорректным и даже бессмысленным. В процессуальном праве России нет ничего, что препятствовало бы обращениям к МКАС при ТПП РФ по таким спорам. Автор использует неверный методологический подход: «Надо принять новый закон — и все наладится!» (см. выше с. 439). Но здесь явно не тот случай.

Некорректно и утверждение о том, что «*Регламент МКАС при ТПП РФ не приспособлен к разрешению инвестиционных споров sensu stricto (лат. — в узком смысле), что влечет за собой множественные отказы вследствие неудачных, а иногда и неправомερных арбитражных оговорок*». Если оговорки неудачны или неправомερны, то при чем тут Регламент МКАС?

Далее, Регламент МКАС и не создавался для разрешения инвестиционных споров *sensu stricto*: эта цель не преследовалась. Однако он вполне мог использоваться (и использовался) для рассмотрения таких споров.

В Федеральном законе от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» имеется только одно положение по поводу арбитража. Его ст. 10 «Гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации иностранным инвестором» предусматривает: *«Спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)»*. Каким образом автор делает вывод, начинающийся со слов «В-третьих», — просто необъяснимо.

Последнее же утверждение автора («В-четвертых...») просто безграмотно. Согласно закону МКАС и не может принимать такие меры. И как из этого может следовать *«риск непринятия государственным арбитражным судом мер к принудительному исполнению решения уже «иностранного арбитража»?* Автор, видимо, не понимает вопросы, о которых пишет. **Отсутствие научной значимости.]**

5. С целью формирования гармоничного интернационального правового регулирования сферы международных коммерческих отношений на основании сопоставительного анализа доктринальных концепций, а также российских, иностранных и международных правовых актов и арбитражных регламентов высказаны предложения по унификации терминов арбитражного соглашения. **[Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.**

Предложения не представлены. Просто констатация сделанного сама по себе не может иметь места среди тех тезисов, которые должны быть изложены в автореферате: необходимо представить итоги сделанного. Перенос акцента с итогов на процесс («автор трудился») — не наука. Наука — не армия, чтобы делать упор на службе (процессе работы).

Отсутствие научной значимости.]

В сопоставительном анализе определены обусловленность законодательного закрепления, теоретическая и практическая частноправовые области применения таких терминов, как: «примирение», «соглашение» и «посредничество»; «коммерческий спор» и «коммерческий конфликт»; «государственный арбитражный суд», «третейский суд» и «коммерческий арбитражный суд»; «приватность» и «конфиденциальность» арбитража; «решение международного коммерческого арбитражного суда» и понятие его окончательности. **[Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.**

Итоги анализа не представлены (см. комментарий к предыдущему абзацу).

Странная терминология: «обусловленность законодательного закрепления» (обусловленность чем?).

И неужели автор всерьез предлагает законодательно закрепить такие термины, как «коммерческий конфликт» или «коммерческий арбитражный суд»? Отсутствие научной значимости.]

6. Доказано, что процедурный подход к юридической природе международного коммерческого арбитража как альтернативного метода разрешения споров (АМРС) является неверным, так как соглашение об арбитраже не простая разновидность материального закрепления волеизъявления сторон об АМРС, а по сути своей — отказ от юрисдикции государства в отличие от соглашения об АМРС, имеющего целью примирение — упорядочивание либо досудебной, либо «доарбитражной» деятельности по разрешению правового конфликта. **[Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.**

Неверно говорить, что соглашение, имеющее целью примирение, не подразумевает отказа от юрисдикции государства. Как же быть, например, с ч. 1 ст. 4 «Применение процедуры медиации при рассмотрении спора судом или третейским судом» Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» («1. В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права»). Где тут кардинальные отличия от п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. («3. Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено»)?

Определение «примирения» как «упорядочивания либо досудебной, либо „доарбитражной“ деятельности по разрешению правового конфликта»: слишком невнятная формулировка, к тому же делающая акцент не на том, ведь упорядочивать можно по-разному. Смысл примирения не в «упорядочивании деятельности», а в самом по себе разрешении правового конфликта на основе соответствующих принципов (добровольность, конфиденциальность, сотрудничество и равноправие сторон, беспристрастность и независимость примирителя и т.д.).

По сути автор заявляет лишь о том, что арбитражное соглашение — институт материального права, а не процессуального. Но что в этом нового с точки зрения науки? Ничего, это уже много раз обсуждалась.

Более того, автор утверждает, что «процедурный подход к юридической природе международного коммерческого арбитража» является неверным ввиду того, что арбитражное соглашение — институт материального права. Но это грубая методологическая ошибка — сводить международный коммерческий арбитраж к арбитражному соглашению. Даже если считать последнее институтом только материального права, это не может лишать международный коммерческий арбитраж свойств процедуры. Сегодня п. 2 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» предусматривает: «*арбитраж (третейское разбирательство) — процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения)*»;». Если автор утверждает, что арбитраж через призму процесса (процедуры) рассматривать нельзя, то это говорит лишь об ограниченности объема его познаний, а не о природе арбитража.

Отсутствие научной значимости.]

Исследована основная особенность правовой природы арбитражного соглашения как особой разновидности материальных договоров, которая определяется через основанный на принципе свободы договора эффект его воздействия на волю и действия юрисдикционных органов в области процессуального права, редко демонстрирующих такого рода диспозитивность в действиях лиц в отличие от права материального, в котором господствует принцип частной автономии и автономии сторон. [Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.]

Ошибочная формулировка: «особенность правовой природы арбитражного соглашения... определяется через основанный на принципе свободы договора эффект его воздействия...». То есть особенность правовой природы арбитражного соглашения состоит не в «эффекте его воздействия», а «определяется через эффект».

И еще одна некорректная формулировка: оказывается, юрисдикционные органы редко демонстрируют диспозитивность. Диспозитивность можно демонстрировать? Кроме того, ее можно демонстрировать не где-нибудь, а именно «в действиях лиц»?

И что нового тем самым открыла автор? Дерогационный эффект арбитражного соглашения? Но о нем известно уже давным-давно.

Наконец, некорректно утверждать, что в материальном праве господствует принцип частной автономии и автономии сторон. Да, он превалирует, но только в частном материальном праве. А помимо него есть и иные сферы материального права. [Отсутствие научной значимости.]

7. Доказано, что законодатель необоснованно ввел в оборот такое основание недействительности третейского соглашения, как наличие в договоре медиативной оговорки. При недостижении соглашения в процедуре медиации возможность подписания между сторонами нового третейского соглашения маловероятна. Таким образом, п. 5 ст. 5 и п. 2, 3 ст. 6.1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» содержат необоснованное ограничение компетенции третейского суда. Если в договоре имеется и третейская оговорка, и медиативная оговорка, то единственным способом урегулирования спора для сторон остается процедура медиации, которая в данном случае теряет добровольный характер, что не соотносится с правовой природой процедуры медиации. Таким образом, законодательная фиксация конкуренции альтернативных оговорок усложняет и затягивает разрешение конфликта, а также противоречит гибкому подходу как основной перспективной тенденции развития правового обеспечения альтернативного разрешения коммерческих споров в условиях современного хозяйствования. [Все эти утверждения просто неверны, так как автор не разобралась в простых вещах, не поняла положения законов, проявив тем самым свою разностороннюю неграмотность, к сожалению.]

Действительно, п. 5 ст. 5 «Передача спора на разрешение третейского суда» Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» предусматривает: «5. Спор не может быть передан на разрешение третейского суда при наличии в договоре медиативной оговорки».

Но его нельзя рассматривать в отрыве от ч. 1 ст. 4 «Применение процедуры медиации при рассмотрении спора судом или третейским судом» Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», которая устанавливает: «1. В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права». При этом важно понимать, что приведенный выше п. 5 ст. 5 был введен в Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)“».

Таким образом, законодатель не вводил «необоснованно... в оборот такое основание недействительности третейского соглашения, как наличие в договоре медиативной оговорки».

И почему автор пишет именно о недействительности третейского соглашения? Необъяснимо.

Далее, п. 2 и п. 3 ст. 6¹ «Применение процедуры медиации к спору, который находится на разрешении в третейском суде» Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» предусматривают: «2. В случае принятия сторонами решения о проведении процедуры медиации любая из сторон вправе заявить третейскому суду соответствующее ходатайство. При этом стороны должны представить суду соглашение о проведении процедуры медиации, заключенное в письменной форме и соответствующее требованиям, предусмотренным Федеральным законом „Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)“».

3. В случае, если третейскому суду представлено соглашение, указанное в пункте 2 настоящей статьи, суд выносит определение о проведении сторонами процедуры медиации».

В этих положениях нет ничего, что содержало бы «необоснованное ограничение компетенции третейского суда».

Утверждение о том, что «Если в договоре имеется и третейская оговорка, и медиативная оговорка, то единственным способом урегулирования спора для сторон остается процедура медиации, которая в данном случае теряет добровольный характер, что не соотносится с правовой природой процедуры медиации», — абсолютно неверное. Добровольный характер медиации никуда не пропадает, а возможность обращения к третейскому суду после того, как медиация завершилась неудачей, не исчезает.

Последнее утверждение автора также неверно. Более того, оно методологически и логически противоречит его же утверждениям, приведенным ниже в п. 8. Отсутствие научной значимости.]

8. Определены и обоснованы юридические преимущества мультимодальных оговорок как способов договорной фиксации и реализации принципа гибкого разрешения внешнеэкономического спора в конструировании преарбитражного этапа при максимальной адаптации процедуры к потребностям сторон и особенностям бизнеса. [Результаты анализа не представлены. Просто констатация сделанного сама по себе не может иметь места среди тех тезисов, которые должны быть изложены в автореферате: необходимо представить итоги сделанного. Перенос акцента с итогов на процесс («автор трудился») — не наука. Наука — не армия, чтобы делать упор на службе (процессе работы).

В остальном: банальное утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]

Доказано, что дефектом арбитражного соглашения не следует считать намеренное совмещение нескольких механизмов разрешения спора и квалифицировать включение альтернативной оговорки как несогласованность воли сторон в отношении компетентного арбитражного института, а также применение опционной оговорки как несогласованность предмета вследствие отсутствия явно выраженной воли сторон на рассмотрении дела в арбитражном порядке и невыполнения дерогационной функции соглашения. [Тезис заслуживает внимания, но только применительно к российским реалиям международного коммерческого арбитража, а не вообще, как это сформулировала автор.

В остальном: банальное утверждение. Отсутствие научной значимости.]

Обоснованы риски возможных негативных юридических последствий, идущих вразрез процедурным и принципиальным основам международного коммерческого арбитража вследствие применения альтернативных и опционных арбитражных оговорок. Среди них риски: 1) от применения компромиссной возможности выбора арбитража по принципу «first come — first served» для альтернативной оговорки; 2) нарушения гражданско-

правового принципа равноправия сторон договорных отношений. [Что такое «обосновать риски»? Оправдать их? Но далее говорится об ином: «вразрез». Видимо, речь должна идти о выявлении рисков?

Но зачем в качестве тезиса для защиты ссылаться на то, что риски выявлены, и просто перечислять их, когда эти риски очевидны и лежат на поверхности? Ничего научно нового в этом утверждении нет.

Правильно: «вразрез с... основами».

В остальном: банальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]

9. Доказано, что включение в арбитражное соглашение условия о разрешении споров в порядке онлайн-арбитража способствует развитию *lex electronica* как производной *lex mercatoria* в русле эволюции лояльного делового оборота и его изменяющихся потребностей. [Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Это и так очевидно. Представляется, что «доказать» здесь что-то серьезное не получилось.

И что такое «лояльный деловой оборот»? Лояльный к кому / чему? Отсутствие научной значимости.] В обратной взаимосвязи, нивелируя изменчивость национальных законодательств, противоречивость коллизионных норм и связанную с этим нестабильность практики разрешения споров, *lex electronica* влияет на развитие внутрисетевых («online») арбитражей, адаптивная природа которых способствует урегулированию конфликтов в сфере электронной коммерции с существенно большей эффективностью, нежели другие формы разрешения споров, в том числе государственное судопроизводство. [Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.

Банальное, тривиальное утверждение по типу «действие влечет противодействие». Отсутствие научной новизны.

Считать, что *online*-арбитраж – это внутрисетевой арбитраж, в корне неверно. Это различные категории, которые могут и не пересекаться.

Непонятно, почему об *online*-арбитраже говорится только в отношении сферы электронной коммерции: возможности этого арбитража несравненно шире.

Вопросы, затронутые в этих утверждениях автора, крайне важны, но итоги поиска ответов на них следовало бы представлять совсем иначе, а не так, как сделала автор.

Отсутствие научной значимости.]

10. Обоснован вывод о том, что запрет перехода прав по арбитражной оговорке при цессии по обязательству не соответствует принципам свободы экономического оборота и автономии воли сторон, которые предполагают осуществление участниками такого оборота отношений, основанных на равенстве и взаимной выгоде, исключая ущемление прав третьих лиц. [Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Это и так очевидно. Отсутствие научной значимости.]

Доказано единство материально-правовых и процессуальных прав в случае цессии и недопустимости расширительного толкования положений доктрины автономности арбитражной оговорки. [Тривиальное утверждение. Отсутствие научной новизны. Доказывать тут было нечего.

Странное и непонятное утверждение: «единство материально-правовых и процессуальных прав в случае... недопустимости расширительного толкования положений доктрины авто-

номности арбитражной оговорки». Что автор имел в виду? Как известно, допустимость перехода прав по арбитражному соглашению при сессии может базироваться именно на расширительном толковании указанной доктрины. Почему тогда говорится о недопустимости ее расширительного толкования? Отсутствие научной значимости.]

11. Доказана необходимость паритетного взаимодействия государственного арбитражного суда и международного коммерческого арбитража, обусловленная: невозможностью ограничения государственным механизмом регулирования современных международных хозяйственных отношений; признанным деловой практикой устранением правового вакуума посредством концепции *lex mercatoria*; двойственным значением негосударственного механизма регулирования, имеющего как вспомогательное значение, так в определенных случаях и основное значение по отношению к государственному; целесообразностью совместного применения государственного и негосударственного регулирования к регулированию трансграничных предпринимательских отношений. **[На рочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания. Банальные утверждения. Отсутствие научной новизны.]**

Дублирование соображений: сначала говорится о «паритетном взаимодействии», а потом о «целесообразности совместного применения государственного и негосударственного регулирования».

Стилистическая ошибка: «применения... регулирования к регулированию...». Отсутствие научной значимости.]

12. Исследованы проблемы прагматической реализации принципа автономии воли сторон арбитражного соглашения посредством применения *anti-suit injunction* – судебного запрета предъявления иска и «*lex mercatoria*» – транснационального торгового права. **[Результаты исследования не представлены. Просто констатация сделанного сама по себе не может иметь места среди тех тезисов, которые должны быть изложены в автореферате: необходимо представить итоги сделанного. Перенос акцента с итогов на процесс («автор трудился») – не наука. Наука – не армия, чтобы делать упор на службе (процессе работы).]**

Крайне странное утверждение: «реализация принципа автономии воли сторон арбитражного соглашения посредством применения *anti-suit injunction* – судебного запрета предъявления иска». Неужели у принципа автономии воли реально имеется такая «прагматическая реализация»: «посредством применения *anti-suit injunction*»?

Отсутствие научной значимости.]

Доказано, что полноценному функциональному развитию принципа автономии воли сторон будет способствовать запрет применения *anti-suit injunction*, установленный на универсальном унифицированном уровне в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. **[Вот прямо так и «доказано»?**

Утверждение можно понять так, что в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (кстати, а в каком именно?) уже имеется указанный запрет. Но это неверно.

Если же считать, что автор всерьез предлагает ввести подобный запрет в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, то это говорит лишь о ее наивности и непонимании того, что такое данный Типовой закон, равно как и того, что такое *anti-suit injunctions*. Это не наука, а недоразумение.]

Доказано, что в случае выбора сторонами в качестве применимого права принципов *lex mercatoria* или одного из документов, претендующих на обобщение принципов МЧП (например, УНИДРУА), решение арбитров не обращаться при разрешении спора к опре-

деленному национальному праву является абсолютно правомерным и не может повлечь возможности отмены их решения по делу или отказа в принудительном его исполнении. **[Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Это утверждается уже давно, что тут доказывать?]**

И совсем неверно утверждать, что документы УНИДРУА «pretendуют на обобщение принципов МЧП»: это просто абсурд. Отсутствие научной значимости.]

13. В результате дифференцированного исследования функционального назначения принципов ВТО в качестве фундаментальных начал, подлежащих рецепции в правовое обеспечение международного коммерческого арбитража, обоснована и предложена дихотомия на базовые принципы деятельности и юридические принципы организации.

К базовым принципам деятельности ВТО следует относить: принцип недискриминации, принцип взаимных уступок, принцип обязательности исполнения принятых на себя обязательств, принцип прозрачности и принцип «предохранительного клапана».

К юридическим принципам ВТО следует относить: принцип добросовестности; принцип надлежащей правовой процедуры; принцип пропорциональности; принцип особого и дифференцированного подхода; принцип эстоппель; принцип экономичности правосудия; принцип не воспрепятствования интересам третьих лиц; принцип профессионализма и незаинтересованности арбитра; принцип конфиденциальности; принцип приоритета мирного урегулирования споров. **[Все эти утверждения не имеют прямого отношения к арбитражным соглашениям. Они скорее относятся к иной специальности, а именно к специальности 12.00.10 «Международное право; Европейское право».]**

Использование термина «базовые принципы деятельности ВТО» в данном случае совершенно некорректно: в рассматриваемом контексте речь должна идти о базовых принципах деятельности членов ВТО, а не самой ВТО.

При этом то, что называется «юридическими принципами ВТО», также относится и к базовым принципам деятельности членов ВТО, например принцип добросовестности, принцип пропорциональности, принцип особого и дифференцированного подхода, принцип эстоппель.

Совершенно непонятно, что имеется в виду под «принципом конфиденциальности», учитывая, что деятельность ВТО как раз направлена в конечном счете на обеспечение транспарентности в международной торговле.

И уж тем более вызывает недоумение указание на «*принцип приоритета мирного урегулирования споров*»: можно подумать, что помимо него право ВТО признает еще и неприоритетные варианты немирного урегулирования споров. **Отсутствие научной значимости.]**

14. Представлена иллюстрация качественной имплементации принципов ВТО на примере функционирования, правового обеспечения и судебной практики Лондонского суда международного арбитража, Международного арбитражного суда в Париже ИСС как авторитетных институциональных международных коммерческих арбитражей государств-членов ВТО. В сопоставительном анализе, основанном на необходимости закрепления и правоприменения, выявлены юридические принципы ВТО в регламентации МКАС при ТПП РФ. **[Результаты исследования не представлены. Просто констатация сделанного сама по себе не может иметь места среди тех тезисов, которые должны быть изложены в автореферате: необходимо представить итоги сделанного. Перенос акцента с итогов на процесс («автор трудился») – не наука. Наука – не армия, чтобы делать упор на службе (процессе работы).]**

Странное выражение: «сопоставительный анализ, основанный на необходимости закрепления и правоприменения». Что это значит?

Автор глубоко заблуждается: в регламентации МКАС выявить юридические принципы ВТО нельзя. То, что правила, распространяющиеся на МКАС и на ВТО, могут основываться на неких общих началах, не дает повода утверждать, что первые основаны на вторых. С равным успехом автор могла выявлять «юридические принципы ООН» или «юридические принципы ЮНКТАД» и потом бездумно «распространять» их на различные арбитражные центры.

Изучение диссертации показало, что автор совершенно механически и искусственно «притянула за уши» принципы ВТО к упомянутым арбитражным центрам. Автор допустила смешение несмешиваемого, и в итоге получился неудобоваримый коктейль с массой описательных, некорректных и даже беспомощных утверждений.

На с. 374 своей диссертации автор утверждает: *«Деятельность LCIA регулируется Арбитражным регламентом, действующая редакция которого вступила в силу в 1998 году»*. Автор и не подозревает о существовании Регламента 2014 г. А вот как автор представляет имплементацию одного из принципов ВТО в деятельности LCIA: *«Исходя из принципа пропорциональности определены издержки в окончательном решении по делу № UN3467 от 01.07.2004: на ответчика возложена обязанность выплатить 55% процессуальных расходов, а на истца — 45%»* (с. 383 диссертации). Ничего, кроме улыбки, такой метод автора вызывать не может.

Еще пример того, как автор представляет себе принципы ВТО в деятельности МКАС: *«...в Регламенте МКАС при ТПП РФ косвенно закреплён режим наибольшего благоприятствования по отношению к другой стороне, согласно которому не допускается умышленное сокрытие важных для дела обстоятельств»* (с. 395 диссертации). Это все, что нужно знать об уровне подготовки автора в вопросах права ВТО и арбитража.

Полное отсутствие научной значимости.] Установленное фактологическое подтверждение того, что многие международно-правовые договоры имеют долгосрочный характер и экономические реалии, при которых были достигнуты соответствующие соглашения сторон, со временем могут измениться или приобрести для них новое значение **[Банальнейшее утверждение. Отсутствие научной новизны. Отсутствие научной значимости.]**, позволило сделать вывод о том, что принцип эволюционного толкования должен занять достойное место в Регламенте МКАС при ТПП РФ. **[Бездумное утверждение. Автор не понимает, что такое Регламент МКАС. С равным успехом автор могла предложить включить в Регламент МКАС «принцип систематического» или «принцип телеологического толкования».** Полное отсутствие научной значимости.]

15. В контексте исследования основополагающих тенденций развития института арбитражного соглашения выявлены причинно-следственная связь и обусловленность необходимости развития и усовершенствования средств и правовых механизмов, способствующих увеличению роли альтернативных методов разрешения споров над государственными методами. **[Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.**

Результаты исследования не представлены. Просто констатация сделанного сама по себе не может иметь места среди тех тезисов, которые должны быть изложены в автореферате: необходимо представить итоги сделанного. Перенос акцента с итогов на процесс («автор трудился») — не наука. Наука — не армия, чтобы делать упор на службе (процессе работы).

Говорится об «обусловленности», но не указывается на то, что обуславливает.

Отсутствие научной значимости.] Установлены перспективы и мотивы ограничения необходимости и сокращения пределов участия государства в вопросах урегулирования спорных внешнеэкономических отношений в процессе реализации соглашения об арбитраже. **[Перспективы и мотивы не представлены (см. комментарий к предыдущему пред-**

ложению).] Законодательное закрепление в качестве критерия арбитрабельности споров в России гражданско-правового характера отношений, из которых они возникают, является чрезмерно общей формулировкой, не отвечающей требованиям конкретики, предъявляемым к предмету арбитражного соглашения. Особенно в части не раскрытого понятия «иных гражданско-правовых отношений». [Насколько отважное, настолько же и безграмотное утверждение. Автор просто не понимает, что ставить таким образом вопрос об арбитрабельности и вопрос о предмете арбитражного соглашения нельзя. Отсутствие научной значимости.]

Общий вывод: тезисы производят удручающее впечатление. Автор специально использовала нарочито усложненный язык, на деле маскирующий отсутствие содержания. Автор еще продемонстрировала непонимание того, что такое в современных условиях арбитраж, в том числе применительно к МКАС при ТПП РФ.

У тезисов полностью отсутствует научная новизна и научная значимость.

Их поддержка со стороны научного консультанта, официальных оппонентов и ведущей организации (а также со стороны большинства членов диссертационных советов, которые эти тезисы были обязаны изучить) свидетельствует среди прочего об их научной неразборчивости и (или) недостаточной компетентности в соответствующей проблематике. Следует отметить то, что обладающие докторскими степенями заслуженные юристы, понимая, что работа откровенно некачественная, тем не менее бесцеремонно добивались ее защиты. При этом нельзя не упомянуть о принципиальной позиции отдельных уважаемых цивилистов-международников, которые пытались (хотя и, к сожалению, безуспешно) не допустить подобной недостойной акции по девальвации докторской степени в сфере международного коммерческого арбитража.

Князева Любовь Викторовна. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в США.

Специальность 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2015.

Диссертация выполнена на кафедре гражданского и трудового права Юридического института ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов».

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент Ермакова Елена Петровна.

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, заведующая отделом гражданского законодательства зарубежных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации Семилютин Наталья Геннадьевна; кандидат юридических наук, профессор, заместитель директора по правовым вопросам Автономной некоммерческой организации «Независимая арбитражная палата» Савранский Михаил Юрьевич.

Ведущая организация: Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации.

Защита диссертации состоится «3» июня 2015 года в 14 час. 00 мин. на заседании диссертационного совета Д 212.203.36 при Российском университете дружбы народов по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, ауд. 347.

С диссертацией можно ознакомиться в УНИБЦ (НБ) Российского университета дружбы народов по адресу: 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6.

<...>

Основные выводы, конкретизирующие научную новизну исследования, отражены в следующих положениях, выносимых на защиту:

1. Обосновано, что в США формирование законодательства в сфере признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений является компетенцией штатов. Соответственно заявление истца о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения может быть подано исключительно в суд штата, а не в федеральный суд. Судебная процедура проходит в соответствии с подзаконными актами – Правилами гражданского судопроизводства штата (например, в штате Нью-Йорк – *Civil Practice Law and Rules of New York 1938*).

Напротив, формирование законодательства в сфере признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений является компетенцией Федерации. Соответственно заявление истца может быть подано, как в федеральный районный суд, так и в суд штата. Однако судебная процедура в любом случае будет проходить в соответствии с Федеральными Правилами гражданского судопроизводства для районных судов США 1938 г. (*Rules of Civil Procedure for the United States District Courts 1938*). [Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе. Отсутствие научной значимости.]

2. Доказано, что в США процесс унификации правового регулирования процедуры признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений еще не завершен. Это выражается:

- в отсутствии единого унифицированного источника международного уровня;
- в отсутствии единого источника федерального уровня;
- в том, что Единообразный Закон США о признании иностранных решений о взыскании денежных средств 1962 г. носит лишь рекомендательный характер. При этом в 30 штатах на основе Единообразного закона 1962 г. были приняты соответствующие законы штатов, а в остальных штатах таких законов принято не было;
- в том, что Единообразный закон 1962 г. не затрагивает целую сферу правоотношений, касающихся: а) споров в области налоговых отношений (*tax assessment*); б) споров в области семейных отношений (*domestic relations*); в) споров, в области штрафных санкций (*penalties*); г) споров в области алиментных обязательств (*maintenance obligations*).

При отсутствии унифицированного регулирования суды отдельных штатов США изменяют законодательство по аналогии. Кроме того, штаты США наделены правом самостоятельно заключать двусторонние договоры с иностранными государствами об установлении и принудительном исполнении обязательств в области семейного права.

Иначе дело обстоит с источниками института признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. В этой области существуют как унифицированные

международные источники, так и источники федерального уровня (Федеральный Арбитражный Акт 1925 г.) и уровня штатов. [Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «доказать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе.]

Почему автор считает, что в США идет «процесс унификации правового регулирования процедуры признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений», который еще не завершен? Это совершенно не так.

Что значат слова «Единообразный Закон США о признании иностранных решений о взыскании денежных средств 1962 г. носит лишь рекомендательный характер»? Автор считает, что может быть иначе? Тогда она не понимает природу таких документов. «*It is simply a legislative proposal addressed to fifty state legislatures*» (<https://www.law.cornell.edu/uniform>).

Что значат слова «Единообразный закон 1962 г. не затрагивает целую сферу правоотношений, касающихся: а) споров в области налоговых отношений (*tax assessment*); б) споров в области семейных отношений (*domestic relations*); в) споров, в области штрафных санкций (*penalties*); г) споров в области алиментных обязательств (*maintenance obligations*)»? Автор считает, что должно быть иначе? Тогда она не понимает природу данного документа.

Почему не упомянут *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2005)*? [Отсутствие научной значимости.]

3. Обосновано, что в США существует 2 различные процедуры признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений:

а) по общему праву – процедура упрощенного производства (*summary procedure for action in debt*) и

б) по статутному праву – процедура регистрации иностранного судебного решения в американском суде (*registration of a foreign judgement*). Наличие двух самостоятельных процедур является несомненной особенностью признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в США. Причем, в случае отсутствия в штате Закона о признании иностранных решений о взыскании денежных средств (принятого на основании Единообразного Закона 1962 г.) иск может быть подан по общему праву. [Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе. Отсутствие научной значимости.]

4. Доказано, что согласно общему праву США у стороны, выигравшей арбитражный спор, имеется возможность испрашивать признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения как оно есть, либо получить иностранное судебное решение о взыскании денежных средств. В последнем случае выигравшая арбитражный спор сторона должна подтвердить арбитражное решение (по предмету спора) в государственном суде в стране места проведения арбитража или в государственном суде страны, указанной в арбитражном соглашении, и получить решение государственного суда о присуждении соответствующей денежной суммы. После чего возможно уже приведение в исполнение иностранного судебного решения в соответствии с правом штатов. [Что означают слова «сторона должна подтвердить арбитражное решение (по предмету спора)

в государственном суде... и получить решение государственного суда)? Это какая-то новая процедура «подтверждения арбитражного решения»?

И это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «доказать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе. Отсутствие научной значимости.]

Обосновано, что указанная возможность должна использоваться сторонами в целях формирования своей позиции, а также тактики защиты своих интересов по делу. **[Это не научный тезис, а банальное прагматическое соображение.]**

5. Выявлено, что в соответствии с положением «о признании и доверии» (*full faith and credit*), содержащемся в разделе I ст. IV Конституции США 1787 г. судебные решения, вынесенные федеральными судами или судом иного штата, признаются «внешними» по отношению к штату, в суде которого испрашивается признание и приведение в исполнение такого решения, т.е. по сути, решения, вынесенные федеральными судами или судом иного штата, по процедуре признания и приведения в исполнение приравниваются к решениям, принятым иностранным судом. **[Совершенно неаккуратное утверждение, не учитывающее нюансы регулирования данного вопроса в США. Признание судебных решений, вынесенных федеральными судами или судом иного штата, в качестве «внешних» еще не означает, что разницы между ними и иностранными судебными решениями не имеется.**

Более того, данное утверждение не соотносится с названием диссертации.]

6. Обосновано, что обязательным условием признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в штатах Флорида, Джорджия, Айдахо, Массачусетс, Северная Каролина, Огайо и Техас до сих пор является принцип взаимности (*reciprocity*) в той его форме, когда сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение, обязана продемонстрировать конкретные примеры применения принципа reciprocity принимавшим решение иностранным судом. Тогда как остальные штаты применяют более лояльный принцип международной вежливости (*comity*), в соответствии с которым не требуется приводить конкретные доказательства исполнения решений судов США в другой стране.

Таким образом, в США отсутствует единый подход к порядку признания и исполнения иностранных судебных решений, и одно и то же решение в одних штатах может быть признано и исполнено, а в других — нет. **[Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе. Отсутствие научной значимости.]**

7. Выявлено, что, имея возможность принимать собственный закон о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, отличный от рекомендованного текста Единообразного закона 1962 г., некоторые штаты в той или иной степени увеличили количество оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений с трех до девяти⁴. Так, в штате Мериленд статутно закреплено

⁴ Единообразный закон 1962 г. предусматривает 3 обязательных основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений: (1) иностранное судебное решение было принято в юрис-

4 обязательных основания для отказа⁵, а в штатах Джорджия и Массачусетс — все 9. В то время как штат Нью-Йорк, наоборот, оставил лишь 1 обязательное основание для отказа⁶. **[Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе.]**

Почему не упомянут *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2005)*? Отсутствие научной значимости.]

8. Обосновано, что, как правило, решения российских судов, не приводятся в исполнение американскими судами по следующим основаниям:

— отсутствие у российского суда персональной компетенции (суд не обладал компетенцией рассматривать иск, т.к. иск был подан не по месту, где должник имеет свое «присутствие»);

— отсутствие у российского суда предметной компетенции (суд не обладал компетенцией рассматривать предмет иска);

— недолжное уведомление ответчика, domiciliрованного в США, российским судом.

— непринятие российским судом во внимание того факта, что у сторон существует соглашение об альтернативном, внесудебном способе урегулирования спора. **[Автору следовало бы формулировать утверждения иначе и могло бы получиться весьма удачно. Сейчас же они производят впечатление слишком тривиальных.]**

В этой связи российским физическим и юридическим лицам, имеющим намерение испрашивать в дальнейшем признание и приведение в исполнение российских судебных решений в США, рекомендовано принять указанные основания во внимание. **[Это не научный тезис, а банальное прагматическое соображение.]**

дикции, не обладающей беспристрастным судом, чьи процедуры не соответствуют мировым стандартам о надлежащей правовой процедуре; (2) иностранный суд не обладал персональной юрисдикцией над ответчиком; (3) иностранный суд не обладал юрисдикцией над предметом иска (материальной юрисдикцией. А также 6 дискреционных: (1) Ответчик не был должным образом и в установленные сроки уведомлен о рассмотрении спора в иностранном суде, что не позволило ему должным образом защитить свои законные интересы; (2) Иностранное судебное решение было получено обманным путем (посредством мошеннических действий). (3) Основание для иска, на котором суд обосновал свою позицию, противоречит государственной политике Соединенных Штатов в целом или конкретного штата в частности; **[«Замечательный» перевод термина «the public policy» из раздела 4(b)(3) Закона 1962 г.: «государственная политика».** И в этом законе не упоминается публичный порядок США, а говорится только о публичном порядке штата: «A foreign judgment need not be recognized if... the [cause of action] [claim for relief] on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state». **Указание на публичный порядок США имеется в ином акте: в *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2005)* (sec. 4(c)(3)).**] (4) Иностранное судебное решение вступает в противоречие с иным судебным решением, обладающим признаками окончательности и неопровержимости. (5) Судебная процедура по урегулированию спора в иностранном суде противоречит соглашению сторон, в соответствии с которым конкретный предмет спора, должен был быть урегулирован иными методами, чем судебное разбирательство. (6) Суд обладал лишь персональной, но не материальной юрисдикцией, вследствие чего мог стать строго (со всей очевидностью) неподходящим местом для разрешения спора. Увеличение оснований происходит именно за счет перемещения тех или иных дискреционных оснований в список обязательных.

⁵ Закон о признании штата Мериленд перемещает такое основание как исключение мошенничества во время судебного производства в иностранном суде из категории дискреционных оснований в категорию обязательных.

⁶ Закон о признании штата Нью-Йорк 1962 года считает отсутствие компетенции иностранного государства всего лишь дискреционным основанием для непризнания

9. Выявлено, что истец может инициировать процедуру признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения на основании положений трех глав Федерального Арбитражного Акта (§ 9, § 207, § 304 Федерального Арбитражного Акта), используя одну из двух процедур:

1 процедура: Признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения в соответствии с международными правовыми актами, имплементированными в законодательство США (в соответствии с § 207 и § 304 FAA).

2 процедура: Признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения в соответствии с внутренним законодательством США – в соответствии с § 9 FAA.

Обосновано, что выбор стороной спора одной из процедур в момент подачи заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения является окончательным и не подлежит изменению.

Особенностями 1 процедуры являются: а) удлиненный срок обращения за исполнением иностранного арбитражного решения в 3 года с момента его вынесения, б) возможность обращения за исполнением как в федеральный районный суд, так и в суд штата с правом передачи рассмотрения в федеральный районный суд по требованию любой из сторон, в) прямой запрет использования иных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение, за исключением прямо указанных в Нью-Йоркской Конвенции, г) возможность применения данной процедуры в случае, если стороны не оговорили в своем арбитражном соглашении суд, в котором будет осуществляться исполнению указанного решения.

Особенностями 2 процедуры являются: а) укороченный срок обращения за исполнением иностранного арбитражного решения в 1 год с момента его вынесения, б) возможность обращения за исполнением как в федеральный районный суд, так и в суд штата без права передачи рассмотрения в федеральный районный суд по требованию любой из сторон, в) возможность применения судами иных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение, кроме указанных в Нью-Йоркской конвенции, г) невозможность применения данной процедуры, если стороны не оговорили в своем арбитражном соглашении суд, в котором будет осуществляться исполнению указанного решения. **[Это не тезисы, а справочные сведения. Излишняя описательность без необходимого анализа. Просто констатация положения вещей, о котором и так известно. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось. Вся эта информация общедоступна: мы все же живем в информационном веке. Отсутствие научной новизны. Автору следовало формулировать утверждения иначе. Отсутствие научной значимости.]**

Обосновано, что указанные особенности данных процедур могут являться как преимуществами, так и недостатками для обеих сторон спора и должны использоваться сторонами в целях формирования своей позиции, а также тактики защиты своих интересов по делу. **[Это не научный тезис, а банальное прагматическое соображение. Обосновывать тут было нечего.]**

<...>

Общий вывод: попытка автора постараться сделать что-то значимое действительно видна.

Однако она попыталась представить в виде «научных тезисов, обладающих новизной» лишь описание применительно к соответствующему регулированию в США (допустив при этом неточности). Это может быть в определенном плане любопытно, но этого все же мало.

Сегодня уже иное время в плане информационной насыщенности, так что просто описательность в качестве методологического подхода применительно к иностранному праву удовлетворительной быть не может.

Автору следовало формулировать свои тезисы иначе, нужно было избрать иной методологический подход.

Жаль, что научный руководитель, официальные оппоненты и ведущая организация должное внимание на это не обратили.

Зьонг Тхи Тху Хьонг. Гарантии независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже (на примере Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам).

Специальность 12.00.15 – Гражданский процесс, арбитражный процесс. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Воронеж, 2016.

Работа выполнена на кафедре гражданского права и процесса Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Воронежский государственный университет».

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского права и процесса ФГБОУ ВО «Воронежский государственный университет» Носырева Елена Ивановна.

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой международного публичного и частного права ФГАОУ ВО «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» Ерпылева Наталия Юрьевна;

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского процесса юридического факультета ФГБОУ ВО «Санкт-Петербургский государственный университет» Севастьянов Глеб Владимирович.

Ведущая организация: ФГАОУ ВО «Казанский (Приволжский) федеральный университет».

Защита состоится « ____ » _____ 20__ года в ____ часов ____ минут на заседании диссертационного совета Д.002.002.06 по защите докторских и кандидатских диссертаций при Федеральном государственном бюджетном учреждении науки «Институт государства и права Российской академии наук» по адресу: 119019, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте Федерального государственного бюджетного учреждения науки «Институт государства и права Российской академии наук» по адресу: 119019, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; <http://www.iggran.ru>.

<...>

В результате проведенного исследования сформулированы и выносятся на защиту следующие положения.

1. На основе того, что установление требований к выполнению функций арбитра имеет трехуровневую систему регулирования (закон, арбитражное соглашение и правила постоянно действующего арбитражного учреждения), автор классифицирует требования на три группы: установленные законом; установленные соглашением сторон, и требова-

ния, устанавливаемые правилами постоянно действующего арбитражного учреждения. Требования, установленные законом, в свою очередь, подразделяются на императивные и диспозитивные. Так, в настоящее время по законодательству России императивным является требование о достижении арбитром двадцатипятилетнего возраста, по законодательству Вьетнама – требование о наличии высшего образования и опыта работы не менее 5 лет в сфере полученного образования. Требование к гражданству арбитра является диспозитивным по законодательству России и Вьетнама и может быть согласовано сторонами или найти отражение в правилах арбитражного учреждения.

Предлагаемая классификация позволяет определять пределы автономии воли сторон при установлении требований к арбитрам. **[Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Все это и так очевидно.]**

Классификация общеизвестная, даже весьма примитивная в контексте рассматриваемого вопроса. А вопрос о *soft law*?

Элементарные и ненужные, имеющие справочный характер повторы нормативного регулирования.

Не раскрыто, как приведенные конкретные требования связаны именно с независимостью и беспристрастностью арбитров. Отсутствие научной значимости.]

2. Анализ законодательства России и Вьетнама, регулирующего предъявляемые к арбитрам требования, приводит к выводу о целесообразности выделения специальной нормы, в которой были бы сосредоточены законодательно установленные требования к арбитрам. При этом в законе должны устанавливаться лишь минимальные и действительно необходимые требования к арбитрам (независимость и беспристрастность арбитра, его дееспособность, высшее юридическое образование, запрет определенным лицам выполнять функции арбитра). С учетом договорной природы арбитража установление более высоких требований к арбитрам – прерогатива сторон. В связи с этим вызывает сомнение включение в законодательство таких требований, как наличие ученой степени или продолжительного периода работы в определенной сфере деятельности. **[Любые предложения, каким-либо образом упоминающие об изменении, совершенствовании законов и т.д., не могут иметь никакого отношения к тем научным тезисам, которые должны выноситься диссертантом на защиту. Это не наука (см. выше с. 439–440).]**

В остальном: слишком общие и нераскрытые утверждения. Учитывая российские реалии международного коммерческого арбитража, проблемы, которые они затрагивают, действительно можно было бы представить гораздо более удачно. И уже потом на основе сделанных научных выводов можно было выдвигать отдельные предложения по поводу совершенствования законодательства.

Неподдельное удивление вызывает еще вот что: диссертация была размещена на сайте ИГП РАН 26 апреля 2016 г. В это время уже был принят Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». Тогда почему автор пишет о целесообразности выделения *«специальной нормы, в которой были бы сосредоточены законодательно установленные требования к арбитрам»*? А как же быть с уже действовавшей ст. 11 «Избрание (назначение) арбитров» данного Закона?

И почему автор пишет именно о «норме», а не о «нормах»?

Отсутствие научной значимости.]

3. Автором формулируется вывод о том, что независимость и беспристрастность арбитров следует рассматривать как одно требование, состоящее из двух неразрывно связан-

ных между собой элементов. С точки зрения комплекса гарантий невозможно выделить или обеспечить то или другое требование в отдельности. Такие гарантии, как механизм формирования состава арбитров или процедура их отвода, предусмотрены для обеспечения независимости и беспристрастности как единой категории. В то же время предлагаемое понимание данного требования не означает отрицания различного значения терминов беспристрастности и независимости и возможности их самостоятельного применения на практике. [Что означают слова «С точки зрения комплекса гарантий»? Гарантий в отношении чего?

Кроме того, независимость и беспристрастность — состояние субъектов, называть их именно «одним требованием» нельзя.

Неаккуратно сформулированные утверждения: так все же «одно требование» или же термины, применяемые на практике самостоятельно? При этом данные утверждения по сути друг другу противоречат.

Нелогичная и расходящаяся со здравым смыслом характеристика независимости и беспристрастности арбитров как двух неразрывно связанных между собой элементов. На самом деле можно быть полностью независимым, но пристрастным. Равным образом можно быть беспристрастным, но зависимым. Автор, видимо, незнаком с тем, какие реальные ситуации возникают на практике в международном коммерческом арбитраже.

Кстати, п. 1–3 ст. 4 «Общие требования к беспристрастности и независимости третейского судьи» Правил о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. приказом ТПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39) проводят между независимостью и беспристрастностью четкое различие: «1. С момента принятия полномочий третейского судьи и в ходе всего третейского разбирательства третейский судья должен быть беспристрастен и независим.

2. Третейский судья является беспристрастным, если он прямо или косвенно не заинтересован в исходе дела и не имеет заранее сложившихся предпочтений или иных предубеждений в отношении определенной стороны третейского разбирательства, ее представителя, эксперта, консультанта или свидетеля.

3. Третейский судья является независимым, если отсутствуют такие отношения между третейским судьей и сторонами третейского разбирательства, их представителями, экспертами, консультантами, свидетелями, которые способны повлиять на позицию третейского судьи по делу».

Отсутствие научной значимости.]

4. В связи с возможностью применения процедуры медиации в ходе арбитража в диссертации сформулированы следующие выводы, имеющие значение в аспекте независимости и беспристрастности арбитра: 1) по общему правилу соединение функций медиатора и арбитра в одном лице является недопустимым, поскольку эти функции различаются по своей сути, и арбитру сложно сохранять независимость и беспристрастность после выполнения полномочий медиатора и получения конфиденциальной информации от сторон; 2) как исключение из общего правила, стороны могут договориться об избрании (назначении) медиатора и арбитра в одном лице. При таком совмещении избираемое (назначаемое) лицо должно отвечать законодательным требованиям, предъявляемым, как к арбитрам, так и к медиаторам; 3) соглашение сторон о выполнении полномочий медиатора и арбитра одним лицом применительно к арбитражу означает, что стороны не могут заявлять отвод арбитру по основанию сомнений относительно его беспристрастности и независимости в связи с предыдущим выполнением им функции медиатора (отказ

от права на возражение). [Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Представляется, что «сформулировать» здесь что-то серьезное не получилось. Это и так очевидно и уже неоднократно обсуждалось. Отсутствие научной значимости.]

5. В диссертации предлагается унифицированный подход в случае несогласия одного из арбитров с большинством голосов при принятии решения, который заключается в том, что арбитр обязан подписать решение независимо от формы выражения своего мнения. На практике арбитр может выразить свое мнение в отдельном документе (особое мнение), либо не выражать его в письменной форме. В первой ситуации традиционно и правильно используется подход, в соответствии с которым имеющий особое мнение арбитр обязан подписать решение. Применительно ко второй ситуации с точки зрения законодательства и расхождений практики, как в России, так и во Вьетнаме, остается неясным вопрос о том, должен ли арбитр подписать решение. Автор считает такое различие неоправданным и обосновывает недопустимость отказа арбитра от подписания решения, если он не согласен с мнением большинства, но при этом не составляет особого мнения. Решение может быть подписано не всеми арбитрами только в случае физической невозможности арбитра подписать решение. [Что означают слова «Решение может быть подписано не всеми арбитрами только в случае физической невозможности арбитра подписать решение»? Они крайне неточны. Из-за состояния одного арбитра другой не подписывает?

И в целом это не более чем тривиальные рассуждения.

Вместе с тем, например, в п. 3 § 39 «Содержание решения» Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г. данный вопрос давно уже решен: «3. Если кто-либо из арбитров не может подписать арбитражное решение, Председатель МКАС удостоверяет это обстоятельство с указанием причин отсутствия подписи арбитра».

Более того, предлагается подход, посягающий на свободу арбитра. Как автор представляет себе механизм «недопустимости отказа арбитра от подписания решения, если он не согласен с мнением большинства, но при этом не составляет особого мнения»? Может, предъявить к нему иск?

Отсутствие научной значимости.]

6. Предложено решение возможной на практике ситуации, когда в коллегии из трех арбитров двое имеют особое мнение, отличающееся друг от друга и не совпадающее с мнением председателя состава арбитража. Проблема возникает в случае, если эта ситуация не оговаривается сторонами в соглашении и не предусматривается правилами арбитражного учреждения. Автор обосновывает возможность наделения правом решающего голоса на принятие решения председателя состава арбитража при отсутствии большинства голосов независимо от наличия соглашения сторон или регламента арбитражного учреждения. [Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны.

Какая же это проблема, если, в частности, в п. 2 § 38 «Вынесение решения» Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г. четко говорилось: «2. Решение принимается большинством голосов состава арбитража. Если решение не может быть принято большинством голосов, оно принимается председателем состава арбитража». Неужели предложение распространить этот подход на иные ситуации можно всерьез считать надлежащим тезисом в диссертации? Это ведь опять всего лишь механическое экстраполирование.

Кстати, не вполне понятно, при чем тут гарантии независимости и беспристрастности именно арбитров? Гарантии для председателя третейского суда? Хорошо. Но как же быть с другими арбитрами?

Использован термин «*состав арбитража*», который с 1 сентября 2016 г. в российском праве корректным не является. Согласно п. 2 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» «*арбитраж (третейское разбирательство) — процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения)*»; «Состава процесса» не бывает. [Отсутствие научной значимости.]

<...>

Общий вывод: слабая и неудачная попытка «диссертационного исследования». Тезисы писались без особой мысли.

Их поддержка со стороны научного руководителя, официальных оппонентов и ведущей организации вызывает сожаление.

Иванова Екатерина Алексеевна. Соглашения в сфере гражданской юрисдикции: процессуально-правовой аспект.

Специальность 12.00.15 — Гражданский процесс; арбитражный процесс. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2016.

Диссертация выполнена на кафедре гражданского процесса федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Уральский государственный юридический университет».

Научный руководитель: Загайнова Светлана Константиновна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского процесса ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет», директор научно-образовательного Центра правовых технологий и примирительных процедур (медиации) ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет».

Официальные оппоненты: Борисова Елена Александровна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского процесса ФГБОУ ВО «Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова»;

Шеменева Ольга Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса ФГБОУ ВО «Воронежский государственный университет».

Ведущая организация: ФГАОУ ВО «Самарский государственный аэрокосмический университет им. академика С.П. Королёва (национальный исследовательский университет)».

Защита состоится 16 июня 2016 г. в 13.00 ч. на заседании диссертационного совета Д 212.282.01 на базе федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Уральский государственный юридический университет» по адресу: 620137, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21, зал заседаний Ученого совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет» <http://www.usla.ru>.

<...>

Основные положения, выносимые на защиту:

1. В отличие от распространенных в доктрине цивилистического процесса точек зрения, в соответствии с которыми процессуальное соглашение может заключаться только при наличии правового спора (Н.Г. Елисеев, С.А. Курочкин) или после возбуждения гражданского дела (М.А. Рожкова), в диссертации предложен широкий подход к пониманию процессуального соглашения, который предполагает возможность заключения процессуальных соглашений с момента возникновения материального правоотношения (при отсутствии правового спора), а также начиная с этапа согласования условий договора, когда материальное правоотношение еще не возникло (при разрешении преддоговорных споров). **[Предложение такого «широкого подхода» весьма тривиально. Что в нем научно нового или хотя бы интересного?**

Внутреннее противоречие: сначала отклоняется точка зрения Н.Г. Елисеева и С.А. Курочкина о необходимости наличия правового спора, а потом предлагается считать, что указанное соглашение может заключаться и при наличии преддоговорных споров. Разве они правовыми не являются?

Отсутствие научной значимости.]

2. На основе широкого подхода к пониманию процессуального соглашения сформулировано авторское определение процессуального соглашения, которое предлагается рассматривать как волеизъявление заинтересованных лиц, направленное на выбор формы защиты права (судебная, внесудебная юрисдикционная, внесудебная неюрисдикционная) и (или) порядка урегулирования и (или) разрешения как будущего, так и возникшего правового спора. **[Тривиальные утверждения. Самая простая классификация. Отсутствие научной новизны. Представляется, что «предложить» здесь что-то серьезное не получилось. Если под «авторским определением» понимается некая оригинальность, то ее нет — этими словами лишь маскируется отсутствие содержания.**

И кого понимать под «заинтересованными лицами»? Из п. 7 ниже следует, что это могут быть и государственные судьи. Но тогда о каком «выборе формы защиты права» может идти речь?

Отсутствие научной значимости.]

3. С учетом широкого подхода разработана конструкция процессуального соглашения, включающая такие элементы как специальный предмет соглашения (форма защиты права и (или) порядок урегулирования и (или) разрешения как будущего, так и возникшего правового спора), субъекты (заинтересованные в урегулировании будущего или возникшего спора лица, которые могут не быть субъектами спорного материального правоотношения), форма, наличие процессуального эффекта (прямой или опосредованный). **[Тривиальные утверждения. Элементарная классификация. Отсутствие научной новизны. Представляется, что «разработать» здесь что-то серьезное не получилось. Отсутствие научной значимости.]**

4. Доказано, что процессуальные соглашения по выбору формы защиты права (судебной, внесудебной юрисдикционной, внесудебное неюрисдикционной) и по определению порядка урегулирования и (или) разрешения будущего или возникшего правового спора влекут разные правовые последствия. **[Тривиальные утверждения. Отсутствие на-**

учной новизны. Представляется, что «доказать» здесь что-то серьезное не получилось. Отсутствие научной значимости.]

Если процессуальные соглашения по выбору формы защиты являются юридическими фактами, которые влияют на возникновение, изменение и прекращение только процессуальных правоотношений, то соглашения по определению порядка урегулирования и (или) разрешения будущего или возникшего правового спора могут выступать и в качестве юридических фактов, влияющих на возникновение, изменение и прекращение материальных правоотношений. **[Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Схоластика. Отсутствие научной значимости.]**

5. Обосновывается, что по степени согласованности воли заключение процессуального соглашения следует относить к односторонним сонаправленным, а не двусторонним взаимным действиям. Цели заключения процессуального соглашения для каждой стороны являются индивидуальными, но путем его заключения стороны добиваются единого для них процессуального итога, направленного не на взаимодействие друг с другом, как при взаимных действиях, а на «управление» юрисдикционной или неюрисдикционной процедурой (например, возбуждение определенной процедуры, отложение дела, прекращение судебного разбирательства и другое). **[Разве односторонняя сонаправленность всегда исключает возможность взаимных действий? Далеко не так.**

Разве заключение процессуального соглашения не может быть направлено на взаимодействие сторон друг с другом, на их взаимные действия? Конечно, может.

Это признает и автор, говоря затем об управлении процедурой. Речь идет об управлении ею самими сторонами, а это предполагает их взаимодействие.

Или автор имела в виду какие-то особые процессуальные соглашения? Но почему тогда это не объяснено, почему говорится о процессуальных соглашениях вообще?

И почему автор говорит о «двусторонних действиях»? А если сторон несколько? Отсутствие научной значимости.]

6. Аргументируется, что внесудебные неюрисдикционные процессуальные соглашения, заключаемые по выбору внесудебной неюрисдикционной формы защиты права (соглашения о применении процедуры медиации, о проведении процедуры медиации, о переговорах и некоторые другие) являются квазиправовыми процессуальными соглашениями, поскольку не порождают прав и обязанностей и не влекут применения мер юридической ответственности. **[Некорректное утверждение. Эти соглашения «не порождают прав и обязанностей»? Вообще никаких? А как же содержание Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»?**

И почему такие соглашения обязательно должны влечь применение мер юридической ответственности?

Далее, автор допускает методологическое противоречие: выше в п. 1, в п. 2 и в п. 3 она предлагала *«широкий подход»*, а теперь вдруг предлагает использовать очень узкий и отказывать этим соглашениям в статусе правовых?

Стилистически неудачное выражение: «соглашения, заключаемые по выбору... формы защиты».

Отсутствие научной значимости.] Несмотря на свою специфическую природу, внесудебные неюрисдикционные процессуальные соглашения имеют опосредованный процес-

суальный эффект, влияющий на динамику развития юрисдикционных процедур. [Нарочито усложненный язык, маскирующий отсутствие содержания.]

Некорректное утверждение. Эти соглашения имеют лишь опосредованный процессуальный эффект? А как же быть, например, с ч. 1 ст. 4 «Применение процедуры медиации при рассмотрении спора судом или третейским судом» только что упомянутого Закона («1. В случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд для разрешения спора, который возник или может возникнуть между сторонами, суд или третейский суд признает силу этого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права»)?

Отсутствие научной значимости.]

7. Предлагается расширить для участников гражданского и арбитражного процесса возможность заключения судебных процессуальных соглашений между судьей и лицами, участвующими в деле, по вопросам движения гражданского дела («организационные соглашения»). Свобода распоряжения своими правами в данном соглашении должна быть ограничена сроками, предусмотренными в законе, а также основываться на принципе разумности процессуальных сроков; а оспаривание данных соглашений должно быть возможным только в рамках текущего судебного процесса. [Тезисы заслуживают внимания, особенно применительно к российским реалиям. Однако формулировать их следовало иначе. Любые предложения, каким-либо образом упоминающие об изменении, совершенствовании законов и т.д., не могут иметь никакого отношения к тем научным тезисам, которые должны выноситься диссертантом на защиту. Это не наука (см. выше с. 439–440)].

Кроме того, предложения сформулированы неаккуратно: «Предлагается расширить для участников гражданского и арбитражного процесса возможность заключения судебных процессуальных соглашений между судьей и лицами...». Именно для участников? А почему тогда потом говорится о судьях?;

«Свобода распоряжения своими правами в данном соглашении...». То есть речь идет и о свободе распоряжения своими правами со стороны именно судьи?;

«...оспаривание данных соглашений должно быть возможным только в рамках текущего судебного процесса». То есть оспаривать их может и судья?]

8. Обосновывается, что в целях снижения трудозатрат по рассмотрению гражданских дел, следует предусмотреть возможность заключения процессуальных соглашений, направленных на расширение диспозитивности судебного разбирательства: соглашение сторон об изменении сроков на обращение в суд, соглашение об изменении формы судопроизводства на упрощенную (письменную, электронную), соглашение об отказе от права на обращение в вышестоящую судебную инстанцию. [Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Некоторые продвинутые стороны это уже делают. В третейском разбирательстве такие соглашения заключаются еще чаще. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось.]

«В целях снижения трудозатрат»? Разве это диссертация по специальности 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения»?

Что означает «следует предусмотреть»? Кому? Где? Если в действующем регулировании, то любые предложения, каким-либо образом упоминающие об изменении, совершенство-

вании законов и т.д., не могут иметь никакого отношения к тем научным тезисам, которые должны выноситься диссертантом на защиту. Это не наука (см. выше с. 439–440). Отсутствие научной значимости.]

9. Обосновывается, что для гармонизации международных отношений в международные договоры о правовой помощи, международные договоры о признании и исполнении решений иностранных судов и в иные международные акты, заключенные на условиях взаимности, кроме признания и исполнения судебных актов (и иных юрисдикционно утвержденных актов), необходимо включить признание и исполнение медиативных соглашений. Если внутри страны предусмотрена процедура утверждения медиативного соглашения судом или его утверждение в нотариальном порядке, то признание и исполнение такого акта возможно без использования специальных процедур на территории договаривающихся государств. [Тривиальные утверждения. Отсутствие научной новизны. Представляется, что «обосновать» здесь что-то серьезное не получилось.]

ЮНСИТРАЛ разрабатывает, как известно, конвенцию о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате международной коммерческой согласительной процедуры. Автор предлагает аналогичные правила вносить в иные международные договоры. Что тут нового или интересного?

Далее, любые предложения, каким-либо образом упоминающие об изменении, совершенствовании законов или международных договоров и т.д., не могут иметь никакого отношения к тем научным тезисам, которые должны выноситься диссертантом на защиту. Это не наука (см. выше с. 439–440).

Что означают слова «международные акты, заключенные на условиях взаимности»? Заключение любого такого акта основывается на взаимности. Или имеется в виду то, что в таких актах государства обязуются взаимно что-то признавать? Но в чем тогда смысл подчеркивать это: «заключенные на условиях взаимности»?

Неаккуратная формулировка: «Если внутри страны предусмотрена процедура... то признание и исполнение такого акта возможно... на территории договаривающихся государств». Какой страны? Являющейся договаривающимся государством? Или иной?

Отсутствие научной значимости.]

<...>

Общий вывод: несмотря на высказанные критические замечания, попытка автора постараться сделать что-то значимое действительно видна.

Однако итог удачным не получился. Автору следовало формулировать свои тезисы иначе, нужно было избрать иной методологический подход.

Жаль, что научный руководитель, официальные оппоненты и ведущая организация должное внимание на это не обратили.

**Предстоящая публикация перевода на русский язык
книги «Cross-Examination in International Arbitration»
(Oxford University Press, 2015)**

**Forthcoming Publication of Russian Translation
of the Book “Cross-Examination in International Arbitration”
(Oxford University Press, 2015)**

The book written by Kaj Hobér and Howard S. Sussman “Cross-Examination in International Arbitration” (Oxford University Press, 2015, 176 p., ISBN: 9780199681235) will be published in Russia.

This book is both an invaluable teaching tool as well as a general guide to effective cross-examination in international arbitration. Based on extensive experience and insight from the authors and aided by practical examples, it provides a thoroughly illustrated analysis of how essential cross-examination techniques can best be adapted to the arbitral format. Concise and well organized, it leads the reader through the different cross-examination techniques in an accessible “do’s and don’ts” structure, presenting readers with a clear and authoritative introduction on how best to conduct a cross-examination or a quick-reference for more experienced practitioners (see www.amazon.com).

The book is to be published by the Association of Private International and Comparative Law Studies with the support of International Commercial Arbitration Review in 2019.

В 2019 г. Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права при поддержке журнала «Вестник международного коммерческого арбитража» планирует опубликовать перевод на русский язык книги Кая Хобера и Ховарда Зуссмана «Cross-Examination in International Arbitration»¹. Этот труд на английском языке впервые вышел в свет в конце 2014 г. – начале 2015 г. в издательстве «Oxford University Press»² и сразу же стал настольной книгой многих юристов, практикующих в области международного арбитража.

Кай Хобер хорошо известен юридическому сообществу России и стран СНГ. Он – доктор права и профессор Уппсальского университета в Швеции, автор множества публикаций по международному коммерческому и инвестиционному арбитражу, а также уже много лет практикующий адвокат и арбитр. Ховард Зуссман является одним из видных нью-йоркских судебных адвокатов с обширным опытом в гражданском и уголовном пра-

¹ *Hobér K., Sussman H.S. Cross-Examination in International Arbitration: Nine Basic Principles. Oxford University Press, 2015. 176 p.*

² <https://global.oup.com/academic/product/cross-examination-in-international-arbitration-9780199681235?cc=us&lang=en&>

ве и процессе, а также известным американским специалистом в области стратегии и тактики ведения перекрестного допроса.

Причины, побудившие взяться за публикацию перевода этой книги в России, являются весьма значимыми.

В российском законодательстве термин «перекрестный допрос» не используется. При этом в государственных арбитражных судах и обычный допрос встречается нечасто.

Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 (в ред. от 29 декабря 2015 г.) «О международном коммерческом арбитраже», равно как и правила Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате РФ, тоже не содержит подробных указаний касательно процедуры перекрестного допроса или просто допроса свидетелей и экспертов, что, впрочем, вполне объяснимо.

Однако, в отличие от производства по делам в государственных судах, перекрестные допросы в ходе арбитража в России используются не так уж и редко. Еще чаще они проводятся в иностранных арбитражах, в том числе в тех, в которые вовлечены российские стороны и юристы.

При этом в России издано совсем немного работ, посвященных правилам ведения такого допроса³, а серьезные публикации о перекрестном допросе в международном арбитраже попросту отсутствуют.

Между тем перекрестный допрос занимает в международном арбитраже особое место, поскольку является одним наиболее сложных видов взаимодействия со свидетелями и экспертами, требующим глубокого понимания фактической стороны дела, безупречных знаний в области материального и процессуального права, существенных интеллектуальных усилий, способности быстро мыслить, убедительно артикулировать позицию по делу и даже интуиции. Достаточно сказать, что обучение, например, будущих английских адвокатов искусству перекрестного допроса происходит на интенсивных продолжительных курсах и включает непрерывное проведение инсценировок судебных процессов с непосредственным участием практикующих судей и королевских (наиболее опытных и заслуженных) адвокатов.

Мы надеемся, что перевод этой книги, эффективно способствуя овладению читателями искусством перекрестного допроса, мастерски представленным опытнейшими специалистами в данной области, каковыми, несомненно, являются ее авторы, окажется полезным всем нашим коллегам — как обучающимся, так и уже практикующим, и уверены, что данная работа поможет многим российским юристам самостоятельно представлять интересы своих доверителей в арбитражных делах, в том числе в странах, где проведение перекрестного допроса — обычная вещь.

Н.А. Бабаджанян,
адвокат (АП МО), солиситор (Англия и Уэльс),
действительный член Королевского института арбитров, *Redstone Chambers,*

А.И. Муранов,
кандидат юридических наук, доцент МГИМО, профессор РШЧП,
коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

³ См., например, монографию ФЛ. Веллмана «Искусство перекрестного допроса» (Пер. с англ. К. Адамович. – М.: Американская ассоциация юристов, 2011. – 294 с. (Из серии: Адвокатская практика)) или следующую работу, однако посвященную уголовно-процессуальным аспектам: *Александров А.С., Гришин С.П., Конева С.И.* Перекрестный допрос в суде (объяснение его сущности, принципов и порядка проведения, а также практическое наставление к употреблению): Монография. 3-е изд., доп. – М.: Юрлитинформ, 2014. – 584 с.

IN MEMORIAM

Николай Николаевич Остроумов (22.01.1952 – 27.07.2018) – профессор, арбитр, доктор юридических наук

Nikolay Nikolayevich Ostroumov (22.01.1952 – 27.07.2018) – Professor, Arbitr, Doctor of Laws

Obituary of Nikolay Nikolayevich Ostroumov, arbitrator of the Maritime Arbitration Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry, Doctor of Laws, professor of the Department of Private International and Civil Law of the Moscow State Institute of International Relations (MGIMO).

27 июля 2018 г. скоропостижно ушел из жизни доктор юридических наук Н.Н. Остроумов, один из достойных арбитров Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, профессор кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева МГИМО.

Он родился 22 января 1952 г. в Москве. Его отец – Н.Н. Остроумов, генерал-лейтенант авиации в отставке, один из творцов советских ВВС, практик и ученый.

В 1969 г. окончил среднюю общеобразовательную школу № 87 г. Москвы, в 1974 г. – международно-правовой факультет Московского государственного института международных отношений МИД СССР, получив квалификацию юриста-международника со знанием французского и английского языка.

В 1980 г. окончил аспирантуру МГИМО, защитил там же диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Правовое регулирование фрахтования воздушных судов».

В 2013 г. защитил в МГИМО докторскую диссертацию на тему «Проблемы унификации и совершенствования правового режима международных воздушных перевозок».

После окончания Института в 1974 г. по распределению был направлен в Министерство гражданской авиации СССР, где работал младшим, старшим научным сотрудником, начальником сектора правовых проблем гражданской авиации Государственного научно-исследовательского института гражданской авиации. С 1990 г. перешел на работу в Центральное управление международных воздушных сообщений Министерства гражданской авиации СССР, которое впоследствии было реорганизовано в ОАО «Аэрофлот – Российские авиалинии». Длительное время возглавлял его договорно-правовой отдел, а затем был начальником его отдела международных договоров.

Во время работы в системе гражданской авиации принимал участие в разработке проектов Воздушных кодексов СССР 1983 г. и РФ 1997 г., участвовал в иных законопроектных работах. Был вовлечен в заключение сделок по поставке Аэрофлоту самолетов иностранного производства. В составе официальных делегаций России участвовал в конференциях

в рамках международных организаций (ИКАО, УНИДРУА) и в деятельности их рабочих органов. Представлял Аэрофлот в юридическом консультативном совете ИАТА (Международная ассоциация воздушного транспорта). Являлся членом Административно-юридического комитета Комиссии СССР и России по делам ИКАО.

Был награжден наградами, почетными грамотами. Являлся членом Российской ассоциации международного права.

Наряду с основной работой занимался преподавательской деятельностью (читал лекции в МГИМО, школе «Авиабизнеса» и др.).

Известен отдельный вклад Николая Николаевича в развитие отечественного международного воздушного права: он являлся автором множества научных статей по данной теме, участвовал в написании ряда монографий, в том числе возглавлял коллектив авторов монографии «Советское воздушное право» (1990 г.).

Он также вел успешную деятельность в качестве арбитра МАК.

Добрая память о Николае Николаевиче навсегда останется в сердцах всех, кто его знал.

*Коллектив кафедры
международного частного и гражданского права
им. С.Н. Лебедева МГИМО (У) МИД России*

Николай Николаевич Остроумов, будучи известным специалистом по транспортно-му праву, с 2008 г. являлся одним из арбитров Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ. До этого он в течение нескольких лет успешно выступал в качестве представителя сторон в делах, рассматриваемых в МАК. Коллеги отмечали его критический ум, ответственный подход и профессионализм. При этом, неизменно сохраняя принципиальность, он всегда оставался отзывчивым и внимательным, по-настоящему интеллигентным человеком, проявлял уважение и такт ко всем, с кем ему довелось работать. МАК его будет очень не хватать.

*Д.Л. Давыденко,
кандидат юридических наук,
ответственный секретарь МАК при ТПП РФ*

Ушел из жизни Николай Николаевич Остроумов. Весть неожиданная и тем более горькая. О ровеснике хочется сказать: «Николай, Коля». Именно так, по имени, мы обращались друг к другу, поскольку были знакомы еще с институтской поры, т.е. без малого 50 лет.

После окончания международно-правового факультета МГИМО в 1974 г. каждый из нас шел своим путем. Вместе с тем было много совпадений: годы практической работы по специальности, учеба в аспирантуре, защита кандидатской, а затем и докторской диссертации, научная деятельность, преподавание в высших учебных заведениях, арбитраж. Ряд лет мы жили по соседству в одном и том же районе Москвы. Наши встречи чаще всего были незапланированными, но всегда интересными и информативными. Чувствовалось, что человек полон идей, энергии, энтузиазма, динамичен и стремится к саморазвитию. Думаю, его жизнь наглядно подтверждает, как важно не останавливаться на достигнутом, ставить новые цели и уметь их добиваться. Что толку от заложенных в людях возможностей, если нет воли к их реализации? В Н.Н. Остроумове такая воля была.

Очень грустно, что с нами уже нет этого человека, сохранившего еще немалый потенциал развития. Но он успел, успел многое!

*И.С. Зыкин,
доктор юридических наук, профессор, Академия внешней торговли,
заместитель Председателя МКАС при ТПП РФ*

Казалось, что Николай Николаевич Остроумов на кафедре был изначально, — настолько он выражал ее дух. Но человеком он был особым. После даже недолгого общения с ним становилось ясно, что есть в нем «второе», и «третье», и далее до бесконечности дно, проявляющееся далеко не сразу. Простая, милая, уютная, иногда даже свойская манера общения — но в какой-то момент ловишь себя на мысли, как безупречен (прямо-таки эталонен) язык, на котором с тобой перемолвились по какому-то пустяку. Легкий, ненавязчивый, опять-таки бытовой юмор — а уже чувствуется Диккенс (причем не в переводе, а в оригинале, где ощущаемы незаметные переливы из «стиля домашнего очага» в снайперски точные уколы сатиры, а потом обратно в атмосферу камелька и детской). Какие великолепные рассказывал он новеллы о бурной юности первоклассника! Почему так гомерически смешно — не сразу и поймешь, но от хохота не продохнуть. И тут же отрезвляющая нота, как сквознячок.

И в профессии можно было видеть эту неоднозначность. Николай Николаевич был человеком сложившихся и цельных научных взглядов. Мнение его было устоявшимся, и отклонения от него были, казалось, невозможны — столько было им вложено в создание и шлифовку научных позиций. Тема, которой занимался Николай Николаевич, не допускала расхлябанности: ответственность перевозчика — это не шутка, здесь прежде всего концепции, а уж потом тонкие модальности применения в свете конкретных особенностей. Видеть это нужно ясно и панорамно — приблизительность неуместна. И Николай Николаевич достиг в этом высот. Выступление на защите его докторской диссертации Александра Львовича Маковского, известного строгостью критериев и лазерным взглядом, произвело ошеломляющее впечатление. Суть сказанного укладывается в двух словах: «Остроумов — классик». Да, подумала я, вот это триумф, вот это признание — куда дальше-то работать после такого?

Но вот Николай Николаевич вскользь задает вопрос, касающийся оснований ответственности, задает недоверчиво и так же недоверчиво и скептически выслушивает мое мнение, говорит что-то вроде «не знаю, не знаю...», потом уходит, но я понимаю: его взгляды — не монолит. Он готов (если увидит смысл) сделать в них и трещинку. Не сейчас — это ясно, но, может быть, что-то будет зреть изнутри и потом пригодится. Когда будет выстраиваться новый монолит.

Интереснейшая личность! Шкатулка с секретом.

И вот его больше нет — и кафедра стала беднее.

*Е.И. Каминская,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры международного частного
и гражданского права им. С.Н. Лебедева
МГИМО (У) МИД России*

Информация для потенциальных авторов

К публикации в «Вестнике международного коммерческого арбитража» материалов различного характера (статей, комментариев, обзоров, рецензий) как на русском, так и на английском языке по тематике международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом, а также по связанным с ним вопросам (в том числе в контексте международного частного права, международного гражданского процесса, международного публичного права) приглашаются российские и зарубежные авторы.

Материалы для публикации на русском или английском языке следует направлять по электронной почте: info@arbitrationreview.ru. Передавая материал в журнал на рассмотрение, автор тем самым:

выражает согласие с правилами журнала, включая его стандарты публикационной этики, изложенными на его сайте: <http://arbitrationreview.ru>. Несоблюдение этих правил и стандартов влечет отказ в принятии материала;

подтверждает, что предлагаемый материал ранее нигде не публиковался, а также не представлен для рассмотрения и публикации в другом издании.

Вместе с тем *в исключительных случаях* ввиду особой ценности и актуальности материала в целях его более широкого распространения и продуктивного обсуждения по согласованию с авторами и (или) издателями и с их разрешения, а также с обязательным указанием соответствующих сведений допускается перепечатка отдельных текстов или их частей (прежде всего на английском языке), ранее опубликованных либо готовящихся к публикации в других журналах (книгах) или размещенных на Интернет-ресурсах, а также публикация их переводов на русский язык.

К направляемому в журнал авторскому тексту должны прилагаться следующие данные (на русском и английском языках): сведения об авторе(-ах); название материала; аннотация (около 200–250 слов) и ключевые слова (не менее 7); список литературы (перечень цитируемых источников с указанием страниц).

Сноскам, цитатам и списку литературы должно быть уделено особое внимание.

Рекомендуемый объем представляемого материала: для статей – от 40 000 до 60 000 знаков; для обзоров, комментариев, рецензий – менее 30 000 знаков. Вместе с тем редакция вправе не учитывать эти ограничения в свете общего высокого качества материала и его ценности для читателей.

Формат материала – файл, созданный в текстовом редакторе *Microsoft Word* (расширения *doc*, *docx*, *rtf*): основной текст – шрифт *Times New Roman*, кегль: 12, интервал: 1,0, абзацный отступ, установленный с помощью горизонтальной линейки: 1,25 см; сноски

(нумерация сквозная) – шрифт *Times New Roman*, кегль: 10, интервал: 1,0. Рекомендуемый стиль выделения – *курсив*. Допускается включение в основной текст схем, таблиц и графиков.

Для указания различных структурных единиц в тексте (при их наличии), а также их субординации рекомендуется использовать следующие обозначения:

- 1 уровень: 1., 2., 3., ... (арабские цифры, их выделение полужирным шрифтом);
- 2 уровень: 1.1., 2.1., 3.1., ... (арабские цифры, их выделение полужирным курсивом);
- 3 уровень: 1.1.1., 1.1.2., ... (арабские цифры, их выделение курсивом); и т.д.

Разделы «Введение» и «Заключение» (при наличии) включаются в нумерацию.

Не рекомендуется использовать элементы автоматического форматирования (нумерованные и маркированные списки, автоматические переносы, абзацные отступы, выполненные с помощью табуляции, и т.п.).

Подробнее с требованиями к оформлению авторских материалов, сведений об авторе(-ах), аннотаций, ключевых слов и списков литературы можно ознакомиться (с соответствующими примерами) на сайте журнала: <http://arbitrationreview.ru>.

Все представленные материалы, оформленные в соответствии с требованиями журнала, проходят процедуру обязательного анонимного (двойного слепого) рецензирования. По ее результатам в течение двух месяцев принимается одно из следующих решений, о котором незамедлительно уведомляется автор: о принятии материала к опубликованию; о принятии материала к опубликованию при условии доработки в отношении содержания и (или) формы; об отклонении материала.

Подлежащий доработке материал должен быть возвращен в предусмотренные сроки.

Принятые к публикации материалы могут подлежать редактированию.

Подробнее о порядке рецензирования и редактирования см. на сайте журнала: <http://arbitrationreview.ru>.

Каждый автор принятого к публикации материала может по желанию, уведомив об этом главного редактора, бесплатно получить печатный экземпляр номера журнала, в котором содержится данный материал.

Information for Potential Authors

We invite Russian and foreign authors to publish various materials (articles, comments, overviews and reviews) in the *International Commercial Arbitration Review*, both in Russian and in English, with respect to international commercial and investment arbitration in Russia and abroad as well as with regard to other issues connected with such arbitration (including those in the context of private international law, international civil litigation and international public law).

The materials in Russian or English for publication should be sent by email to:
info@arbitrationreview.ru.

By providing the material to the journal for consideration, the author:
expresses consent to the journal's rules, including the standards of publication ethics available on its website: <http://arbitrationreview.ru>. Failure to comply with those rules and standards will result in refusal to accept such material;

confirms that the material submitted has never been published before and has not been provided to any other edition for consideration and publishing.

At the same time, in exceptional cases, where the material is particularly valuable and topical, for the purpose of its wider dissemination and active discussion, it is allowed (by consent and with permission of the authors and/or the publishers and with mandatory indication of the respective data) to reprint separate texts or parts thereof (primarily in English) which have previously been published or are being prepared for publication in other journals (books) or which have been placed on the Internet, as well as to publish their translations into Russian.

The author's text sent to the journal should be accompanied by the following information (in Russian and in English): data about the author(s); the title of the material; annotation (approximately 200–250 words) and keywords (at least 7); references (list of cited sources with indication of the pages).

Special attention should be paid to footnotes, quotations and references.

Recommended length of the material provided: for articles – from 40,000 to 60,000 characters; for overviews, comments, reviews – less than 30,000 characters. At the same time the journal may waive these limitations in the light of the general high quality of the material and its value for readers.

Format of the material – *Microsoft Word* file (doc, docx, rtf extensions): principal text – Times New Roman font, size: 12, interval: 1.0, indentation set by the horizontal bar: 1.25 cm; footnotes (with continuous numbering) – Times New Roman font, size: 10, interval: 1.0. The recommended style of accentuation – *italics*. The inclusion of schemes, tables and diagrams in the principal text is permitted.

It is recommended to use the following figures for indicating various structural units within the text (if any) as well as for subordinates thereof:

Level 1: 1., 2., 3., ... (Arabic numbers in semi-bold font);

Level 2: 1.1., 2.1., 3.1., ... (Arabic numbers in semi-bold italics);

Level 3: 1.1.1., 1.1.2., ... (Arabic numbers in italics); *etc.*

The “Introduction” and “Conclusion” sections (if any) should be included in the numbering.

It is not recommended to use automated formatting elements (for numbered and marked lists, automated hyphenation, paragraph indentations by tabulation, *etc.*).

More information about the requirements for preparation of authors’ materials, data about the author(s), annotations, keywords and references is available (with relevant examples) on the journal website: <http://arbitrationreview.ru>.

All materials submitted which have been prepared in compliance with the journal’s requirements are subject to a mandatory anonymous (double-blind) peer-review procedure. Pursuant to its results one of the following decisions is made within two months with immediate notice to author: acceptance of the material for publishing; acceptance of the material for publishing subject to certain revisions regarding substance and/or style; dismissal of the material.

All revisions to be made should be returned within the scheduled time limits.

Materials accepted for publication may be subject to editing.

More information about the peer-review and editing procedures is available on the website of the journal: <http://arbitrationreview.ru>.

Each author of the material accepted for publication may at her/his discretion with prior notification to the Editor-in-Chief obtain free of charge a printed copy of the journal containing such material.