



№ 2/ЗП от «26» ноября 2014г.

**Утверждено**  
Решением правления НП «РЦСТР»  
26 ноября 2014г.

### **ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

по концептуальным вопросам проекта федерального закона  
«Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»,  
подготовленного Минюстом РФ, в редакции, по состоянию на 09.10.2014г.

Некоммерческое партнёрство «Российский центр содействия третейскому разбирательству», (далее – **РЦСТР**) объединяет известных и авторитетных специалистов в области третейского разбирательства (арбитража) в России.

Проанализировав проект федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – **Проект Закона**), который подготовлен Минюстом РФ, (редакция на 09.10.2014г.), Правление РЦСТР, констатирует, что и эта (последняя), редакция Проекта Закона, может быть поддержана только при условии приведения его концептуальных положений в соответствие с правовой природой, основными принципами и признанной практикой третейского разбирательства, в том числе и зарубежной.

О необходимости внесения в Проект Закона концептуальных изменений ранее уже было указано в замечаниях ГПУ Президента РФ, а также в замечаниях РЦСТР.

Однако последняя редакция Проекта Закона, подготовлена Минюстом РФ без учёта замечаний ГПУ Президента РФ, в которых было указано о недопустимости и нежелательности фактического подчинения третейских судов федеральным органам исполнительной власти, подведомственных Правительству Российской Федерации с наделением указанных органов многочисленными существенными полномочиями, влияющими на деятельность третейских судов (см., в частности, письмо ГПУ Президента Российской Федерации от 03 июля 2014 года №А6-6328).

При изложенных обстоятельствах считаем необходимым обратить внимание Правительства РФ, ГПУ Президента РФ, Комитета Государственной Думы РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, на следующие концептуальные недостатки Проекта Закона, а также на нижеприведённые предложения РЦСТР о приведении Проекта Закона в соответствие с правовой природой, основными принципами третейского разбирательства.

#### **1. О юридическом статусе постоянно действующего третейского суда (арбитража) (далее – ПДТС).**

Исходя из положений ст.2 и ст.44 Проекта Закона о ТС, постоянно действующие третейские суды (постоянно действующие арбитражные учреждения), выполняют только административные (организационные) функции, и поэтому создаются в виде

юридического лица в форме некоммерческой организации, за исключением ПДТС образованных в системе ТПП РФ.

Между тем, в положениях ст.2, «Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже» установлено, что «арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет.

Кроме того в пункте b) ст. I, "Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже" (заключена в г. Женеве 21.04.1961), указано, что термин "арбитраж" обозначает разбирательство споров как арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (арбитраж ad hoc), так и постоянными арбитражными органами.

В международной практике постоянный арбитраж (постоянный арбитражный орган) выполняет функции, которые могут быть отнесены к самому процессу (процедуре) третейского разбирательства, в частности функции, выполняемые ПДТС или от имени ПДТС, например: председателем ПДТС или коллегиальным органом ПДТС, если это предусмотрено правилами ПДТС или условиями третейского соглашения, такое право предоставлено, например, Международному арбитражному суду Международной Торговой Палаты (ИСС) в Париже, который в предусмотренных регламентом этого постоянно действующего третейского суда случаях, не предпринимая вопроса о допустимости или обоснованности возражения ответчика относительно существования, действительности или объёма арбитражного соглашения, имеет право решить вопрос о принятии дела к производству, если *prima facie* он сочтёт возможным существование арбитражного соглашения.

Исходя из практики авторитетных арбитражей, можно привести и другие примеры участия в процедуре третейского разбирательства самого ПДТС, как института, в том числе процессуальные функции секретариата, деятельность института докладчиков и т.д.

Таким образом, ПДТС является постоянным арбитражным органом и наделение ПДТС статусом юридического лица в форме некоммерческой организации, а также создание его с единственной целью «администрирование третейского разбирательства» не соответствует природе третейского разбирательства и является недопустимым.

По нашему мнению вопросы администрирования третейского разбирательства должны осуществляться не самим ПДТС, а юридическими лицами, при которых действует ПДТС (организаторы ПДТС).

### **Предлагаем:**

При подготовке Проекта Закона исходить из тезиса, о том, что третейский суд является институтом гражданского общества и является постоянным арбитражным органом (арбитражем), действующим при юридическом лице образовавшем соответствующий ПДТС.

## **2. О неоправданно чрезмерном вмешательстве государства в деятельность ПДТС, выходящим за пределы ограничений осуществления гражданских прав.**

Из положений п.п.2-7 ст.44 Проекта Закона о ТС следует, что деятельность постоянно действующих третейских судов контролируется государством в рамках трёх этапов:

- В рамках первого этапа деятельность ПДТС по существу разрешается (лицензируется) государством, путём выдачи Межведомственной экспертной

комиссией Министерства юстиции РФ разрешения на осуществление юридическим лицом – учредителем ПДТС соответствующей деятельности.

- В рамках второго этапа, ПДТС регистрируется Минюстом РФ в качестве некоммерческой организации. При этом Минюстом РФ вновь проводится проверка всех документов ПДТС, в том числе и регулирующих процедуру третейского разбирательства.

- В рамках третьего этапа ПДТС, как некоммерческая организация может быть ликвидирован по решению суда по заявлению, в том числе, и Минюста РФ.

Между тем, третейский суд (арбитраж) - это институт гражданского общества, в связи с чем его деятельность не может разрешаться государством или быть подконтрольной (подотчётной) государству.

В ч. 2 ст. 1 ГК РФ установлено, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и 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.

Представляется, что вопрос создания ПДТС не затрагивает основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов неопределённого круга лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Именно поэтому решения третейских судов обязательны только для сторон третейского разбирательства и приводятся в исполнение (легализуются) государственным (компетентным) судом.

Более того, при таком широком государственном контроле за деятельностью ПДТС, как он сформулирован в Проекте закона, происходит некое огосударствление третейских судов, поскольку Минюст РФ получает определённые властные полномочия в отношении третейских судов, что, в конечном счёте, может влиять и на решения ПДТС.

Такое вмешательство государства в деятельность третейских судов вряд ли вызовет доверие к третейскому разбирательству в России, не только у иностранных инвесторов, но и у российских предпринимателей.

Арбитраж (третейское разбирательство) признается формой защиты гражданских прав, а не формой правосудия и судопроизводства, как это установлено для государственных судов в связи, с чем разрешительная процедура деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения, а также избыточный государственный контроль, **выходящий за пределы ограничений осуществления гражданских прав**, необоснованно ограничивают гражданские права и способы их легитимной защиты.

Это противоречит целому ряду правовых позиций Конституционного Суда РФ, сформулированных, в частности в мотивировочной части Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П.

Более того, процедура выдачи государством разрешения в порядке, который указан в законопроекте, является сугубо оценочной, что создаёт почву для произвола и коррупции.

**На наш взгляд последующий контроль за ПДТС достаточно эффективно осуществляется государственными судами в рамках приведения в исполнение или оспаривания решений третейских судов.**

**Указанных возможностей судебного контроля за ПДТС вполне достаточно, для осуществления последующего контроля за ПДТС.**

Процедура государственного контроля должна осуществляться по прозрачным правилам, не выходящим за пределы вмешательства государства в частные дела.

При изложенных обстоятельствах не видим оснований и считаем излишним вводить в Проект закона как процедуру выдачи Минюстом РФ разрешений на осуществление учредителем ПДТС соответствующей деятельности, так и необходимость регистрации ПДТС в Минюсте РФ в качестве некоммерческой организации.

Вместе с тем, как следует из пояснительной записки к Проекту Закона такое чрезмерное вмешательство государства в частные дела при создании ПДТС («входящий контроль») обусловлено отдельными негативными явлениями, которые в настоящее время имеют место при создании ПДТС.

### **Предлагаем:**

Исходя из тезиса, о том, что третейский суд (арбитраж) является институтом гражданского общества, но в целях устранения отдельных негативных явлений при создании ПДТС, касающихся, прежде всего, названий и иной атрибутики ПДТС («входящий контроль»), считаем более правильным и вполне достаточным, при подготовке Проекта закона, исходить из следующего:

1. Обязательное ведение Верховным Судом Российской Федерации (ВС РФ) единого реестра ПДТС, образованных и осуществляющих деятельность в Российской Федерации с отражением данных реестра на интернет-сайте ВС РФ.

Реестр необходимо вести именно ВС РФ, поскольку именно государственные суды рассматривают вопросы оспаривания решений третейских судов или приведения в исполнение этих решений.

2. Регистрация ПДТС в вышеуказанном реестре должна носить уведомительный характер, с обязательным приложением к уведомлению всех организационных документов ПДТС и регистрационных документов организатора ПДТС.

3. ПДТС считается образованным с момента его регистрации в вышеуказанном реестре, при этом ВС РФ вправе рекомендовать организатору ПДТС устранить выявленные им недостатки в организационных документах ПДТС.

4. Название ПДТС может включать только следующие слова: «Арбитраж при...» (далее указывается краткое название юридического лица образовавшего ПДТС, как оно определено в ЕГРЮЛ)».

5. В целях устранения негативных явлений при создании ПДТС, законодательно установить, что третейское соглашение может быть признано недействительным судом в рамках отдельного производства по иску прокурора субъекта Российской Федерации или, например: Минюста РФ, либо по инициативе государственного суда в рамках производства по делу об оспаривании решения третейского суда или приведения в исполнение решения третейского суда, если название ПДТС не соответствует требованиям настоящего закона, или если судом будет установлено, что атрибутика, используемая ПДТС, может привести к позиционированию ПДТС, как государственной структуры.

Кроме того, суд в рамках отдельного производства по иску прокурора субъекта Российской Федерации или, например: Минюста РФ, вправе запретить деятельность ПДТС, если название ПДТС не соответствует требованиям настоящего закона, или если судом будет установлено, что атрибутика, используемая ПДТС, может привести к позиционированию ПДТС, как государственной структуры.

Судебный акт о запрете деятельности ПДТС может являться основанием для исключения ПДТС из реестра ПДТС, который ведётся ВС РФ.

Вышеуказанный перечень оснований для признания третейского соглашения недействительным и (или) запрета деятельности ПДТС является исчерпывающим.

6. Исключить из Проекта Закона положения, касающиеся обязательного получения организацией, образующей ПДТС, разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения, а, следовательно, и положения касающиеся порядка получения такого разрешения, а также положения касающиеся создания и деятельности экспертной комиссии, дающей согласие на выдачу такого разрешения.

7. Придать нормам законопроекта о создании ПДТС в форме НКО диспозитивный характер, сохранив возможность образования постоянно действующих третейских судов при организациях, перечень которых ограничивается и определяется нормами Проекта Закона.

8. Исключить из Проекта Закона положения, согласно которым решение о выдаче иностранному арбитражному учреждению разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения принимается в случае, если иностранное арбитражное учреждение обладает широко признанной международной репутацией, **поскольку это положение - также сугубо оценочная категория, что создаёт почву для произвола и коррупции.**

9. Внести в Проект Закона необходимые исправления, если текст законопроекта будет вступать в противоречие с вышеприведёнными поправками и изменениями.

### **3. Об организациях, которые могут выступать в качестве учредителя (организатора) ПДТС.**

Перечень организаций, которые могут выступать в качестве учредителя (организатора) ПДТС, сформулированный в Проекте Закона неоправданно сужает права участников гражданского оборота.

Так, очень редко некоммерческие организации (**примечание: это не касается торгово-промышленных палат**) имеют финансовую и иную возможность для надлежащего финансирования и иного обеспечения деятельности ПДТС.

Вместе с тем, полная самокупаемость в третейском разбирательстве может привести к негативным результатам, которые мы вынуждены констатировать в настоящее время на примере: «Арбитражного (третейского) суда города Москвы» или «Высшего арбитражного (третейского) суда РФ» и т.д., которые в погоне за прибылью готовы нарушить не только нормы права, но и любые принципы и обычаи.

Более того, некоммерческие организации могут, при определённых обстоятельствах, не отвечать тем целям, на которые направлено указанное положение Проекта Закона, в том числе целям борьбы с «карманными третейскими судами» или борьбы с негативными явлениями в третейском разбирательстве.

При изложенных обстоятельствах представляется недопустимым ограничивать права крупных и авторитетных коммерческих (предпринимательских) структур на организацию ПДТС.

Более того, если крупные и авторитетные коммерческие (предпринимательские) структуры будут содействовать развитию третейского разбирательства в России, то это, безусловно, будет положительным фактором.

При этом обнаруженный и установленный судом конфликт интересов, выходящий за пределы закона, может быть устранён компетентным судом при приведении в исполнение решения третейского суда.

Поддержка третейского разбирательства в России крупными коммерческими структурами поможет поднять этот институт на новый более качественный уровень.

### **Предлагаем:**

Изложить соответствующую норму Проекта Закона в следующей редакции:

«...В качестве учредителей (организаторов) постоянно действующих арбитражных учреждений в Российской Федерации могут выступать некоммерческие организации, участие которых в создании ПДТС и в обеспечении его деятельности соответствует их целям и задачам, торгово-промышленные палаты, организаторы торговли, осуществляющие свою деятельность в соответствии с Федеральным законом "Об организованных торгах", а также осуществляющие деятельность не менее десяти лет: общественные объединения предпринимателей или потребителей или открытые (публичные) акционерные общества, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Создание постоянно действующих арбитражных учреждений исключительно адвокатскими образованиями, адвокатскими палатами субъектов Российской Федерации и Федеральной палатой адвокатов, а также нотариальными палатами и Федеральной нотариальной палатой не допускается».

### **4. О порядке формирования состава третейского суда в ПДТС.**

Представляется, что предложенная в Проекте закона процедура формирования состава третейского суда в ПДТС, достаточно громоздкая, неоправданно затянута, бюрократизирована, а в отдельных случаях, выходит за рамки признанной во многих странах, в том числе и в России, практики третейского разбирательства.

Такая процедура сложна даже для специалистов в области третейского разбирательства, что говорить о предпринимателях.

Кроме того, вызывает серьёзные сомнения, установленная в законопроекте возможность выполнения государственными судами, в определённых случаях, следующих функций:

- назначения третейских судей,
- принятия окончательных решений об отводе третейских судей,
- прекращения полномочий третейского судьи.

В результате такого подхода усилится вмешательство государства в третейское разбирательство, а также возрастёт зависимость третейских судов от государства (произойдёт его «огосударствление»), появятся новые основания для недобросовестной стороны спора на процессуальные злоупотребления и затягивание времени рассмотрения спора, что снизит привлекательность этого способа разрешения гражданско-правовых споров.

Подобное решение искажает правовую природу третейского разбирательства как альтернативного способа разрешения гражданско-правовых споров, основанного на свободе договорных отношений при заключении третейских (арбитражных) оговорок сторонами, а также на доверии к третейским судьям (арбитрам). Именно поэтому правовое регулирование использования сторонами третейского разбирательства должно строиться на принципе недопустимости произвольного вмешательства государства в частноправовые отношения (частные дела).

Между тем, государство должно, прежде всего, обеспечить участникам третейского разбирательства гарантии возможности выбора арбитров, участия в судебном разбирательстве, а также соблюдения при третейском разбирательстве публичного порядка. Все это вполне возможно реализовать в рамках процедуры приведения арбитражного решения в исполнение.

Всё остальное должно относиться к свободе выбора сторонами спора варианта поведения в частноправовых отношениях.

Более того, назначение третейского судьи или решение вопроса об отводе третейского судьи, осуществлённое государственным судом, с использованием некоего списка, утверждённого Министерством юстиции РФ (государством), может поставить под сомнение независимость и беспристрастность самого государственного суда при приведении в исполнение решения, принятого назначенным этим же государственным судом арбитром.

Следует также отметить, что третейский судья, назначенный государственным судом, вряд ли может рассматриваться как третейский судья в том смысле, который придаётся этому институту, исходя из природы третейского разбирательства.

Вместе с тем, основополагающим принципом третейского разбирательства является, прежде всего, **принцип выборности арбитров** сторонами спора, а не принцип некоего административного формирования состава арбитров, который, тем не менее, может применяться, только если стороны об этом специально договорились или если стороны необоснованно уклоняются от избрания арбитра.

Более того, вопросы административного формирования состава арбитров, прежде всего, должны решаться общественными институтами, поскольку третейский суд – это институт гражданского общества.

При этом ещё раз обращаем внимание на то, что государство имеет достаточную возможность осуществлять допустимый контроль, за процедурой формирования состава третейского суда, независимостью арбитров на стадии приведения решения третейского суда в исполнение.

#### **Предлагаем:**

1. Исключить из Проекта Закона положения, касающиеся полномочия государственных судов участвовать в формировании состава третейских судей, в назначении третейских судей, а также рассматривать вопросы об отводе арбитров или о прекращении их полномочий.

2. Установить в Проекте Закона приоритет условий арбитражного соглашения в отношении выбора (назначения) как единоличного судьи, так и назначения сторонами арбитров (при арбитраже с тремя арбитрами).

При этом исходить из того, что если в третейском соглашении стороны не предусмотрели иное, то в ПДТС формирование состава третейского суда, рассмотрение вопроса об отводе арбитров или о прекращении их полномочий производятся в порядке, установленном только правилами ПДТС.

3. Установить в Проекте Закона, что правила ПДТС или условия третейского соглашения в любом случае должны обеспечить сторонам третейского разбирательства гарантии возможности выбора независимых арбитров в связи с чем не должны противоречить следующим императивным (обязательным) положениям Закона:

- При формировании состава третейского суда (арбитража), состоящего из трёх третейских судей (арбитров), каждая сторона избирает одного третейского судью (арбитра), а два избранных таким образом арбитра избирают третьего арбитра.

Если одна из сторон не избирает третейского судью (арбитра) в течение 10 дней после получения предложения об этом от другой стороны или от ПДТС или два избранных арбитра в течение 10 дней после их избрания не избирают третьего арбитра (председательствующего), то соответствующее назначение производится коллегиальным органом ПДТС.

- Если спор подлежит разрешению третейским судьёй (арбитром) единолично и после обращения одной стороны к другой или от ПДТС с предложением об избрании арбитра стороны в течение 10 дней не избирают арбитра, то соответствующее

назначение производится коллегиальным органом ПДТС.

- Коллегиальным органом ПДТС, также рассматриваются вопросы об отводе арбитра(ов) и вопросы о прекращении полномочий арбитра(ов).

- Решения принимаются коллегиальным органом ПДТС единогласно всеми членами этого органа.

Представляется, что такой подход в достаточной мере сможет обеспечить независимость и беспристрастность соответствующего решения коллегиального органа ПДТС.

4. Установить в Проекте Закона, что формирование коллегиального органа ПДТС производится в порядке, установленном правилами постоянно действующего третейского суда.

#### **5. Замечания по вопросам применения обеспечительных мер в третейском разбирательстве (ст. 17 Проекта Закона).**

Представляется, что формулировка норм Проекта Закона, касающихся обеспечительных мер в третейском разбирательстве не смогут обеспечить получение желаемого результата – обеспечение иска и имущественных интересов стороны третейского разбирательства.

Постановления и иные процессуальные акты третейского суда о принятии обеспечительных мер не являются обязательными для внесения соответствующих сведений в публичные реестры Российской Федерации, а, следовательно, заинтересованная «неисправная» сторона, ещё до рассмотрения спора в третейском суде, имеет реальную возможность вывода ликвидных активов, что затруднит, а возможно и не позволит исполнить решение третейского суда.

#### **Предлагаем:**

Изложить ст.17 Проекта Закона в следующей редакции:

«...Если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Третейский суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. Постановления и иные процессуальные акты третейского суда о принятии обеспечительных мер являются для сторон обязательными.

Обеспечительные меры могут быть также приняты государственным (компетентным) судом по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения имущества должника по процедуре установленной процессуальным законодательством РФ при принятии обеспечительных мер по делам, рассматриваемым государственным судом.

К заявлению стороны третейского разбирательства об обеспечении иска прилагаются заверенная председателем постоянно действующего третейского суда копия искового заявления, принятого к рассмотрению третейским судом, или нотариально удостоверенная копия такого заявления и соглашения о третейском разбирательстве».

#### **6. Об объективной беспристрастности ПДТС (ст.46 Проекта Закона).**

Положения ст.46 Проекта Закона в этой части содержат концептуальные ошибки и не могут быть поддержаны в предлагаемой редакции.



По нашему мнению Проект Закона должен обеспечить необходимыми правовыми средствами **независимость и беспристрастность именно состава арбитров по конкретному спору (конкретных физических лиц)**, которые принимают решение, как от сторон арбитражного разбирательства, так и от организаторов ПДТС, а также от третьих лиц, включая государственные учреждения и институты.

Тем более, заложенный в Проекте Закона подход, согласно которому объективная беспристрастность третейских судей зависит от того, кто является учредителем организации, при которой создан постоянно действующий третейский суд, **признан Конституционным Судом РФ не соответствующим Конституции РФ** (Постановление КС РФ от 18 ноября 2014 № 30-П).

### **Предлагаем:**

Переформулировать положения ст.46 Проекта Закона в части норм регулирующих вопросы объективной беспристрастности, исходя из того, что Проект Закона должен обеспечить необходимыми правовыми средствами **независимость именно и исключительно арбитров по конкретному спору**, как от сторон арбитражного разбирательства, так и от арбитражного учреждения, а также от третьих лиц, включая государственные учреждения и институты, имея при этом ввиду только отношения трудовой, административной и иной подчинённости или иной прямой зависимости, арбитров.

### **7.Об иных вопросах связанных с Проектом Закона.**

Законопроекты, о внесении изменений в иные законы, подготовленные Минюстом РФ в рамках реализации Проекта Закона, предусматривают внесение значительных изменений в Арбитражный процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Российской Федерации в части выполнения государственными судами соответствующих функций в сфере третейского разбирательства.

Поскольку в настоящее время принято решение завершить в 2015 году разработку Кодекса гражданского судопроизводства Российской Федерации, призванного полностью заменить ныне действующие процессуальные кодексы, **целесообразно увязать и синхронизировать доработку Законопроектов связанных с третейским разбирательством с подготовкой соответствующих разделов указанного единого процессуального Кодекса.**

Предлагается также не усекать компетенцию российских третейских судов в части рассмотрения международных инвестиционных споров, ограничив ее только спорами, возникающими в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории России (п. 3 ст. 1 новой редакции Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»).

Подобное ограничение лишает российских инвесторов и инвесторов из стран СНГ, осуществивших инвестиции за пределами России, возможности разрешить соответствующий инвестиционный спор на территории России, вынуждая их обращаться в зарубежные арбитражи, решения которых могут быть политически мотивированными (в частности, признание правомерности санкций США и ЕС против Российской Федерации и т.п.).

С учетом изложенного представляется необходимой доработка Законопроектов связанных с реформированием третейского разбирательства в России, до, а при

необходимости, и после их внесения Правительством Российской Федерации в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации с созданием рабочей группы с участием представителей Администрации Президента Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, авторитетных российских экспертов по указанной проблематике, в том числе экспертов Российского центра содействия третейскому разбирательству.

**Председатель Правления  
НП «Российский центр содействия третейскому разбирательству»**

\_\_\_\_\_ /**Андрей Евгеньевич Шерстобитов**