



**КУРБАТОВ
АЛЕКСЕЙ ЯНОВИЧ**

профессор кафедры
предпринимательского
права НИУ ВШЭ, доктор
юридических наук

РЕФОРМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ СОХРАНЯЮТСЯ

Автор обращает внимание на то, что в настоящее время выработан неверный подход к реформе законодательства о третейском разбирательстве, который может повлечь ряд негативных последствий и бессмысленность выработанных на его основе предложений.

Ключевые слова: третейское разбирательство, третейский суд, арбитраж

Характеристика подхода к реформе законодательства о третейском разбирательстве

Начало реформе законодательства о третейском разбирательстве было положено практикой Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Однако выработанный при этом подход к решению вопросов беспристрастности третейских судей, суть которого заключается в связывании беспристрастности третейских судей с аффилированностью одной из сторон в споре и организации, создавшей третейский суд, был основан на подмене понятий, ведь беспристрастность может отсутствовать или присутствовать только у третейского судьи, а не у третейского суда как организации. В результате вопрос о

беспристрастности третейских судей стал решаться арбитражными судами через действительность или недействительность третейской (арбитражной) оговорки, т.е. смешиваться с вопросом о компетенции третейского суда¹.

На подмене понятий основаны и ссылки Президиума ВАС РФ на решения Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), в которых речь идет опять же о характеристике положения судьи как личности, о недопустимости для него одновременного выполнения функций стороны и судьи, а также нахождения в

¹ См.: Постановления Президиума ВАС РФ от 24.05.2011 № 17020/10 по делу № А55-11220/2010, от 28.06.2011 № 1308/11 по делу № А40-15962/10-104-120 и от 22.05.2012 № 16541/11 по делу № А50-5130/2011.

служебном подчинении от одной из сторон спора². Иными словами, в постановлениях ЕСПЧ понятие «беспристрастность третейских судей» в объективном (связывается прежде всего с формированием состава суда) и субъективном значении (связывается с личными убеждениями) используется применительно к третейским судьям, а не к третейскому суду как организации.

Кроме того, следует обратить внимание, что в них говорится, во-первых, о государственных судах, а во-вторых, о публичных отношениях, из которых возникают споры, не являющиеся по российскому законодательству арбитрабельными, т.е. не подлежащие разрешению третейскими судами.

К сожалению, на этом подходе основан разработанный Министерством юстиции РФ проект федерального закона, который сначала назывался «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», а в последней редакции получил название «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Законопроект).

Безусловно, положительным моментом разработки Законопроекта является перенос решения вопросов развития третейского разбирательства из судебной практики в рамки законотворческого процесса. Это даст возможность, во-первых, принять участие в обсуждении Законопроекта всем заинтересованным лицам и, во-вторых, тщательно проработать все аспекты, связанные с третейским разбирательством.

Отрицательное влияние практики Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ проявилось в том, что в Законопроекте основное регулирование направлено на третейские суды как организации (в контексте Законопроекта это постоянно действующие арбитражные учреждения), а не на совершенствование процедур формирования состава третейского суда и проведения третейского разбирательства. Решение связанных с этими двумя процедурами вопросов, наоборот, растягивается во времени и усложняется. В качестве примера можно привести установление

двухмесячного срока для назначения арбитров (третейских судей), если иное не предусмотрено соглашением сторон спора (п. 3 ст. 11 Законопроекта). При этом следует обратить внимание, что речь идет о соглашении сторон спора, а не о регламенте третейского суда.

Такой подход неизбежно повлечет ряд негативных последствий и неэффективность выработанных на его основе предложений, поскольку одно из основных правил правового регулирования заключается в том, что невозможно решать частные проблемы при нерешенности общих концептуальных вопросов.

Причиной его появления стала неверная посылка (основание для выводов), в свою очередь оказавшаяся следствием недостаточного учета правовых позиций Конституционного Суда РФ и законодательного регулирования. Нельзя не отметить и игнорирование более чем двадцатилетнего положительного опыта третейского разбирательства в России.

Неверная посылка для выработки подхода к реформе законодательства о третейском разбирательстве

Международный опыт свидетельствует о том, что, помимо прямо установленных нормативных ограничений, в целях обеспечения своей беспристрастности сам третейский судья (арбитр) при наличии определенных обстоятельств в зависимости от их вида должен отказаться от участия в третейском разбирательстве либо заявить о них в заседании, чтобы сторона в споре могла их учесть при решении вопроса о заявлении отвода.

В частности, в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее — МКАС) с учетом зарубежного опыта и российской практики третейского разбирательства такой подход не только принят, но и отражен в Правилах о беспристрастности и независимости третейских судей³, которые рекомендуются к применению к третейским разбирательствам, прово-

² См.: постановления ЕСПЧ от 24.05.1989 по делу *Hauschildt v. Denmark*, от 13.11.2007 по делу *Driza v. Albania*, от 22.10.1984 по делу *Sramek v. Austria*.

³ Утверждены приказом президента ТПП РФ от 27.08.2010 № 39. URL: www.tpprf-mkas.ru/ru/documents (дата обращения: 14.10.2014).

димым не только МКАС, но и иными третейскими судами на территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1 Правил).

Получается, что в данном случае значение придается таким характеристикам третейского судьи, как честность и порядочность, которые не могут зависеть от того, при какой организации создан третейский суд. Без придания значения личностным качествам третейских судей при третейском разбирательстве обойтись невозможно, поскольку любой правовой институт можно использовать как во благо, так и во вред. Например, выбор третейского судьи не из списка, предложенного третейским судом, с одной стороны, дает стороне в споре возможность поручить рассмотрение дела человеку, которому она доверяет, а с другой — наоборот, позволяет выбрать человека, который будет всячески затягивать рассмотрение дела (через выбор председательствующего, назначение дела к слушанию и т.д.).

Неверность посылки, на которой основываются решения Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ и Законопроекта, заключается в том, что беспристрастность третейского судьи связывается ими с тем, с какой организацией, создавшей постоянно действующий третейский суд, он вступит в отношения (в каком третейском суде согласится участвовать в третейском разбирательстве в качестве третейского судьи).

Если постоянно действующий третейский суд создан некоммерческой организацией, то третейский судья изначально будет беспристрастным, а если коммерческой — то нет. При этом не имеет значения, выбран третейский судья одной из сторон спора или назначен.

Правовые позиции Конституционного Суда РФ о третейском разбирательстве

Законопроектом по сути предлагается ввести разрешительную систему создания третейских судов с активными полномочиями государственных судов по формированию состава третейского суда. Это выражается:

— в придании постоянно действующим арбитражным учреждениям (третейским судам как организациям),

выполняющим функции по администрированию арбитражного разбирательства, статуса юридического лица в форме некоммерческой организации (кроме третейских судов при торгово-промышленных палатах) и, соответственно, в требовании о государственной регистрации создания такой некоммерческой организации в установленном для некоммерческих организаций порядке;

— в необходимости получения разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения, которое будет выдаваться Министерством юстиции РФ (п. 1 ст. 44 Законопроекта);

— в наделении государственных судов в определенных случаях полномочиями назначать третейских судей (п. 3 и 4 ст. 11 Законопроекта), а также принимать окончательные решения об отводе третейских судей (п. 3 ст. 13), прекращении полномочий третейского судьи (п. 1 ст. 14) и о компетенции третейского суда (п. 3 ст. 16), если стороны третейского разбирательства своим соглашением не исключат эти полномочия.

В то же время в Постановлении Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 2 ст. 1 Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, ст. 28 Федерального закона „О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним“, п. 1 ст. 33 и ст. 51 Федерального закона „Об ипотеке (залоге недвижимости)“ в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» были закреплены следующие правовые позиции Конституционного Суда РФ:

— третейское разбирательство относится 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» (абз. 5 п. 2 мотивировочной части);

— «стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно



соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда. В таких случаях право на судебную защиту... обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заявления об отмене решения третейского суда либо о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда» (абз. 9 п. 2 мотивировочной части);

— «третейское разбирательство является альтернативным способом разрешения гражданско-правовых споров, основанным на свободе договорных отношений при заключении третейских (арбитражных) оговорок сторонами, а также на выборе третейских судей (арбитров). Соответственно, правовое регулирование использования сторонами третейского разбирательства должно строиться на принципе недопустимости произвольного вмешательства в частноправовые отношения (частные дела)» (абз. 2 п. 3.1 мотивировочной части).

Более высокой степенью вмешательства государства в частноправовые отношения, чем установление разрешительного порядка, да еще с активными полномочиями государственных органов, является только полный запрет осуществления той или иной деятельности. Не говоря уже о том, что судья, назначенный государством, не может называться третейским.

Следует напомнить, что правовые позиции Конституционного Суда РФ содержат результаты официального толкования Конституции и являются обязательными. При этом они имеют приоритет перед правовыми позициями ЕСПЧ, которые представляют собой результаты толкования этим судом Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней (в частности, п. 1 ст. 32), являющихся составной частью российской правовой системы, но не обладающих более высокой юридической силой на территории России. Это прямо следует из ч. 1 и 4 ст. 15 Конституции, а также из Постановления Конституционного Суда РФ от 06.12.2013 № 27-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 11 и п. 3 и 4 ч. 4 ст. 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда», согласно которому в случае, если суд общей юрисдикции при-

дет к выводу о невозможности исполнения постановления ЕСПЧ без признания не соответствующими Конституции РФ законоположений, относительно которых ранее Конституционный Суд РФ констатировал отсутствие нарушения ими конституционных прав заявителя в конкретном деле, он правомочен приостановить производство и обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этих законоположений (п. 1 резолютивной части).

Законодательное регулирование третейского разбирательства

Закрепленными в законе принципиальными моментами, которые в данном случае необходимо учитывать, являются:

- 1) разделение вопросов образования третейского суда и обеспечения беспристрастности третейских судей;
- 2) неприменимость понятия аффилированности к третейским судам как организациям и к их деятельности. При этом необходимо обратить внимание, что в Законопроекте использовано понятие не аффилированности, а подконтрольности, что снимает вопрос об искажении первого понятия, но создает правовую неопределенность, способную превратить третейское разбирательство исключительно в выявление контролирурующих и контролируемых лиц.

1. Разделение вопросов образования третейского суда и обеспечения беспристрастности третейских судей.

Действующий Федеральный закон от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах) четко различает вопросы образования третейского суда как организации (ст. 3) и формирования состава третейского суда из третейских судей для разрешения конкретного спора (ст. 10).

Согласно ст. 3 Закона постоянно действующие третейские суды могут быть созданы при любом юридическом лице. Исключение составляют федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления. Для создания третейского суда требуется утверждение

определенных документов (решение об образовании постоянно действующего третейского суда, положение о нем, список третейских судей) и направление их в государственный суд. А вот беспристрастность третейских судей обеспечивается другими мерами.

В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона о третейских судах третейским судьей избирается (назначается) физическое лицо, способное обеспечить беспристрастное разрешение спора, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи.

Таким образом, в третейских судах беспристрастность судей обуславливается тремя моментами:

- отсутствием заинтересованности в исходе дела;
- независимостью от сторон;
- согласием судьи.

Первый момент в части материальной заинтересованности обеспечивается за счет того, что в отличие от судей государственных судов третейские судьи не получают зарплаты от третейского суда. Отношения между третейским судьей и третейским судом возникают на время и только по поводу рассмотрения конкретного дела. На основании п. 2 ст. 13 Закона о третейских судах полномочия третейского судьи прекращаются после принятия решения по конкретному делу. Отношения между организацией, создавшей третейский суд, и третейским судьей методом исключения можно отнести к гражданско-правовым, возникающим из договора, который заключается путем направления предложения участвовать в рассмотрении дела и дачи согласия на это третейским судьей. Помимо того что такое согласие выступает акцептом, оно одновременно служит подтверждением со стороны третейского судьи его беспристрастности.

2. Неприменимость понятия аффилированности к третейским судам как организациям и к их деятельности.

Аффилированность, в том числе в силу принадлежности к одной группе лиц, в российском праве связы-

вается только с оказанием влияния на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность (ст. 4 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»).

При этом в ряде случаев она касается только определенных организационно-правовых форм. Например, право давать обязательные для исполнения указания влечет принадлежность к группе лиц и, соответственно, аффилированность только применительно к хозяйственному обществу, товариществу или партнерству. Назначение или избрание единоличного исполнительного органа — только к хозяйственному обществу или партнерству (п. 3 и 5 ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»).

Следует также отметить, что аффилированность сама по себе не является правонарушением и, значит, не может служить основанием недействительности сделки (третейского соглашения). Аффилированность порождает определенные обязанности, например по предоставлению информации. Правонарушением является несоблюдение этих обязанностей.

В то же время третейские суды как организации выполняют публичные функции, в обоснование чего можно привести следующие доводы:

— согласно ст. 11 Гражданского кодекса РФ третейские суды, наряду с государственными судами, осуществляют защиту гражданских прав, хотя в систему государственных судов не входят и правосудие не управляют;

— это подтверждено Конституционным Судом РФ (см. абз. 7 п. 2 мотивировочной части Постановления от 26.05.2011 № 10-П);

— исполнение решения третейских судов обеспечивается принудительной силой государства без проверки по существу (ст. 45 и 46 Закона о третейских судах);

— третейский суд как организация не может отказаться организовать рассмотрение дела. Вопрос о компетенции третейского суда рассматривается



третейскими судьями (ст. 17 Закона о третейских судах).

Понятие подконтрольности, которое предлагается использовать в Законопроекте, в российском законодательстве имеет целый ряд значений в зависимости от вида отношений (административные, трудовые, корпоративные и др.). Подконтрольность — это также не правонарушение. Поэтому замена аффилированности на подконтрольность ничего позитивного не дает, но зато усиливает правовую неопределенность.

Негативные последствия подхода к реформе законодательства о третейском разбирательстве

Неверный подход к реформе законодательства о третейском разбирательстве повлечет целый ряд негативных последствий. Отметим основные из них:

- 1) создание административных коррупционных барьеров;
- 2) искажение сути деятельности третейского суда как организации;
- 3) уничтожение важных юридических гарантий беспристрастности третейских судей;
- 4) превращение третейского разбирательства в выявление контролирующих и контролируемых лиц;
- 5) создание условий для увеличения третейского сбора и, как следствие, для непривлекательности третейского разбирательства;
- 6) нарушение принципа равенства всех перед законом.

1. Создание административных коррупционных барьеров.

В п. 5 ст. 44 Законопроекта предлагается установить, что решение о выдаче арбитражному учреждению разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения принимается по результатам анализа того, насколько

его деятельность будет способствовать развитию в Российской Федерации третейского разбирательства, укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики делового оборота.

Решение о выдаче или об отказе в выдаче такого разрешения принимается Межведомственным экспертным советом, формируемым Министерством юстиции РФ, в зависимости от выполнения арбитражным учреждением совокупности требований, в том числе если:

— его деятельность будет способствовать более широкому применению в РФ арбитража, укреплению законности, становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию этики делового оборота;

— арбитры, давшие согласие на включение в рекомендованный список постоянно действующего арбитражного учреждения, обладают высоким профессиональным авторитетом;

— репутация учредителей (участников) постоянно действующего арбитражного учреждения, масштаб и (или) характер его (их) деятельности позволят обеспечить высокий уровень организации деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения (в том числе в части финансового обеспечения его создания и деятельности соответствующего учреждения).

Однако, во-первых, эти требования исходят из целесообразности, которую в принципе недопустимо рассматривать как основание для отказа в государственной регистрации или выдаче разрешений на деятельность.

Во-вторых, это сугубо оценочные категории, что всегда создает почву для произвола и коррупции.

То же самое касается п. 6 ст. 44 Законопроекта, согласно которому решение о выдаче иностранной организации разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения на территории РФ принимается Межведомственным экспертным советом, если указанное учреждение обладает широко признанной международной репутацией.

2. Искажение сути деятельности третейских судов как организаций.

В п. 1 ст. 44 Законопроекта предусматривается придание постоянно действующим арбитражным учреждениям (третейским судам как организациям), выполняющим функции по администрированию арбитражного разбирательства, статуса юридического лица в форме некоммерческой организации. Кроме того, предлагается рассматривать третейское разбирательство как оказание неких услуг в связи с арбитражем (см., например, название ст. 45 Законопроекта: «Правила арбитража и правила оказания услуг в связи с арбитражем»).

В то же время под «образованием постоянно действующего третейского суда» Закон о третейских судах понимает не создание и тем более не регистрацию какой-либо специальной организации, а обособление одного из видов деятельности организации, которая имеет статус юридического лица и создает третейский суд. Постоянно действующий третейский суд как организация на основании соглашения сторон формирует состав третейского суда для разрешения спора и организует разбирательство дела. Участие в гражданском обороте не является целью деятельности третейского суда, так что статус юридического лица ему не нужен.

В доктрине решение третейского суда квалифицируется как особого рода соглашение, заключенное третейскими судьями по поручению сторон, а не как исполнение договора на оказание услуг между третейским судом как организацией и сторонами.

3. Уничтожение важных юридических гарантий беспристрастности третейских судей.

Придание постоянно действующим арбитражным учреждениям (третейским судам как организациям) статуса юридического лица в форме некоммерческой организации устраняет важнейшую гарантию независимости и беспристрастности третейских судей (арбитров).

Отношения третейских судей с организацией, при которой действует третейский суд, возникают из договора, который такая организация обязана

заключить в силу делегирования сторонами спора полномочий третейским судьям путем выбора и незаявления отвода (отклонения).

Получается, что стороны спора не состоят в прямых отношениях с организацией, при которой действует третейский суд, а третейские судьи не состоят в отношениях с третейским судом как организацией. Это две из ряда гарантий беспристрастности третейских судей в действующем законодательстве.

Отсутствие отношений вообще и отношений подчинения в частности третейских судей с третейским судом делает порядок назначения председателя третейского суда и порядок решения других организационных вопросов деятельности третейских судов как организаций юридически не имеющими значения для обеспечения беспристрастности третейских судей.

Причем немаловажно то, что третейский судья может в любой момент отказаться от участия в третейском разбирательстве.

4. Превращение третейского разбирательства в выявление контролирующих и контролируемых лиц.

В ст. 46 Законопроекта предлагается закрепить, что «постоянно действующим арбитражным учреждениям запрещается администрировать арбитраж, в котором его участники или их контролирующие и контролируемые лица выступают в качестве стороны арбитража, если участники постоянно действующего арбитражного учреждения, а также их контролирующие и контролируемые лица входят в состав органов постоянно действующего арбитражного учреждения, принимающих какие-либо решения в связи с администрированием спора (за исключением случаев, когда в состав таких органов входят все стороны спора или контролирующие их (контролируемые ими) лица)».

Во-первых, это трудно понимаемая формулировка, что только усиливает правовую неопределенность. Например, является ли член ассоциации юридических лиц, представитель юридического лица, его близкий родственник, занимающий руководящую должность в представляемом лице, контро-



лирующим или подконтрольным лицом? В данном случае речь идет о специфических отношениях по защите прав с участием третейских судей, поэтому вряд ли можно будет применять по аналогии понятия контролирующих и контролируемых лиц из банковского законодательства или законодательства о рынке ценных бумаг. В любом случае все сведется к оценке конкретной ситуации применительно к отдельному третейскому разбирательству.

Во-вторых, подобный подход сделает практически невозможным принятие арбитражных решений без риска их отмены, поскольку все арбитражные учреждения объективно будут как-то связаны хотя бы с одной из сторон третейского разбирательства (есть учредители третейского суда, их учредители, работники этих организаций, контрагенты, родственники работников и т.д.). Третейское разбирательство превратится в выяснение этих связей.

Все это на руку недобросовестным участникам гражданского оборота. Как свидетельствует анализ арбитражной практики по делам об отказе в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов либо об оспаривании решений третейских судов (связанной с применением выработанного Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ подхода), ответчиками, как правило, являются лица, не желающие исполнять свои обязательства и не имеющие никаких серьезных аргументов в свою пользу по существу спора. Мало того, чаще всего они не оспаривали компетенцию третейского суда до рассмотрения спора, не выбирали третейских судей и не заявляли отводов назначенным третейским судьям, но тем не менее после вынесения решения не в их пользу начинали оспаривать третейскую (арбитражную) оговорку по основаниям, касающимся статуса третейского суда.

5. Создание условий для увеличения третейского сбора и, как следствие, для непривлекательности третейского разбирательства.

Придание постоянно действующим арбитражным учреждениям (третейским судам как организациям) статуса юридического лица в форме некоммерческой организации, а также создание комитета по назначениям с проведением выбора и ротации его членов, как это предусмотрено п. 3 и 4 ст. 47 Законопроекта, увеличит расходы на деятельность

третейского суда как организации (например, на содержание штата, на составление отчетности, оплату дополнительных услуг и т.д.), которые неизбежно найдут выражение в увеличении третейского сбора.

Нетрудно предположить, что это сделает третейское разбирательство в России непривлекательным и **неконкурентоспособным** по сравнению с рассмотрением дел государственными судами.

6. Нарушение принципа равенства всех перед законом.

В п. 10 ст. 52 Законопроекта закреплено, что требования об обязательности создания постоянно действующего арбитражного учреждения в качестве юридического лица не распространяются на Международный коммерческий арбитражный суд и Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате РФ, а также на иные постоянно действующие арбитражные учреждения (третейские суды) при Торгово-промышленной палате РФ и иных торгово-промышленных палатах.

Помня о специфике рассмотрения споров с иностранным элементом, в частности обязательном учете Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» и принятых на основании него других документов, существование двух законов, регулирующих третейские разбирательства (внутреннее и с иностранным элементом), можно признать оправданным.

Однако совершенно неоправданно то, что требования о приобретении статуса третейского суда и права осуществлять третейское разбирательство для одних устанавливаются, а для других — исключаются. И тем более необоснованным является разделение третейских судов при торгово-промышленных палатах и третейских судов при других организациях.

Также непонятно, исходя из каких критериев сделано исключение для бирж, которым в отличие от других коммерческих организаций разрешено выступать учредителями третейских судов (п. 2 ст. 44 Законопроекта). В чем юридическое преимущество бирж по отношению к иным коммерческим организациям в данном случае?

Неэффективность подходов к реформе законодательства о третейском разбирательстве

Основной причиной начала реформы законодательства о третейском разбирательстве стали отдельные случаи злоупотреблений при проведении третейских разбирательств. Соответственно, Законопроект прежде всего должен устранить возможность их появления. Однако уже сейчас ясно, что предлагаемые им подходы не будут эффективными. Примерами таких подходов являются требования:

1) о том, что в качестве учредителей постоянно действующих арбитражных учреждений (третейских судов как организаций) могут выступать только некоммерческие организации;

2) о получении разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения. При этом вопросы создания третейских судов для решения конкретных споров (*ad hoc*) Законопроектом регулировать не предполагается. И это не случайно, поскольку к ним разрешительный порядок создания и деятельности неприменим исходя из их сущности.

1. То, что в качестве учредителей постоянно действующих арбитражных учреждений (третейских судов как организаций) могут выступать только некоммерческие организации, закреплено в п. 2 ст. 44 Законопроекта.

Однако это ограничение будет означать только то, что коммерческая организация, желающая создать третейский суд, должна будет сначала создать некоммерческую организацию, например учреждение, а затем уже третейский суд. Несколько коммерческих организаций, допустим основное и дочерние общества, могут создать ассоциацию (союз), а затем третейский суд. Это запутает потенциальных участников третейского разбирательства, поскольку в названии третейского суда и его локальных актах наименования фактически создавших их организаций никак фигурировать не будут.

Кроме того, так и остается нерешенным обозначенный выше вопрос о сделанном с нарушением принципа

равенства всех перед законом исключения в отношении бирж (п. 2 ст. 44 новой редакции Законопроекта), которые являются коммерческими организациями (ст. 5 Федерального закона от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах»), но при которых все же создаются третейские суды (арбитражные комиссии) для рассмотрения достаточно специфической категории споров.

Следует обратить внимание на логическое противоречие. Зависимость некоммерческих организаций от их учредителей или членов, напрямую их финансирующих и зачастую являющихся основным источником финансирования, гораздо более сильная, чем зависимость дочерних коммерческих организаций от основных.

2. Требование о получении наряду с регистрацией в качестве некоммерческой организации разрешения на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения содержится в п. 3 ст. 44 Законопроекта.

Здесь не учтено, что стороны споров могут в неограниченном количестве создавать третейские суды для решения конкретных споров (*ad hoc*), которые, строго говоря, отличаются от постоянно действующих третейских судов только тем, что в них третейские судьи (арбитры) всегда выборные и нет заранее утвержденных регламентов. Любая организация, в том числе коммерческая, может негласно оказывать содействие сторонам третейского разбирательства в создании таких третейских судов для решения конкретных споров (*ad hoc*) с применением регламента любого легально действующего третейского суда и при этом никак не фигурировать в материалах дела. Так что недобросовестные участники имущественного оборота при необходимости легко обойдут все ограничения.

|| Таким образом, подготовленный Минюстом России Законопроект, несмотря на его доработку, является шагом назад даже по отношению к действующему законодательству.

Во-первых, он создает не препятствия для уже возникших в практике злоупотреблений (все предлагаемые им требования при желании легко



обходятся), а целый ряд негативных последствий для третейского разбирательства в России.

Во-вторых, он создает возможности для затягивания процесса недобросовестными участниками гражданского оборота: например, через отказ заключать соглашения с другой стороной спора, что влечет необходимость обращаться к государственным судам для решения процедурных вопросов, через инициирование рассмотрения вопроса о контролируемых и контролирующих лицах в рамках третейского разбирательства либо дел о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов и об отмене решений третейских судов.

Беспристрастность третейских судей должна обеспечиваться через совершенствование процедур их выбора (назначения), отвода, через установление обязанности взять самоотвод при наличии определенных обстоятельств или заявить об их наличии. Необходимы законодательно закрепленный перечень обстоятельств, безусловно свидетельствующих об отсутствии беспристрастности, и обстоятельств, требующих раскрытия, а также их привязка к возможности отказа в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов либо к отмене решений третейских судов, т.е. придание этим обстоятельствам юридического значения.