

ТРЕТЕЙСКОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО КАК МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ИНВЕСТОРОВ: О НЕРЕШЕННЫХ ПРОБЛЕМАХ

В. П. Скобелев

*Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь, s_v_p@tut.by*

Автор показывает, что правовое регулирование вопросов, связанных с формированием состава третейского суда, страдает рядом недостатков. Для их устранения предлагается заимствовать в Закон «О третейских судах» подходы к формированию состава третейского суда, реализованные в отношении международного коммерческого арбитража, а именно: стороны должны иметь возможность своим третейским соглашением регулировать порядок формирования состава третейского суда независимо от вида последнего (является третейский суд институциональным или *ad hoc*); механизм формирования состава третейских судей должен быть единым независимо от вида третейского суда, при этом если состав включает в себя трех третейских судей, каждая сторона должна избирать (независимо от другой стороны) по одному третейскому судье, а избранные таким образом двое третейских судей избирать третьего третейского судью; формирование состава третейского суда должно происходить на стадии возбуждения дела и стадии подготовки дела к рассмотрению в судебном заседании; необходимо предусмотреть механизмы содействия формированию состава третейского суда со стороны третьих лиц, если стороны (или избранные сторонами третейские судьи) не совершают (уклоняются от совершения) необходимых действий по формированию состава третейского суда.

Ключевые слова: инвестор; третейское разбирательство; третейский суд; третейский судья; состав третейского суда; формирование состава третейского суда.

Одним из механизмов защиты имущественных прав инвесторов выступает третейское разбирательство, регламентированное Законом Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. № 301-З «О третейских судах» (далее – Закон о ТС). Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 53-З «Об инвестициях» (далее – Закон об инвестициях) прямо не указывает на возможность использования Закона о ТС для целей защиты имущественных прав инвесторов, в ч.3 ст. 13 Закона об инвестициях прописаны несколько иные третейские механизмы – рассмотрение инвестиционного спора в арбитражном суде *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ или в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров.

Вместе с тем ч. 4 ст. 13 Закона об инвестициях гласит, что если международным договором Республики Беларусь и (или) договором, заключенным между инвестором и Республикой Беларусь, установлено иное в отношении разрешения инвестиционных споров, то применению подлежат положения этих международного договора Республики Беларусь и (или) договора, заключенного между инвестором и Республикой Беларусь. Очевидно, что как международный договор Республики Беларусь, так и гражданско-правовой договор между Республикой Беларусь и инвестором может предусматривать обращение заинтересованной стороны в третейский суд, подпадающий под действие Закона о ТС, с целью защиты своих интересов.

В ст. 35 Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 63-З «О концессиях» содержатся положения, аналогичные тем, что закреплены в ст. 13 Закона об

инвестициях, а значит, использование третейского разбирательства для разрешения споров из концессионных договоров тоже не исключается. Наконец, норма общего плана о возможности защиты гражданских прав в третейском суде, предусмотрена п. 1 ст. 10 ГК: «Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляют суд общей юрисдикции, третейский суд (далее – суд) в соответствии с подведомственностью, установленной процессуальным законодательством, а в предусмотренных законодательством случаях – в соответствии с договором».

Закон о ТС достаточно подробно регулирует все вопросы, связанные с применением третейской формы защиты гражданских прав. Вместе с тем некоторые моменты остаются в Законе о ТС пробельными или не вполне удачно урегулированными (порядок формирования состава третейского суда, последствия неизбрания третейских судей сторонами, определение третейским судом своей компетенции на рассмотрение спора и пр.). Подобные огрехи нормотворчества способны негативным образом сказаться на привлекательности третейского разбирательства для инвесторов, а потому требуют выявления, изучения и последующего устранения законодательным образом.

В ч. 1 ст. 14 Закона о ТС закреплено, что «формирование состава постоянно действующего третейского суда производится в порядке, установленном настоящим Законом и регламентом постоянно действующего третейского суда, а третейского суда для разрешения конкретного спора – в соответствии с настоящим Законом и третейским соглашением». Как видно, Закон о ТС не разрешает сторонами определять третейским соглашением порядок формирования состава постоянно действующего третейского суда, что вряд ли оправдано.

Во-первых, подобный запрет не согласуется с положениями ч. 2 ст. 14 Закона о ТС, которая предусматривает, что «количество третейских судей для разрешения спора определяется регламентом постоянно действующего третейского суда, третейским соглашением и должно быть нечетным». Из общего контекста данной нормы следует, что третейским соглашением стороны могут определять количественный состав не только третейского суда *ad hoc*, но и постоянно действующего третейского суда. Определение же количественного состава третейских судей – одна из составляющих порядка формирования третейского суда.

Во-вторых, формированию состава постоянно действующего третейского суда в Законе о ТС посвящена фактически только одна-единственная (если не считать упомянутого положения ч. 2 ст. 14 Закона о ТС) небольшая норма: «Формирование состава третейского суда для третейского разбирательства в постоянно действующем третейском суде производится путем избрания третейских судей сторонами» (ч. 3 ст. 14 Закона о ТС). В Типовом регламенте постоянно действующего третейского суда, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 18 января 2012 г. № 52 (далее – Типовой регламент), никаких более развернутых предписаний на данный счет нет (п. 12 Типового регламента лишь в несколько иной текстуальной редакции воспроизводит норму ч. 3 ст. 14 Закона о ТС). Столь скудное правовое регулирование порождает множество вопросов: какая сторона спора должна выступать инициатором избрания третейских судей, в какой срок сторонам следует сформировать состав третейского суда, как быть, если сторона уклоняется от избрания третейского судьи, и т.д. Очевидно, что ответы на все эти вопросы стороны могли бы дать в своем третейском соглашении.

В-третьих, предоставление сторонам спора возможности самостоятельно регламентировать в третейском соглашении порядок формирования состава

постоянно действующего третейского суда является обычной (традиционной) мировой практикой. Например, в п. 2 ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее – Типовой закон) сказано, что стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров при условии соблюдения положений п. 4, 5 данной статьи. Эта же норма нашла отражение и в ч. 2 ст. 17 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (далее – Закон о МАС), который был разработан на основе Типового закона: «Стороны могут по взаимному соглашению определить порядок назначения арбитра или арбитров при условии соблюдения положений частей третьей, четвертой и пятой настоящей статьи».

Поскольку международный коммерческий арбитраж является разновидностью третейских механизмов разрешения споров, используемые в нем подходы вполне могут служить ориентиром для третейского разбирательства, регулируемого Законом о ТС. И в этом плане о многом говорит тот факт, что Федеральный закон Российской Федерации от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (данный Закон регулирует, по сути, те же отношения, что и белорусский Закон о ТС) по поводу формирования состава арбитров содержит норму (см. ч. 2 ст. 11), идентичную п. 2 ст. 11 Типового закона и ч. 2 ст. 17 Закона о МАС.

Переходя к предметному анализу положений ч. 3 ст. 14 Закона о ТС, заметим, что порядок формирования состава постоянно действующего третейского суда определен законодателем далеко не самым оптимальным образом: формирование состава «производится путем избрания третейских судей сторонами», т. е., исходя из буквального смысла закона, стороны должны достичь консенсуса по кандидатуре каждого третейского судьи, предлагаемого в состав третейского суда (такой же порядок законодатель оговорил в абз. 1 ч. 4 ст. 14 Закона о ТС и для формирования третейского суда *ad hoc*, что, однако, не вполне соответствует действительности, поскольку, как будет показано ниже, состав третейского суда *ad hoc*, состоящий из трех третейских судей, формируется совсем другим образом).

Неудачность подобного порядка формирования состава третейского суда заключается в том, что чем больше количественный состав третейского суда, тем сложнее сторонам его будет сформировать. Мы допускаем, что сторонам удастся сформировать состав третейского суда, состоящий из одного третейского судьи (чему, безусловно, будет предшествовать «отбраковка» каждой стороной определенного количества кандидатур третейских судей). Однако формирование в таком порядке состава третейского суда из трех третейских судей будет представлять собой трудновыполнимую задачу.

В этой связи обращает на себя внимание то, каким образом законодатель регулирует порядок формирования состава третейского суда *ad hoc*. Единоличный состав такого третейского суда тоже (как и единоличный состав постоянно действующего третейского суда) подлежит избранию сторонами, т. е. стороны должны прийти к обоюдному согласию относительно личности третейского судьи (абз. 3 ч. 4 ст. 14 Закона о ТС). Однако состав третейского суда *ad hoc*, состоящий из трех третейских судей, формируется иначе: каждая сторона спора избирает (независимо от другой стороны) по одному третейскому судье, а двое избранных подобным образом третейских судей избирают третьего третейского судью (абз. 2 ч. 4 ст. 14 Закона о ТС). Убеждены, что по аналогичному алгоритму должен формироваться и коллегиальный состав постоянно действующего третейского суда.

Кстати, в Законе о МАС (см. абз. 2 ч. 3 ст. 17) применительно к порядку формирования состава международного арбитражного суда, состоящего из трех арбитров (причем независимо от того, является арбитражный суд институциональным или ad hoc) реализованы именно такие подходы.

Далее, поскольку при использовании предусмотренного ч. 3 ст. 14 Закона о ТС порядка стороны могут столкнуться со сложностями в формировании состава третейского суда в виде неизбрания третейского судьи или третейских судей (по причине того, что ни одна из кандидатур так и не устроила обе стороны, или какая-то сторона уклонялась от участия в формировании состава третейского суда и т.д.), должны существовать правовые механизмы преодоления этих сложностей. Изначально в ч. 3 ст. 14 Закона о ТС такие механизмы присутствовали: формирование состава третейского суда производилось «если стороны не избрали третейских судей – путем назначения третейских судей председателем постоянно действующего третейского суда» (недостаток этого правила заключался лишь в том, что оно не определяло, как долго по времени могли продолжаться попытки сторон сформировать состав третейского суда и, соответственно, как скоро эти попытки при их безрезультатности мог прекратить председатель постоянно действующего третейского суда своим назначением недостающего третейского судьи).

Однако Закон Республики Беларусь от 17 июля 2020 г. №42-З «Об изменении Закона Республики Беларусь «О третейских судах» исключил из ч. 3 ст. 14 Закона о ТС приведенную фразу. Полагаем, что это явный шаг назад в правовом регулировании третейского разбирательства. Дело в том, что Закон о МАС предусматривает возможность назначения арбитров третьими лицами, если это не удастся сделать самим сторонам или уже назначенным сторонами арбитрам. Так, в отношении состава институционального международного арбитражного суда такие функции выполняет (если иное не предусмотрено соглашением сторон или международным договором) председатель этого суда, а в отношении состава международного арбитражного суда ad hoc (если иное не предусмотрено соглашением сторон или международным договором) – председатель Белорусской торгово-промышленной палаты (см. ч. 3–5 ст. 17 Закона о МАС).

Наконец, ст. 14 Закона о ТС не определяет правовые последствия неизбрания сторонами третейских судей для рассмотрения спора в постоянно действующем третейском суде, хотя применительно к третейскому суду ad hoc такие последствия предусмотрены. Так, при составе третейского суда ad hoc из трех третейских судей, если «одной из сторон не избран третейский судья в течение пяти дней после получения просьбы об этом от другой стороны или два избранных третейских судьи в течение пяти дней после их избрания не избирают третьего третейского судью, этот спор может быть передан на рассмотрение суда» (абз. 2 ч. 4 ст. 14 Закона о ТС), при единоличном составе третейского суда ad hoc, если «после обращения одной стороны к другой с предложением об избрании третейского судьи стороны в течение пяти дней не избирают третейского судью, этот спор может быть передан на рассмотрение суда» (абз. 3 ч. 4 ст. 14 Закона о ТС). Полагаем, что такие же последствия должны наступать и тогда, когда сторонам не удастся сформировать состав постоянно действующего третейского суда: заинтересованная сторона вправе обратиться за рассмотрением спора в государственный суд, а государственный суд, несмотря на положения п. 7 ч. 1 ст. 164, п. 4 ст. 245 ГПК или абз. 3 ст. 151 ХПК, обязан принять спор к производству и разрешить его по существу, т.к. третейское соглашение в данном конкретном случае следует считать неисполнимым.

Еще один вопрос, имеющий отношение к затронутой проблематике, заключается в том, когда именно (на каком этапе применения третейской формы защиты права) должно происходить формирование состава третейского суда. Глава 3 «Третейские судьи. Состав третейского суда» Закона о ТС весьма активно оперирует выражением «состав третейского суда», однако сам момент формирования состава третейского суда не определяет. Следующее упоминание про состав третейского суда можно встретить только в тех нормах Закона о ТС, которые имеют отношение к решению третейского суда (абз. 4 ч. 2 ст. 37, ч. 1 ст. 38, ч. 1 ст. 39), а также к обжалованию данного решения (абз. 5 ст. 47). Получается, что по всему тексту главы 4 «Третейское разбирательство» Закона о ТС (кроме абз. 4 ч. 2 ст. 37, ч. 1 ст. 38, ч. 1 ст. 39) законодатель использует термин «третейский суд», а не «состав третейского суда». Но равнозначно ли словосочетание «третейский суд» выражению «состав третейского суда»?

В соответствии со ст. 1 Закона о ТС «третейским судом является организация, не входящая в судебную систему Республики Беларусь, создаваемая для разрешения споров в виде постоянно действующего третейского суда или третейского суда, образуемого по соглашению сторон для разрешения конкретного спора». Следует сказать, что в отношении третейского суда *ad hoc* понятия «третейский суд (как организация)» и «состав третейского суда» в общем-то совпадают, поскольку третейский суд *ad hoc* как организация не может существовать иначе, чем в виде сформированного состава третейских судей, – если состав третейских судей не сформирован, то нет и третейского суда *ad hoc*. Хотя если мы акцентируем внимание на деятельности третейских судей по рассмотрению спора – а именно этого требует глава 4 «Третейское разбирательство» Закона о ТС, то более правильно, конечно же, использовать термин «состав третейского суда *ad hoc*», а не просто «третейский суд *ad hoc*».

Еще меньше оснований имеется для отождествления названных понятий применительно к постоянно действующему третейскому суду (соответственно, используемый почти по всему тексту главы 4 «Третейское разбирательство» Закона о ТС термин «третейский суд» является однозначно неверным). Постоянно действующий третейский суд как организация – это организационное образование, состоящее из органов управления (обычно в виде председателя) и рядовых сотрудников (например, технического секретариата). Постоянно действующий третейский суд как организация споры не рассматривает, рассмотрением споров занимается состав третейских судей, формируемый и функционирующий при постоянно действующем третейском суде как организации. Постоянно действующей третейский суд как организация в лице своих органов управления и рядовых сотрудников лишь оказывает различное организационное содействие составу третейских судей в рассмотрении им спора или, говоря научным языком, осуществляет администрирование третейского разбирательства.

Таким образом, ошибки в терминологии, допущенные законодателем в главе 4 «Третейское разбирательство» Закона о ТС (употребление термина «третейский суд» вместо выражения «состав третейского суда») только запутывают вопрос и не позволяют сделать однозначного вывода о моменте формирования состава третейского суда. Думается, что ключом к решению проблемы может служить норма ч. 8 ст. 8 Закона о ТС, которая предусматривает, что письменное уведомление о физическом лице, избранном третейским судьей для разрешения спора в третейском суде *ad hoc*, «направляется в Министерство юстиции физическим лицом, избранным

третейским судьей третейского суда для разрешения конкретного спора (председателем состава этого суда в случае коллегиального разрешения спора), не позднее трех дней до начала третейского разбирательства». По смыслу главы 4 Закона о ТС третейское разбирательство – это весь процесс рассмотрения и разрешения спора, который охватывает собой в том числе этап предъявления иска в третейский суд. А это значит, что ч. 8 ст. 8 Закона о ТС фактически указывает: состав третейского суда *ad hoc* должен быть сформирован еще до подачи искового заявления. Получается, что самая первая стадия третейского разбирательства – это стадия формирования состава третейского суда, и данная стадия предшествует стадии возбуждения дела.

Сделанный нами вывод касается третейского суда *ad hoc*, поскольку только к этому суду имеет отношение норма ч. 8 ст. 8 Закона о ТС. Вместе с тем полагаем, этот вывод может быть распространен и на постоянно действующий третейский суд (ведь временной интервал для формирования состава третейских судей не может различаться в зависимости от вида третейского суда – является третейский суд институциональным или *ad hoc*). В пользу этого говорят, в частности, следующие обстоятельства. Правила ст. 24 Закона о ТС, п. 21–23 Типового регламента не требуют от истца указывать в исковом заявлении сведения о предлагаемых истцом ответчику (ведь копия искового заявления подлежит передаче ответчику) кандидатурах третейских судей (третейского судьи). На наш взгляд, это косвенное признание того, что к моменту подачи истцом искового заявления состав третейского суда уже сформирован. Далее, не подлежит сомнению, что решение о наличии (отсутствии) компетенции на рассмотрении спора вправе принимать только состав третейского суда. Согласно Закону о ТС такое решение должно быть принято в очень короткий срок после подачи искового заявления – в течение пяти дней (ч. 1 ст. 25), в порядке исключения допускается отложение принятия решения на срок до семи дней (ч. 2 ст. 25). При этом Закон о ТС не упоминает о возможности каких-либо коммуникаций между сторонами в данный временной промежуток. А значит, это еще одно свидетельство того, что на момент подачи иска состав третейского суда был сформирован.

По нашему мнению, формировать состав третейского суда еще до того, как производство по делу возбуждено, не совсем рационально, к тому же это может привести к ряду затруднений. Ведь факт формирования состава третейского суда сам по себе еще не обязывает заинтересованную сторону к предъявлению иска, и вполне может сложиться ситуация, что иск, несмотря на наличие состава третейского суда, в течение определенного времени этому составу предъявлен не будет (норма ч. 2 ст. 26 Закона о ТС устанавливает временные пределы для третейского разбирательства только на тот случай, когда предъявление иска состоялось: «Третейское разбирательство должно быть осуществлено в течение трех месяцев со дня вынесения третейским судом определения о возбуждении третейского разбирательства, если более длительный срок в пределах одного года не предусмотрен третейским соглашением»). Соответственно возникает вопрос, как долго может длиться временной разрыв между этапом формирования состава третейского суда и этапом возбуждения дела, и что в течение всего этого периода может (и должно) происходить с составом третейских судей (этот состав должен сохраняться или может прекратить свое существование и т.п.). Не исключаем, что предъявление иска может вообще не произойти, и тогда получится, что все усилия сторон по избранию третейских судей были совершенно напрасны, равно как напрасно дали согласие на выполнение соответствующих функций и третейские судьи, которые, скорректировав свои

жизненные планы с учетом планируемого третейского разбирательства, специально отвлекли себя от иных дел.

В этой связи полагаем, что в третейское разбирательство имеет смысл заимствовать правила Закона о МАС, которые предусматривают формирование состава третейского суда на стадии возбуждения дела и стадии подготовки дела к рассмотрению в судебном заседании. Так, при составе международного арбитражного суда из трех арбитров истец называет одного арбитра в исковом заявлении, ответчик сообщает о втором арбитре в ответе на исковое заявление, а два назначенных таким образом арбитра избирают третьего – арбитра-председателя (абз. 2 ч. 3 ст. 17 Закона о МАС). При единоличном составе международного арбитражного суда истец излагает предложение относительно кандидатуры арбитра в исковом заявлении, ответчик свое мнение на данный счет – в ответе на исковое заявление, при наличии разногласий переговоры стороны могут продолжиться в ходе подготовки дела (абз. 3 ч. 3 ст. 17 Закона о МАС). В случае необходимости помощь в формировании состава арбитражного суда может быть оказана на стадии подготовки дела со стороны председателя постоянно действующего международного арбитражного суда, председателя Белорусской торгово-промышленной палаты или любого третьего лица, о содействии которого стороны договорились (ч. 3-5 ст. 17 Закона о МАС).

Таким образом, проведенное исследование показывает, что правовое регулирование в Законе о ТС вопросов, связанных с формированием состава третейского суда, страдает рядом недостатков. Для их устранения в Закон о ТС необходимо заимствовать подходы к формированию состава третейского суда, реализованные в Законе о МАС применительно к международному коммерческому арбитражу, а именно: стороны должны иметь возможность своим третейским соглашением регулировать порядок формирования состава третейского суда (независимо от вида последнего – является третейский суд институциональным или *ad hoc*); механизм формирования состава третейских судей должен быть единым независимо от вида третейского суда, при этом если состав включает в себя трех третейских судей, каждая сторона должна избирать (независимо от другой стороны) по одному третейскому судье, а избранные таким образом двое третейских судей избирать третьего третейского судью; формирование состава третейского суда должно происходить на стадии возбуждения дела и стадии подготовки дела к рассмотрению в судебном заседании; необходимо предусмотреть механизмы содействия формированию состава третейского суда со стороны третьих лиц, если стороны (или избранные сторонами третейские судьи) не совершают (уклоняются от совершения) необходимых действий по формированию состава третейского суда.