

## О перспективах и месте арбитража *ad hoc* в России

Лилия Ключенко, к.ю.н., FCIArb, адвокат

Коллегия адвокатов города Москвы «Ключенко и Кузнецова»,

Управляющий партнер

Доклад на AD HOC ARBITRATION FORUM 2020 от 18 декабря 2020 года

Третьей реформа в России стала **своевременной** и **поворотной**.

**Своевременной**: поскольку, действительно, необходимо идти в ногу со временем.

В настоящее время многие страны активно проводят модернизацию своего законодательного регулирования в этой области.

Такие реформы, как мы наблюдаем на примере других стран, направлены на создание благоприятного правового режима для арбитражного разбирательства, популяризируют преимущества, которые дает третейское разбирательство, продвигают страну в качестве подходящего места арбитража.

Реформа стала **поворотной**:

- и потому, что в принципе напомнила о существовании процессуальной конкуренции, привлекла внимание к альтернативным способам разрешения споров;
- но и потому, что в стремлении навести порядок в указанной сфере, устранить злоупотребления, по существу создала неравные условия для институционального арбитража и арбитража *ad hoc*;
- и как следствие, подтолкнула многих потребителей услуги третейского разбирательства обращаться к арбитражу *ad hoc* как к альтернативе альтернатив, а не к конкурентному по отношению к государственным судам альтернативному способу разрешения споров.

Одна из важнейших идей, заложенных в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, - это установление **одинакового правового режима** для деятельности арбитража *ad hoc* и постоянно действующих арбитражных учреждений, в качестве основополагающего начала, с сохранением автономного характера третейского суда как элемента самоорганизации делового сообщества в вопросах разрешения споров.

**Неравноправный режим для двух видов арбитража** – постоянного и *ad hoc* – значительно сужает возможность сторон избрать наиболее приемлемый для них вид, поскольку представления о наиболее эффективном способе рассмотрения споров могут отличаться в зависимости от:

- существа правоотношений и, соответственно, категорий возможных споров;
- возможных требований к кандидатуре арбитров;
- потребностей в специально скроенной и гибко приспособленной процедуре разбирательства;
- наличия специальных потребностей и интересов сторон (например, в части определения гонораров арбитров – базы и величины).

Неравное положение институциональных арбитражей и арбитражей *ad hoc* усилилось поправками конца 2018 года, которые наложили запрет на выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, в том числе:

- функций по назначению арбитров, разрешению вопросов об отводах и о прекращении полномочий арбитров;
- иных действий, связанных с проведением третейского разбирательства *ad hoc*: получение арбитражных расходов и сборов; регулярное предоставление помещений для устных слушаний и совещаний; оформление решения третейского суда на своих бланках; рассылка корреспонденции; организация ознакомления с материалами дела.

Им запрещается: рекламировать в том числе в Интернете и (или) публично предлагать выполнение функций по осуществлению арбитража, включая функции по осуществлению арбитража третейским судом *ad hoc*.

**В случае нарушения вышеуказанных запретов решение третейского суда считается принятым с нарушением процедуры арбитража, предусмотренной законом.**

Под угрозой запрета в России по существу все «арбитражи *ad hoc*»: и те, что используются для обхода закона, но и традиционные. По существу, арбитраж *ad hoc* стал нелюбимым пасынком арбитражной реформы.

Категории правоотношений и, соответственно, категории споров, где в международной практике традиционно превалирует третейское разбирательство споров, и более того такой его вид как *ad hoc* арбитраж, в России при таком положении дел, в лучшем случае, могут оказаться на рассмотрении в институциональных арбитражах. Стороны при этом отдадут предпочтение постоянно действующему арбитражному учреждению, руководствуясь желанием избежать трудностей при согласовании отдельных аспектов арбитражной процедуры, а затем и при приведении решения третейского суда в исполнение.

К такому развороту подталкивает и судебная практика:

- Постановление Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» в п.50 указал: *«Арбитражные решения, вынесенные в рамках арбитража ad hoc с нарушением запрета, предусмотренного частью 20 статьи 44 Закона об арбитраже (функции ПДАУ без лицензии), считаются принятыми с нарушением процедуры, предусмотренной федеральным законом. Указанные нарушения имеют место, если формально третейский суд образуется для разрешения конкретного спора (ad hoc), однако в действительности он имеет признаки, свойственные институциональному арбитражу (например, объединение арбитров в коллегии или списки, формулирование собственных правил арбитража, выполнение одним и тем же лицом функций по содействию проведению третейских разбирательств с участием разных арбитров)»;*

- Определение ВС РФ от 12 марта 2020 г. №304-ЭС19-20506 по делу ООО "ОЛИМП-ГРУПП", истец и "ВостокЭнергоЧермет", ответчик, по которому стороны договорились о рассмотрении всех споров, связанных с договором, в Хельсинском

международном коммерческом арбитраже при организации "Хельсинские международные арбитры";

- недавнее Определение АСГМ по делу №А40-125852/2020-63-968 от 8 декабря 2020 года (спор из договора купли-продажи между ООО "ВНУКОВО ЛОГИСТИК" и ИП Бузовым был разрешен Третейским судом в составе единоличного арбитра).

По существу, действия государственных судов сводятся к поиску и установлению институциональности в разбирательствах *ad hoc*, и если обнаруживают признаки институциональности, то отказывают в выдаче исполнительных листов на такие решения.

**Все это приводит, едва ли к логичному, но точно к оправданному вопросу: Стоит ли вообще сейчас соглашаться на арбитраж *ad hoc*?**

И здесь, конечно, первым делом вспоминаются **классические дуальные сопоставления «За» и «Против»** институционального арбитража и арбитража *ad hoc*.

Да, в пользу институционального арбитража говорят:

- наличие заранее установленных правил и процедур, обеспечивающих своевременное начало арбитражного разбирательства;
- административная помощь от учреждения;
- список квалифицированных арбитров на выбор;
- процедура *scrutiny* в отношении решений.

Как «против» довольно часто звучат:

- значительные административные сборы, высокие гонорары арбитров;
- отсутствие достаточной гибкости;
- бюрократическая составляющая внутри учреждения и др.

Правильно структурированный арбитраж *ad hoc* может и в идеале должен быть более рентабельным и, следовательно, лучше подходит для рассмотрения определенных категорий споров. Он определенно является более гибким, настроенным и адаптированным на потребности сторон в споре, а потому он может также быть и более быстрым. Вместе с тем, именно в арбитраже *ad hoc* изначально сокрыт потенциал противоположности, своего рода *альтерэго* быстрому и эффективному арбитражному разбирательству.

Главная тенденция нашего времени состоит в том, что **институциональные арбитражи сегодня конкурируют** не только с государственными судами, они не только конкурируют между собой за потребителя услуги альтернативного разбирательства; они также противопоставили свои возможности администрирования, инфраструктуры, процедурные инструменты и механизмы, тому, что предлагает арбитраж *ad hoc*.

Институциональные арбитражи также позиционируют свои преимущества не только общими списками арбитров, но и пулами специализированных арбитров (с сильными и глубокими компетенциями в определенных категориях споров). Наличие списков имеет огромное преимущество для сторон спора, которые либо не сталкивались с третейским разбирательством ранее, либо не имеют достаточной

информации о пуле профессиональных арбитров. Данное обстоятельство в случае с арбитражем *ad hoc* в значительной степени может быть восполнено и на практике восполняется деятельностью адвокатов, представителей сторон, активная и проактивная позиция которых по существу может убрать указанный недостаток на пути к арбитражу *ad hoc*.

Серьезную конкуренцию в вопросе выбора арбитров составляют специализированные арбитражные центры, например, по морскому праву (ЛМАА).

По существу, практически **любое достоинство может стать недостатком и наоборот**, в зависимости от ряда основополагающих критериев. **Основные критерии** следующие:

1 – **Категория спора:** *Подходит ли в принципе к конкретной категории спора арбитраж ad hoc?* Ответ на данный вопрос зависит от многих факторов (традиции, сложности спора, необходимости очень специальной экспертизы и потому особые требования к квалификации арбитров, множественности сторон в споре и т.д.), пример – традиционно - сделки страхования, перестрахования, в том числе отягощенные элементами международного посредничества; морское дело.

2 – **Профиль сторон спора:** *Насколько стороны объективно или субъективно способны к кооперативности в процессе согласования процедур, ведения разбирательства?* Ответ на данный вопрос зависит от того, насколько высок потенциал того, что даже после разрешения спора и независимо от исхода дела, стороны продолжают свое сотрудничество. Еще один немаловажный аспект – это удвоенная конфиденциальность - желание сторон не выносить спор не только на уровень государственного судебного разбирательства, но даже на уровень институционального арбитража, пример – сделки перестрахования, встречные требования страховщиков друг к другу по урегулированным страховым событиям (в сложных проектах / индустриях, таких как строительство, морское дело). Любая, даже малая склонность стороны к противодействию третейскому разбирательству любые изначальные преимущества арбитража *ad hoc* может похоронить.

3 – **Профиль арбитров, разрешающих спор:** *Имеются ли у арбитра не только специальные знания в той или иной индустрии, но и знания и опыт третейского разбирательства? Какова композиция арбитражного состава, если знаний и опыт третейского разбирательства имеется не у всех членов состава арбитража?* Арбитраж *ad hoc* возлагает на арбитров более тяжелое бремя по организации и администрированию арбитража, арбитраж *ad hoc* для арбитра неопытного в данном виде третейского разбирательства – настоящий вызов, а для сторон – своего рода риск, не обязательно риск некачественного разбирательства, но весьма вероятно риск того, что такие потенциальные преимущества арбитража *ad hoc* как гибкость и эффективность (а с ними – срок и стоимость) могут быть существенно снижены. По существу, арбитру в арбитраже *ad hoc* помимо специальных компетенций и экспертиз требуются серьезные знания и опыт в ведении арбитражного разбирательства, управленческие навыки, весь набор *soft skills*, который бы мотивировал всех участников процесса на эффективное разбирательство.

4 – **Стоимость:** конечно, арбитраж *ad hoc* может быть более привлекательным экономически, так как в нем отсутствует административный сбор, более гибкие подходы в установлении гонораров арбитров; однако эффективность в данном вопросе существенно предопределена тремя предыдущими критериями – о каком

споре идет речь, насколько колаборативны стороны, насколько компетентны и эффективны сами арбитры.

Есть и другие критерии, но обозначенные выше представляются наиболее важными и определяющими.

В том, чтобы указанные вопросы решались в пользу арбитража *ad hoc*, многое зависит от самого арбитражного сообщества:

- от популяризации третейского разбирательства в целом и арбитража *ad hoc* в частности;
- от работы юристов при составлении или экспертизе договоров для свои клиентов, обсуждении арбитражной оговорки, моделировании ситуаций к тому, как она будет работать в случае возникновения спора, тестировании арбитражной оговорки на предмет ее исполнимости и (не)избыточности;
- если все же сторонами избран арбитраж *ad hoc* – многое зависит от адвокатов/представителей сторон в споре: именно они фактически способны заместить роль институционального арбитража в подборе и составлении списков арбитров, соответствующих и специальным квалификационным требованиям, но и особым требованиям к *soft skills*, которые так важны в арбитраже *ad hoc*;
- от качественного администрирования арбитражей *ad hoc* арбитражными центрами: такое, которое может оснастить, прежде всего, арбитров необходимой инфраструктурой, но и не будет наступать «на горло» автономии воли сторон.
- от того, как складывается опыт исполнения решений арбитража *ad hoc*: традиционно большинство решений арбитража *ad hoc* исполняются добровольно, и лишь незначительная их часть «уходит» в процедуру приведения в исполнение (как я отмечала причиной здесь является повышенный градус интереса сторон к конфиденциальности); как я отметила, на сегодня в данном вопросе действия сторон складываются по принципу скорее не «во имя», но «вопреки».

Все это позволит сформировать положительный опыт и лучшие практики именно в сегменте арбитража *ad hoc*.

По мере того, как будут решаться указанные задачи, роль арбитража в целом, уважение и доверие к нему будет повышаться, а на этом огромном поле альтернативного разрешения споров точно найдется место арбитражу *ad hoc*.