

DOI: 10.17803/1729-5920.2024.210.5.036-047

О. А. БеляеваИнститут законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации
г. Москва, Российская Федерация

Арбитраж закупочных споров: основные проблемы на современном этапе

Резюме. Актуальность статьи заключается в исследовании ключевых проблем третейского разбирательства в контексте специфики публичных закупок на современном этапе, а именно проблемы определения надлежащих критериев заключенности и действительности арбитражных (третейских) соглашений.

Цель исследования состоит в критической оценке так называемой формулы неарбитрабельности, устоявшейся в современной судебной практике; в раскрытии алгоритма возникновения договорных отношений в результате конкурентных процедур закупки; в обосновании юридической силы арбитражных (третейских) оговорок, инкорпорированных в договоры до депонирования арбитражным учреждением правил арбитража. Задачи исследования автор видит в обосновании принципиально допустимой арбитрабельности договорных (контрактных) споров во всех сегментах закупочных отношений (не только в силу прямого указания федерального закона, но и на будущее время, включая договорные споры в области государственного оборонного заказа в силу многообразия имеющихся сделок); в выявлении факторов, способствующих надлежащей оценке арбитражного (третейского) соглашения на предмет его действительности. В статье использован комплекс общенаучных (анализ, моделирование, аналогия, гипотеза), частно-научных (формально-логический, системный, функциональный) методов, также применен формально-юридический метод. Результаты исследования позволили автору сделать выводы об оптимальности и о достаточности существующего законодательного регулирования для оценки заключенности и действительности арбитражных (третейских) соглашений, включенных в проекты договоров на этапе конкурентной закупочной процедуры; об отсутствии оснований для оценки указанных соглашений на предмет их соответствия принципам закупки; о юридической силе «спящих» арбитражных (третейских) оговорок, необходимых предпринимательскому обороту в краткосрочной перспективе.

Автором предложены актуальные направления совершенствования правоприменительной практики, направленные на купирование злоупотреблений в части оспаривания арбитражных (третейских) соглашений по мотиву незаключенности и (или) недействительности.

Ключевые слова: арбитрабельность; арбитраж; арбитражная (третейская) оговорка; арбитражное учреждение; государственный оборонный заказ; правила арбитража; публичные закупки

Для цитирования: Беляева О. А. Арбитраж закупочных споров: основные проблемы на современном этапе. *Lex russica*. 2024. Т. 77. № 5. С. 36–47. DOI: 10.17803/1729-5920.2024.210.5.036-047

Procurement Disputes Arbitration: Main Problems at the Present Stage

Olga A. BelyaevaInstitute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation
Moscow, Russian Federation

Abstract. The relevance of the paper is predetermined by the study of the key problems of arbitration in the context of the specifics of public procurement at the present stage, namely, the problem of determining the appropriate criteria for the conclusion and validity of arbitration agreements.

© Беляева О. А., 2024

The purpose of the study is to critically evaluate the so-called non-arbitrability formula, established in contemporary court practice; to disclose the algorithm for the emergence of contractual relations as a result of competitive procurement procedures; to substantiate the legal force of arbitration clauses incorporated into contracts before arbitration rules are deposited by the arbitration institution. The author sees the objectives of the study in substantiating the fundamentally permissible arbitrability of contractual disputes in all segments of procurement relations (not only by direct order under the federal law, but also for the future, including contractual disputes in the field of state defense orders due to the variety of available transactions); in identifying factors contributing to the proper assessment of an arbitration agreement for its validity. Methodologically, the paper is based on a set of general scientific (analysis, modeling, analogy, hypothesis), private scientific (formal logical, systemic, functional) methods, and uses the formal legal method. The results of the study allowed the author to draw conclusions about sufficiency of existing legislative regulation for assessing the conclusion and validity of arbitration agreements included in draft contracts at the stage of competitive procurement procedure; about the lack of grounds for evaluating these agreements for their compliance with the principles of procurement; about the legal force of dormant arbitration clauses necessary for business turnover in the short term.

The author suggests directions for improving law enforcement practice aimed at curbing abuses in terms of challenging arbitration agreements on the grounds of their non-conclusion and (or) invalidity.

Keywords: arbitrability; arbitration; arbitration clause; arbitration institution; state defense order; arbitration rules; public procurement

Cite as: Belyaeva OA. Procurement Disputes Arbitration: Main Problems at the Present Stage. *Lex russica*. 2024;77(5):36-47. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2024.210.5.036-047

Введение

С момента проведения кардинальной реформы системы третейского разбирательства в нашей стране прошло значительное время, ведь Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитраже) вступил в силу 1 января 2016 г.¹ Казалось бы, многие спорные вопросы были нивелированы, включая сочетание арбитража со спецификой общественных отношений в сфере проведения публичных закупок. Однако в последние два-три года вновь возросло количество споров, в которых по разным причинам ставится под сомнение действительность арбитражной (третейской) оговорки в договорах, заключение которых было осложнено проведением конкурентных закупочных процедур определения контрагентов. Причем споры эти имеют место не только в судебной², но и в административной практике³.

Их негативный потенциал огромен, не стоит оценивать его лишь как единичные проблемы отдельных хозяйствующих субъектов. Обжалование оговорок не только ставит под сомнение саму систему третейского разбирательства споров (в первую очередь коммерческих), но и подрывает доверие между предпринимателями, по сути, нарушает один из основополагающих принципов гражданского права о надлежащем исполнении обязательств (*pacta sunt servanda*). Ведь, вступая в арбитражное (третейское) соглашение, контрагенты не имеют уверенности в том, что при нарушении основного обязательства им известен алгоритм защиты собственных прав и законных интересов, а также планируемые сроки исполнения искомого арбитражного решения (так как выдача исполнительного листа по нему может оказаться под вопросом).

Так что не стоит недооценивать проблематику оспаривания арбитражных (третейских) оговорок, имеющих как в заключенных, так и

¹ СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. I). Ст. 2.

² См., например: определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 18.08.2023 № 308-ЭС21-14836 по делу № А63-955/2021 ; постановления Пятнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 06.03.2024 № 15-АП-1084/2023 по делу № А32-48319/2023 ; Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.02.2024 № 09АП-91727/2023, 09АП-91728/2023 по делу № А40-206813/2023.

³ См., например: решения Московского УФАС России от 21.12.2023 по делу № 077/07/00-17634/2023, от 01.12.2023 по делу № 077/07/00-16219/2023.

в готовящихся договорах. В связи с изложенным целесообразно остановиться на нескольких вопросах, требующих и доктринального осмысления, и адекватного (буквального) прочтения применимого закона.

«Доктрина» концентрации публичных интересов в закупках и «формула неарбитрабельности»

Впервые такое явление было обозначено Высшим Арбитражным Судом РФ 10 лет назад применительно к контрактам на выполнение государственного заказа⁴; затем в юридической науке было предпринято множество попыток его осмысления. Причем в большинстве случаев специалисты ограничивались простой констатацией, что все мало-мальски публичное связано с концентрацией (или накоплением) публичных интересов. Однако есть и серьезные научные работы, авторы которых задавались обоснованным вопросом о наличии причинно-следственной связи между публичными интересами и арбитрабельностью споров как таковой⁵.

Думается, что дилемма состоит в другом.

Общеизвестно, что в самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций⁶. Доктрина позиционируется и как источник права⁷, что с каждым годом видится все отчетливее. Но как быть с судебной «доктриной», отображающейся в конечном итоге на всех общественных отношениях? Что, если эта «доктрина» не имеет научной подоплеки? А может, и вовсе «доктриной» не является?

Вне всякого сомнения, сама по себе доктрина — это опора создания права⁸; по точному замечанию В. В. Лазарева, судебные доктрины зарождаются в судебных решениях и судебных

ными решениями завершаются⁹. Вместе с тем как таковой ни доктрины, ни концепции концентрации публичных интересов не существует; есть словосочетание, которое кочует из одного судебного акта в другой, причем зачастую произвольно. Когда-то это связано с публичным порядком, в других случаях — с бюджетным финансированием, иногда ни с чем не связано, кроме опосредованных целей заключения договора, даже если напрямую из бюджета он не финансируется и вообще заключен не публичным субъектом, а акционерным обществом¹⁰.

Современная теория права изучает такой феномен, как «постмодернизация правового мышления», который связан с преодолением формально-догматического метода мышления, поскольку право объявляется открытой, динамичной, постоянно обновляемой системой, а ее понятия — постоянно трансформирующимися, наполняемыми новым содержанием¹¹. В теории права, вероятно, так и происходит, но судебной практике такое мышление свойственно быть не должно, иначе это прямой путь к произволу.

На основании ч. 3, 4 ст. 1 Закона об арбитраже в арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом; федеральным законом могут устанавливаться ограничения на передачу отдельных категорий споров в арбитраж (третейское разбирательство). Как видим, обе нормы отсылают к федеральному закону и только. Аналогичным образом сконструированы и соответствующие нормы процессуального законодательства.

Представляется, что правовое мышление должно существовать исключительно в рамках применения федерального закона, а не за его границами, в мире правовых доктрин.

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6.

⁵ Еремин В. В. Концепция накопления (концентрации) общественно значимых публичных элементов в правоотношении как основание для неарбитрабельности спора // Вестник гражданского процесса. 2021. № 3. С. 191–211.

⁶ Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 34.

⁷ Османова Д. О. Доктрина как источник гражданского права // Хозяйство и право. 2023. № 12. С. 3.

⁸ Лазарев В. В. О роли суда в формировании правовых доктрин // Юридическая наука: история и современность. 2022. № 11. С. 144.

⁹ Лазарев В. В. О роли суда в формировании правовых доктрин. С. 147.

¹⁰ Определение Верховного Суда РФ от 06.12.2021 № 305-ЭС21-19195 по делу № А40-341746/2019.

¹¹ Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 23.

Судебная «доктрина» концентрации публичных интересов в обязательствах, финансируемых из бюджета, породила непродуманное следствие в виде компромиссных норм (компромиссных именно на этапе реформы арбитража для сторонников и противников концентрации публичных интересов) о запрете передачи на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (ч. 2 ст. 33 АПК РФ, ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ). Такая общая формулировка безосновательно поглотила совершенно различные отношения, включающие в себя как административные сегменты закупок (например, доведение лимитов бюджетных обязательств, планирование, нормирование, обжалование закупок), так и в чистом виде гражданско-правовые обязательства (процедуры закупок, контрактные отношения). Контрактная система аккумулирует полисегментные отношения¹², объединять которые в общем запрете никак нельзя. «Доктрина» возникла на более конкретном фундаменте — контракте, заключенном в публичных интересах и имеющем бюджетное финансирование, который тождественен гражданско-правовому договору.

Недопустимо широким радиусом действия препятствия для применения компромиссных норм не ограничиваются. Эта норма не содержит окончательного запрета, напротив, она действует лишь до дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд¹³. Но в таком случае возникает ряд вопросов:

— в какой федеральный закон должна быть помещена соответствующая норма (подобные прецеденты пока что нашему законодательству неизвестны);

— такое арбитражное учреждение будет одним на всю страну или же это собирательный термин;

— если обозначение специализированного арбитражного учреждения носит собирательный характер, сколько их должно быть (по одному в федеральном округе, по одному в каждом субъекте Российской Федерации, или допустим иной принцип для определения их оптимального числа);

— если споры в контрактной системе настолько специфичны, что требуют образования особого арбитражного учреждения, уместно ли предположить, что и к арбитрам следует установить индивидуальные квалификационные требования?

Перечисление этих вопросов преследует две цели: во-первых, продемонстрировать, что подобный (компромиссный, неокончательный и неверный по своему содержанию) запрет арбитрабельности споров в сфере закупок для публичных нужд является ошибочным и виной всему именно судебная «доктрина»; во-вторых, показать, что его не следует транслировать в иные сегменты закупочных отношений как сейчас, так и в перспективе.

Так, особым компонентом контрактной системы является государственный оборонный заказ, ему традиционно присуще и специальное законодательное регулирование. Следовательно «доктрине» концентрации публичных интересов породило дискуссионное утверждение о существовании абсолютно неарбитрабельных споров — споров из государственного оборонного заказа, который предполагает расходование бюджетных средств на достижение публично значимых целей, что влечет повышенный публичный (общественный) контроль¹⁴. Можно условно обозначить это утверждение форму-

¹² Беляева О. А. Теоретико-правовые основы публичных закупок в современном российском правовом порядке // Современные проблемы развития предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом : монография; Н. Ю. Андреев, Л. Л. Арзуманова, В. С. Белых [и др.] ; под общ. ред. В. А. Вайпана, М. А. Егоровой. М. : Юстицинформ, 2021. С. 286.

¹³ См. ч. 8 ст. 13 Федерального закона от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона “О саморегулируемых организациях” в связи с принятием Федерального закона “Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации”» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. I). Ст. 29.

¹⁴ Шиткина И. С., Гурьянов А. В. Третейское разбирательство как эффективный способ разрешения споров: актуальные проблемы // Вестник арбитражной практики. 2023. № 2. С. 13.

лой неарбитрабельности: «публичный интерес — бюджетные деньги — общественный контроль».

Возможности осуществления общественного контроля строго очерчены законом; в области обеспечения обороны страны и безопасности государства он может быть реализован, однако лишь в порядке, установленном федеральным законом. Порядка такого нет, так что общественный контроль применительно к оборонной сфере существует лишь в теории, нет у него пересечений и со сферой оборонных закупок¹⁵.

Общественный контроль из условной формулы выпал. Рассуждаем дальше. Разрешение вопроса об арбитрабельности споров в сфере государственного оборонного заказа возможно только в контексте анализа системы сопровождаемых сделок, которая не характерна ни для коммерческого рынка, ни для государственных контрактов гражданского назначения.

Так, в государственном оборонном заказе на протяжении последних лет функционирует система взаимосвязанных сделок (реляционных договоров)¹⁶, совершенно разнообразных по предмету, субъектному составу и даже целеполаганию. На низших уровнях кооперации головного исполнителя имеются сделки, по большому счету вообще не имеющие прямого отношения к государственному оборонному заказу¹⁷, однако они содержат идентификатор государственного контракта, посредством которого и становятся компонентом кооперации. Зачастую исполнители сопровождаемых сделок не имеют представления о самом предмете «верхнего» оборонного контракта, например,

изготавливая мелкие комплектующие¹⁸, равно как и государственный заказчик не оперирует данными о конечных исполнителях так называемой большой сделки. Причем следует акцентировать внимание на том обстоятельстве (о котором мало кто имеет представление), что в государственном оборонном заказе доминирует именно свободная контрактация, а перечень субъектов, обязанных принять государственный заказ к исполнению, очень краток (в нем лишь три позиции)¹⁹.

В контрактах низших уровней кооперации нет публичного интереса, у хозяйствующих субъектов в них имеется только собственный коммерческий интерес, а также свои никем не покрываемые риски. Само собой, нет в них и бюджетного финансирования. Так что формула неарбитрабельности в государственном оборонном заказе работает только на первом уровне — в отношениях между государственным заказчиком и головным исполнителем (здесь есть и публичный интерес, и финансирование из федерального бюджета), глубже в цепочку договорных связей она проникнуть не может. Но первый уровень — это и есть контрактная система, для которой, как мы писали ранее, существует компромиссный и неокончательный запрет арбитрабельности. Если этот запрет будет трансформирован в регламентацию деятельности специализированного арбитражного учреждения, то споры первого уровня сопровождаемых сделок превратятся в арбитрабельные.

По этой довольно простой причине абсолютной неарбитрабельности в государственном

¹⁵ См.: ч. 2 ст. 2 Федерального закона от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. I). Ст. 4213 ; Федеральный закон от 29.12.2012 № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. I). Ст. 7600 ; Федеральный закон от 31.05.1996 № 61-ФЗ «Об обороне» // СЗ РФ. 1996. № 23. Ст. 2750.

¹⁶ См. об этом: *Беляева О. А., Кабытов П. П., Кузнецов В. И.* Правовое регулирование государственного оборонного заказа: цивилистический и административно-правовой аспекты // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 63.

¹⁷ См. об этом: *Беляева О. А.* Снабжение армии и флота: цивилистические аспекты // Право в Вооруженных Силах — военно-правовое обозрение. 2021. № 12. С. 32.

¹⁸ Автор при выполнении функций арбитра Третьей инстанции при Государственной корпорации «Ростех» столкнулся с таким случаем, когда стеклодувная мастерская полагала, что изготавливает стекло для изготовления витража, в то время как оно предназначалось для оборудования кабины бронетранспортера.

¹⁹ *Беляева О. А.* Гражданско-правовые аспекты отношений по государственному оборонному заказу // Идеи и традиции отечественной цивилистики: рубежи эпох и новые горизонты : сборник материалов к XVII Научным чтениям памяти профессора С. Н. Братуся. М. : Юриспруденция, 2023. С. 163–170.

²⁰ См. подробнее: *Михашин А. В.* Гражданско-правовое регулирование закупок по государственному оборонному заказу : монография / под ред. О. А. Беляевой. М. : Юстицинформ, 2022. С. 135–151.

оборонном заказе нет²⁰. Более того, в юридической периодике обсуждаются перспективы развития военно-третейского разбирательства и статуса военных арбитров²¹. А значит, точку в этом вопросе ставить еще нельзя.

Несколько слов о третьем закупочном сегменте — отношениях, регулируемых Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»²² (далее — Закон о закупках). Его следует анализировать отдельно, так как весьма затруднительно установить единый правовой знаменатель для осуществления закупок весьма и весьма разнообразными заказчиками, причем их неоднородность является многоаспектной: это и организационно-правовые формы, и цели деятельности, и объем финансирования закупок, и множество других факторов²³.

Публичность закупок так называемого окологосударственного (или квазигосударственного) сектора следует понимать исключительно как публичное размещение информации о закупках в случаях, определенных федеральным законом, но не по причине наличия в них публичного интереса. Финансирование этих закупок (за одним лишь исключением в виде автономных учреждений) осуществляется заказчиками самостоятельно и без использования бюджетных средств. Даже если говорить о бюджетных учреждениях и унитарных предприятиях, то и они расходуют по правилам Закона о закупках лишь те деньги, которые заработали или получили (гранты, пожертвования и т.п.) самостоятельно (п. 4, 5 ч. 2 ст. 1 Закона о закупках). Наконец, общественный контроль в этих отношениях тоже не предусмотрен, так что условная формула неарбитрабельности для них не работает.

Напротив, имеется и прямая норма, определяющая, что споры, возникающие из договоров, заключаемых в соответствии с Законом о

закупках, могут рассматриваться только в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением (ч. 10 ст. 45 Закона об арбитраже); есть и позиция высшей судебной инстанции о том, что в этих договорах препятствий для арбитрабельности нет²⁴.

Однако если с формулой неарбитрабельности всё более или менее ясно, по-прежнему нарастает интенсивность споров о другом аспекте, а именно о соотношении арбитрабельности, идеологии (принципов, основных начал) этого законодательства и особого алгоритма заключения договоров в конкурентных процедурах закупки.

Арбитражные (третейские) оговорки в контексте соблюдения принципов закупок

Зачастую ответчик настаивает на том, что имеет место бесспорная недействительность арбитражного соглашения ввиду заключения договора по стандартной форме. Отметим, что стандартизация характерна в первую очередь для конкурентных закупок, причем по многим причинам, главная из которых — требования ст. 3.2 Закона о закупках: «извещение — документация с включенным в нее проектом договора — заявка — протокол — договор». Именно так выглядит алгоритм продвижения закупочного процесса от обозначения потребности заказчика к определению оптимального контрагента, который ее удовлетворит.

Но, помимо формальных требований законодательства, следует обозначить еще два важных следствия такого алгоритма: антикоррупционный компонент (формализованное общение заказчика с претендентами и участниками) и антимонопольная составляющая (преграда для дискриминации интересов одних в целях предоставления преимуществ другим). Однако,

²¹ Иванова Е. В. Правовая реформа военно-третейского производства // Вестник военного права. 2018. № 1. С. 50.

²² СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. I). Ст. 4571.

²³ Беляева О. А. Режим публичных закупок: пути правовой идентификации // Проблемы и вызовы цифрового общества: тенденции развития правового регулирования цифровых трансформаций : сборник научных трудов по материалам I Международной научно-практической конференции, Саратов, 17–18 октября 2019 г. / под ред. Н. Н. Ковалевой. Саратов : Саратовская государственная юридическая академия, 2019. С. 153.

²⁴ См.: п. 16 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.12.2018 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 9.

несмотря на очевидные объяснения особого преддоговорного алгоритма, применяемого в закупках, на практике не утихают споры об ограничении конкуренции, неравенстве переговорных возможностей, ограничении свободы договора, навязывании невыгодных договорных условий и пр.

Вместе с тем, во-первых, подобные категории применимы лишь в спорах, обусловленных вступлением в договорные отношения с доминирующим на рынке субъектом²⁵. Во-вторых, свобода договора в закупках есть, просто возможность ее проявления передвинута во времени с момента непосредственного заключения договора на стадию подачи заявки на участие в конкурентной процедуре, результатом которой является предоставление права на заключение желаемого договора (участие в закупке всегда абсолютно добровольное, никто не может заставить претендента подать заявку с тем, чтобы состязаться за право заключения договора).

Впрочем, с заключением арбитражного (третейского) соглашения нужно быть намного аккуратнее, чем с любым другим договорным условием (причем не только в закупках). Арбитражное соглашение — исходная предпосылка третейского разбирательства. Все процессуальные права и обязанности сторон и иных лиц, полномочия арбитров, арбитражных учреждений, возможность использования мер государственного содействия арбитражу, таких как назначение или отвод арбитров, вопросы обеспечения иска, доказательств, выдача исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения связаны с наличием действительного и исполнимого арбитражного соглашения.

Соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда фиксирует результат распоряжения сторонами своими процессуальными правами и обязанностями. Пророгационный эффект арбитражного соглашения проявляется в возникновении не только компетенции третейского суда на рассмотрение и разрешение споров, охватываемых арбитражным соглашением, но и в том, что принцип добросовестно-

го исполнения договора (*pacta sunt servanda*) должен соблюдаться, односторонний отказ от арбитражного соглашения недопустим.

Третейскому суду в любом случае необходимо оценить, имеются ли основания для признания арбитражного соглашения недействительным, был ли полноценно реализован принцип автономии воли.

Есть мнение, что поскольку арбитражная (третейская) оговорка является условием проекта договора, являющимся одинаковым для всех участников, не влияет на результаты оценки поданных заявок и не создает отдельным участникам преимущественных условий, то говорить об ограничении конкуренции со стороны заказчика нельзя²⁶.

Представляется, что это не так и разрешение вопроса об ограничении конкуренции при включении арбитражной (третейской) оговорки в проект договора вообще не требуется. Это не вопрос права, а вопрос факта: произошло ли сокращение числа хозяйствующих субъектов на конкретном товарном рынке от того, что какой-либо заказчик включил эту оговорку в проект договора?²⁷ Естественно, ни суду, ни даже антимонопольному органу при рассмотрении административной жалобы (ч. 10 ст. 3 Закона о закупках) известно это быть не может. Для установления подобных последствий требуется расследование дела о нарушении антимонопольного законодательства, итоги которого в любом случае станут известны значительно позднее проведения процедуры закупки, а скорее всего, и позднее прекращения договора надлежащим исполнением.

Поэтому оценка действительности арбитражного (третейского) соглашения на предмет его соответствия принципам закупки (ч. 1 ст. 3 Закона о закупках) производиться не должна. Следует устанавливать реальную возможность свободного волеизъявления потенциального контрагента на вступление в арбитражное соглашение.

В любом случае сторона арбитражного соглашения, оспаривающая его действительность и исполнимость, обязана доказать, что любое толкование приводит к его недействительности

²⁵ См.: п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2021. № 5.

²⁶ Шиткина И. С., Гурьянов А. В. Указ. соч.

²⁷ См.: п. 17 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

и (или) неисполнимости²⁸. Это так называемый проарбитражный подход, имплементированный в Закон об арбитраже и устоявшийся в современной правоприменительной практике²⁹.

Свободное волеизъявление — это не только возможность применения альтернативного условия о порядке разрешения споров по договору. Такое ограничительное понимание свободы широко распространено и в административной³⁰, и в судебной практике³¹; собственно говоря, этот подход на доктринальном уровне был предложен достаточно давно³², но воспринят только в последние годы. Кроме того, предлагалась формализация переговоров в виде обмена протоколами разногласий, причем разногласия могут касаться любого договорного условия: если такие переговорные возможности были открыты в целом в отношении всего проекта договора, поставить под сомнение арбитражную (третейскую) оговорку уже невозможно. Наконец, возможен и вывод оговорки из проектов договоров на уровень отдельного арбитражного соглашения — это максимально безопасной вариант³³. Одним словом, есть целый ряд элементарных приемов договорной работы, которые исключают возможность оспаривания оговорок по мотиву порока воли.

Но во внимание следует принимать и более сложные случаи. Так, когда ответчик заявляет о недействительности оговорки во время спора, т.е. уже после того, как он допустил нарушение своих договорных обязательств (длительное время оговорка его не смущала, не мешала, например, получать авансовое финансирование от заказчика, ответчик приступил к фактическому исполнению своих обязательств), налицо будет злоупотребление правом³⁴.

Итак, единого «рецепта» нет, однако уместно еще раз добавить, что проблема установления свободного волеизъявления при заключении арбитражного (третейского) соглашения характерна для любых гражданско-правовых договоров, даже не осложненных закупочными процедурами. Поэтому всегда следует устанавливать, делал ли ответчик заявление или совершал иные действия, свидетельствующие о том, что он возражает против включения в текст договора арбитражной (третейской) оговорки.

Юридическая сила «спящих» арбитражных (третейских) оговорок

В настоящее время в Российской Федерации функционируют всего семь постоянно действующих арбитражных учреждений³⁵. Во-первых, в масштабах нашей страны это крайне незначительное число, во-вторых, существует запрос бизнеса на любые формы посредничества, включая третейское разбирательство, поэтому время от времени бизнес-структуры иницируют создание новых арбитражных учреждений. Вне всякого сомнения, арбитражных учреждений нужно больше, в том числе специализированных, ориентированных на особенности разрешения споров в промышленности, топливно-энергетической, строительной и других сферах (и, как уже говорилось, вероятно, в закупках).

На основании ч. 13 ст. 44 Закона об арбитраже постоянно действующее арбитражное учреждение может осуществлять деятельность по администрированию арбитража при условии получения некоммерческой организацией, при которой оно создано, права на осуществление

²⁸ См.: п. 26 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 3.

²⁹ Севастьянов Г. В. Действительность арбитражного соглашения с учетом концепции объективной беспристрастности третейского суда и положений Закона о закупках // Третейский суд. 2022. № 2/3. С. 15.

³⁰ См. письмо ФАС России от 07.04.2023 № МШ/26277/23.

³¹ См. постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.02.2024 № 09АП-91727/2023, 09АП-91728/2023 по делу № А40-206813/2023.

³² Беляева О. А. Третейская оговорка в договорах, заключаемых по результатам торгов и иных конкурентных процедур // Право и экономическая деятельность: современные вызовы : монография / Е. Г. Азарова, А. А. Аюрова, М. К. Белобабченко [и др.] ; отв. ред. А. В. Габов. М. : Статут, 2015. С. 300.

³³ Беляева О. А., Габов А. В. Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок // Журнал российского права. 2017. № 5. С. 51.

³⁴ См. постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.03.2024 № 15АП-1084/2024 по делу № А32-48319/2023.

³⁵ URL: <https://minjust.gov.ru/ru/pages/deponirovannyye-pravila-arbitrazha/> (дата обращения: 16.03.2024).

функций постоянно действующего арбитражного учреждения после получения уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (Минюстом России) уведомления в письменной форме от постоянно действующего арбитражного учреждения о размещении им на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» депонированных правил арбитража.

Нетрудно прогнозировать, что в краткосрочной перспективе будут появляться новые арбитражные учреждения. Но как сделать, чтобы арбитражные (третейские) оговорки заработали максимально быстро? Выход видится в применении так называемых спящих оговорок. Они имплементируются в договоры еще до депонирования правил арбитража, а вступают в силу лишь после. Такой прием позволяет избежать временного лага (инерционности арбитража), в противном случае арбитражное учреждение длительное время фактически не сможет вести свою деятельность, т.е. администрировать арбитраж, поскольку ему потребуется ожидать, когда по вновь заключенным договорам с включенными в них арбитражными (третейскими) соглашениями возникнут споры.

Впрочем, «спящая» оговорка может вызывать возражения со стороны ответчика³⁶. Так, арбитражная (третейская) оговорка была включена в договор, заключенный до депонирования правил арбитража, в связи с чем ответчик полагал третейское соглашение незаключенным, поскольку на момент заключения договора он не имел объективной возможности ознакомиться с правилами арбитража, в то время как на основании ч. 12 ст. 7 Закона об арбитраже правила арбитража — неотъемлемая часть третейского соглашения. Узнав о содержании правил арбитража, депонированных в Минюсте России, ответчик счел, что их содержание не соответствует его волеизъявлению, выраженному в момент заключения договора.

По существу такого возражения ответчика можно привести следующую аргументацию. Прежде всего третейский суд может сам принять постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного

соглашения (ч. 1 ст. 16 Закона об арбитраже)³⁷. Согласно принципу «компетенции-компетенции» он наделен соответствующими полномочиями относительно решения всех вопросов собственной компетенции, включая возражения относительно действительности и существования арбитражного соглашения. Основное предназначение принципа «компетенции-компетенции» — это повышение эффективности процедуры разрешения арбитражных споров во избежание необоснованного затягивания арбитражного разбирательства недобросовестной стороной. Принцип «компетенции-компетенции» в широком смысле делает само арбитражное разбирательство возможным.

Третейский суд, реализуя принцип «компетенции-компетенции», должен убедиться в наличии заключенного между сторонами спора арбитражного соглашения; его юридической действительности и распространении арбитражного соглашения на данный спор. Это право и одновременно обязанность третейского суда не опровергаются даже в том случае, если одна из сторон возражает против компетенции третейского суда разрешать спор.

Из части 12 ст. 7 Закона об арбитраже не следует, что сначала должны быть составлены и депонированы в установленном порядке правила арбитража, а затем с учетом их содержания может быть заключено арбитражное соглашение. Напротив, если обратиться к п. 3 ч. 2 ст. 45 Закона об арбитраже, то становится понятно, что арбитражное соглашение и правила арбитража не являются взаимообусловленными. Так, в случае, если после заключения сторонами арбитражного соглашения в правила постоянно действующего арбитражного учреждения вносятся изменения или принимаются новые правила, применяется редакция правил, действующая на момент начала арбитражного разбирательства, если стороны не согласовали иное в арбитражном соглашении либо если иное не предусмотрено при введении новых правил или не вытекает из существа новых правил.

Из этой нормы видно, что в период существования арбитражного соглашения правила арбитража могут быть изменены и даже отме-

³⁶ Далее автор приводит аргументацию, использованную им при выполнении функций арбитра Арбитражного учреждения при ООО «Союзмаш России» (рассмотрение споров в сфере промышленности).

³⁷ Право третейского суда самостоятельно принимать решение о своей компетенции является общепризнанным в доктрине и практике международного коммерческого арбитража, а также закреплено в национальном законодательстве и на конвенционном уровне.

нены, но это не означает каких-либо сомнений в заключенности и действительности арбитражного соглашения. Если стороны не пришли к иному соглашению, арбитражное соглашение продолжает существовать в неизменном виде.

Указание на то, что правила арбитража являются частью арбитражного соглашения, представляет собой всего лишь особый прием юридической техники — инкорпорацию (от лат. *incorporatio*), объединение правовых норм без какого-либо изменения их содержания или формы в единое целое.

Таким образом, правила арбитража становятся инкорпорированными в состав арбитражного соглашения, ранее заключенного истцом и ответчиком, с момента их депонирования.

Изложенное позволяет сформулировать утверждение о заключенности и, следовательно, допустимости арбитражных (третейских) соглашений в формате «спящих» оговорок.

Заключение

Формула неарбитрабельности, выработанная современной судебной практикой, является условной и по большому счету специфику закупочных процедур она не колеблет. Абсолютной неарбитрабельности в закупках не существует.

Нынешний запрет окончательным не является и в будущем может быть преодолен.

Есть приемы договорной работы, которые блокируют вероятность оспаривания арбитражной (третейской) оговорки по мотиву ее недействительности в связи с пороком волеизъявления. Но это не особая проблематика закупки, подобное оспаривание в связи с неравенством переговорных возможностей возможно в любых договорных отношениях.

Современному предпринимательскому обороту требуется больше арбитражных учреждений, и они однозначно будут появляться в краткосрочной перспективе, что требует правильной квалификации «спящих» арбитражных (третейских) оговорок как заключенных соглашений.

Но в целом представляется, что корень зла находится и не в арбитрабельности как таковой, и не в специфике возникновения договорных отношений в закупках, и даже не в источнике финансирования обязательств, а в том, что юристы не гнушаются использовать любые методы уклонения от исполнения решения (судебного или арбитражного), поэтому оспаривание арбитражных (третейских) оговорок, подача заявлений об отмене выдачи исполнительного листа в 99 % случаев обусловлены банальным нежеланием выполнять свои обязательства³⁸.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Беляева О. А., Габов А. В. Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок // Журнал российского права. 2017. № 5. С. 46–55.

Беляева О. А. Гражданско-правовые аспекты отношений по государственному оборонному заказу // Идеи и традиции отечественной цивилистики: рубежи эпох и новые горизонты : сборник материалов к XVII Научным чтениям памяти профессора С. Н. Братуся. М. : Юриспруденция, 2023.

Беляева О. А., Кабытов П. П., Кузнецов В. И. Правовое регулирование государственного оборонного заказа: цивилистический и административно-правовой аспекты // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 60–72.

Беляева О. А. Режим публичных закупок: пути правовой идентификации // Проблемы и вызовы цифрового общества: тенденции развития правового регулирования цифровых трансформаций : сборник научных трудов по материалам I Международной научно-практической конференции, Саратов, 17–18 октября 2019 г. / под ред. Н. Н. Ковалевой. Саратов : Саратовская государственная юридическая академия, 2019. С. 153–155.

Беляева О. А. Снабжение армии и флота: цивилистические аспекты // Право в Вооруженных Силах — Военно-правовое обозрение. 2021. № 12. С. 29–33.

Беляева О. А. Теоретико-правовые основы публичных закупок в современном российском правопорядке // Современные проблемы развития предпринимательского и корпоративного права в России и за

³⁸ См., например: постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.12.2022 № Ф05-33856/2022 по делу № А40-139366/2022.

рубежом : монография / Н. Ю. Андреев, Л. Л. Арзуманова, В. С. Белых [и др.] ; под общ. ред. В. А. Вайпана, М. А. Егоровой. М. : Юстицинформ, 2021. С. 278–299.

Беляева О. А. Третьейская оговорка в договорах, заключаемых по результатам торгов и иных конкурентных процедур // Право и экономическая деятельность: современные вызовы : монография / Е. Г. Азарова, А. А. Аюрова, М. К. Белобабченко [и др.] ; отв. ред. А. В. Габов. М. : Статут, 2015. С. 291–300.

Еремин В. В. Концепция накопления (концентрации) общественно значимых публичных элементов в правоотношении как основание для неарбитрабельности спора // Вестник гражданского процесса. 2021. № 3. С. 191–211.

Иванова Е. В. Правовая реформа военно-третейского производства // Вестник военного права. 2018. № 1. С. 45–51.

Михашин А. В. Гражданско-правовое регулирование закупок по государственному оборонному заказу : монография / под ред. О. А. Беляевой. М. : Юстицинформ, 2022. 195 с.

Лазарев В. В. О роли суда в формировании правовых доктрин // Юридическая наука: история и современность. 2022. № 11. С. 135–151.

Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 15–28.

Османова Д. О. Доктрина как источник гражданского права // Хозяйство и право. 2023. № 12. С. 3–20.

Севастьянов Г. В. Действительность арбитражного соглашения с учетом концепции объективной беспристрастности третейского суда и положений Закона о закупках // Третейский суд. 2022. № 2/3. С. 10–15.

Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2.

Шиткина И. С., Гурьянов А. В. Третейское разбирательство как эффективный способ разрешения споров: актуальные проблемы // Вестник арбитражной практики. 2023. № 2. С. 3–13.

REFERENCES

Belyaeva OA, Gabov AV. Arbitrability of disputes arising in the field of procurement. *Journal of Russian Law*. 2017;5:46-55. (In Russ.).

Belyaeva OA, Kabytov PP, Kuznetsov VI. Legal Regulation of the State Defense Order: Civil and Administrative Aspects. *Journal of Russian Law*. 2019;9:60-72. (In Russ.).

Belyaeva OA. Theoretical and legal foundations of procurement contracts in contemporary Russian legal order. In: Andreev NYu, Arzumanova LL, Belykh VS, Vaipan VA, Egorova MA (eds.). *Modern problems of the development of entrepreneurial and corporate law in Russia and abroad*. Moscow: Yustitsinform Publ.; 2021. (In Russ.).

Belyaeva OA. Arbitration clause in contracts concluded based results of tenders and other competitive procedures. In: Azarova EG, Ayurova AA, Belobabchenko MK, Gabov AV (ed.). *Law and Economic Activities: Modern Challenges*. Moscow; 2015. (In Russ.).

Belyaeva OA. Civil law aspects of relations under the state defense order. In: *Ideas and traditions of Russian civil law: Fontiers of epochs and new horizons. Proceedings of the 17th Scientific Readings in memory of Professor S. N. Bratus*. Moscow: Yurisprudentsiya Publ.; 2023. (In Russ.).

Belyaeva OA. Army and Navy supply: civil aspects. *Pravo v Vooruzhennykh Silakh — Voennopravovoe obozrenie [Law in the Armed Forces — Military Law Review]*. 2021;12. (In Russ.).

Belyaeva OA. The regime of public procurement: ways of legal identification. *Problems and challenges of the digital society: trends in the development of legal regulation of digital transformations: A collection of research papers based on the proceedings of the I International Scientific and Practical Conference, Saratov, October 17–18, 2019*. Saratov: Saratov State Law Academy; 2019. (In Russ.).

Eremin VV. The Concept of Accumulation (Concentration) of Socially Significant Public Elements in Legal Relation as a Basis for Non-Arbitrability of a Dispute. *Herald of Civil Procedure*. 2021;3:191-211. (In Russ.).

Ivanova EV. Legal reform of military arbitration proceedings. *Vestnik voennogo prava*. 2018;1. (In Russ.).

Khabrieva TYa. The doctrinal significance of the Russian Constitution. *Journal of Russian Law*. 2009;2. (In Russ.).

Lazarev VV. On Limited Interpretation of the law: classics, modern and postmodern. *Journal of Russian Law*. 2016;8:15-28. (In Russ.).

Lazarev VV. On the role of the court in the formation of legal doctrines. *Yuridicheskaya nauka: istoriya i sovremennost [Legal science: history and modernity]*. 2022;11. (In Russ.).

Mikhashin AV. *Civil law regulation of procurement under the state defense order*. Moscow: Yustitsinform Publ.; 2022. (In Russ.).

Osmanova DO. A Doctrine as a Source of Civil Law. *Economy and Law*. 2023;12:3-20. (In Russ.).

Sevastyanov GV. Validity of the Arbitration Agreement in view of the Objective Impartiality of the Arbitration Court Conception and Statutory Provisions on Purchase. *The Arbitration Court*. 2022;2/3:10-15. (In Russ.).

Shitkina IS, Guryanov AV. Arbitration Proceedings as an Effective Method to Resolve Disputes: Current Issues. *Vestnik Arbitrazhnoy Praktiki*. 2023;2:3-13. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Беляева Ольга Александровна, доктор юридических наук, профессор РАН, почетный работник сферы образования Российской Федерации, главный научный сотрудник Центра частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации
д. 34, Б. Черемушкинская ул., г. Москва 117218, Российская Федерация
o.believa@rambler.ru

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Olga A. Belyaeva, Dr. Sci. (Law), Professor, Russian Academy of Sciences; Honorary Worker of Education of the Russian Federation; Chief Researcher, Private Law Research Center, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
o.believa@rambler.ru

Материал поступил в редакцию 16 января 2024 г.

Статья получена после рецензирования 10 апреля 2024 г.

Принята к печати 15 апреля 2024 г.

Received 16.01.2024.

Revised 10.04.2024.

Accepted 15.04.2024.