Сергей Владимирович Усоскин
адвокат, *Double Bridge Law*

Третейские суды, бюджетные средства и пересмотр по существу: Верховный Суд породил еще большую неразбериху

Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 18.09.2019 № 307-ЭС19-7534

В комментируемом определении Верховный Суд подтвердил отказ в исполнении решения третейского суда, согласившись с тем, что достаточными основаниями для этого являются неправильное применение норм бюджетного законодательства и ссылка на доказательства, которые другая сторона в деле, возможно, не могла прокомментировать. В комментарии отмечается, что Верховный Суд, установив, что работы по договору, из которого возник спор, в конечном итоге финансировались из бюджетных средств, не признал спор неарбитрабельным. Одновременно критикуется мотивировочная часть решения, которая очень похожа на пересмотр по существу.

Ключевые слова: арбитраж, арбитрабельность, публичный порядок, пересмотр по существу

Loaded: 19-05-2024 AMt 07:48:37

Sergey Usoskin
Advocate, *Double Bridge Law*

Arbitral Tribunals, Budgetary Funds and Review on Merits: The Supreme Court Creates Even More Confusion

Case Comment on the Judgment of the Chamber for Commercial Disputes of the SC RF No. 307-ЭС19-7534, 18 September 2019

In its judgment, the Supreme Court affirmed the lower courts' decisions denying enforcement of the arbitral award, confirming that the incorrect application of budgetary law rules and the arbitral tribunal's reference to evidence that the other party to the case may not have had the opportunity to comment on constitute sufficient grounds for their decisions. The case comment notes that the Supreme Court, after establishing that the works under contract from which the dispute arose were ultimately funded from the state budget, did not conclude that the dispute was non-arbitrable. The reasoning of the judgment is critisised based on its resemblance to a review on merits.

Keywords: arbitration, public policy, arbitrability, review on merits

В 2013 г. «Ленэнерго» наняло подрядчика — ООО «КЭР» — для реконструкции линий электропередачи, ведущих к важнейшему инфраструктурному сооружению — очистным сооружениям, обрабатывающим более половины сточных вод Санкт-Петербурга. Деньги на эту реконструкцию «Ленэнерго» получило из взноса в уставный капитал своего акционера, который, в свою очередь, получил их от государства. В 2014 г. подрядчик сдал работы на более чем 600 млн руб. и потребовал оплатить дополнительные работы. Заказчик отказал, а ООО «КЭР» обратилось в третейский суд, который в 2017 г. взыскал более 136 млн руб. в пользу подрядчика.

После двух лет баталий в государственных судах Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ (далее — Коллегия) подтвердила отказ в исполнении решения третейского суда. В своем комментарии я хотел бы отдельно рассмотреть две проблемы, которые были ключевыми в этом деле: роль бюджетных средств в рассмотрении споров в арбитраже и границы вмешательства государственных судов в оценку доказательств арбитрами. Решение ВС по этому делу могло внести необходимую ясность, однако оно оставляет больше вопросов, чем дает ответов, и, наверное, его основная ценность в том, что судьи не сказали.

1. В рассматриваемом деле Коллегия признала установленным факт «*наличия бюджетных инвестиций в спорных правоотношениях*». Напомним, что бюджетные инвестиции были получены заказчиком для финансирования проекта, в рамках которого выполнял работы подрядчик. Подрядчик же получал не «инвестиции», а оплату от коммерческой организации — заказчика. Но, видимо, и такого «запаха» бюджетных средств достаточно. Это очень тревожный — пугающий, можно сказать, — намек практически для всех организаций в России: они часто выполняют работы, оказывают услуги или поставляют товары, которые затем могут быть

Loaded: 19-05-2024 AMt 07:48:37

использованы для выполнения государственного заказа (или финансируемых из бюджета проектов).

Примечательно, что Коллегия отбросила без аргументации справедливый вывод кассационной инстанции — АС Северо-Западного округа: дополнительные работы (предмет спора) не финансировались из бюджета, и «Ленэнерго» должно было бы оплатить их из собственных средств. Однако поскольку она предпочла не высказываться по этому вопросу, то считать, что наличие даже 10% непрямого бюджетного финансирования в оплате работ влияет на весь договор, преждевременно.

Ключевой вопрос все-таки не в этом, а в том, что же дальше? Позитивной частью ответа на него является то, что Коллегия не сказала: не было заявлено, что любое решение третейского суда по спору из правоотношений, в которых «наличествуют бюджетные инвестиции», противоречит публичному порядку.

Вместо этого Коллегия отметила, что «Ленэнерго» не получило заключение государственной экспертизы на изменение сметной стоимости строительства, которое было обязательно по бюджетному законодательству для получения дополнительных ассигнований. Судьи не дают самостоятельной оценки этому обстоятельству, но, видимо, соглашаются с выводом суда первой инстанции — решение третейского суда, вынесенное по не одобренному государственной экспертизой проекту, противоречит публичному порядку.

Этот вывод вызывает как минимум два вопроса. Во-первых, что это, если не пересмотр решения третейского суда по существу? Арбитры посчитали, что стоимость дополнительных работ может быть взыскана независимо от наличия заключения государственной экспертизы. Такое решение по существу спора в соответствии с российским законодательством не может пересматриваться государственными судами. Во-вторых, ни суд первой инстанции, ни Коллегия не объясняют, почему заключение госэкспертизы является условием получения оплаты *подрядчиком*; заключение должно было быть получено заказчиком для целей бюджетного финансирования — об этом говорит ст. 80 БК РФ, на которую сослались суды. Они не привели ни одно положение договора или закона, которые бы предусматривали аналогичное условие для подрядчика.

Коллегия не объяснила, почему в этих обстоятельствах согласилась с выводом суда первой инстанции об отказе в исполнении решения третейского суда. Можно сделать два альтернативных предположения.

Первое: решения третейских судов, связанные с «затратой бюджетных средств», могут подвергаться более глубокой проверке государственными судами, по сути, пересматриваться по существу. Это ведет к разрушению природы третейского разбирательства — дело разрешается не арбитрами, выбранными сторонами, а государственными судьями. Утрачиваются многие преимущества арбитража, включая оперативность и меньшую формальность. Такой подход возможен, но решение о создании этого «третейского Франкенштейна» может принять только законодатель. Как и в вопросах арбитрабельности, суды не могут и не должны изменять границы проверки решений третейских судов в зависимости от своего понимания государственных интересов и необходимости их защиты.

Loaded: 19-05-2024 AMt 07:48:37

Второе — и это объяснение кажется мне более оптимистичным — Коллегия усмотрела за отсутствием государственной экспертизы и недостаточностью в третейском деле доказательств (об этом ниже) признаки чего-то недобросовестного и «нехорошего». И вместо того чтобы дать этим обстоятельствам прямую оценку или направить дело на новое рассмотрение для того, чтобы суд первой инстанции мог собрать соответствующие доказательства, предпочла просто подтвердить отказ в исполнении. Оговорюсь, что это только предположение, которое я делаю без намерения давать какую-то оценку фактам конкретного дела или его сторонам. Если оно верно, то выбранную Коллегией тактику нельзя приветствовать, так как молчание создает неопределенность и, более того, может быть истолковано нижестоящими судами как санкция на пересмотр решений третейских судов по существу.

2. Не менее примечательна позиция Коллегии по вопросу об оценке третейским судом доказательств. Здесь она признала нарушенным принцип «законности и обоснованности судебного акта (третейского решения)», который, по мнению судей, является элементом публичного порядка Российской Федерации.

В основу этого вывода было положено три обстоятельства. Во-первых, третейский суд вынес решение, не изучив самостоятельно рабочую и исполнительную документацию, а опирался на заключение экспертной организации, которая оценивала объем работ по этой документации, но без выезда на место. Во-вторых, решение основано на отчете специализированной организации, однако она не была привлечена в порядке, определенном регламентом для назначения эксперта, — отчет был представлен истцом в качестве приложения к одному из состязательных документов. В-третьих, имеющийся в материалах третейского дела отчет не совпадает с отчетом, который был первоначально представлен истцом: не совпадает количество страниц, имеются две страницы с номером 75.

Отказ в исполнении решения в связи с этими обстоятельствами является плохо закамуфлированным пересмотром решения по существу. Критика сводится к несогласию с подходом арбитров к оценке доказательств: арбитры опирались на заключение, а судьи предпочли бы видеть исполнительную документацию; арбитры сочли достаточным доказательством заключение специализированной организации, которая не была привлечена в качестве эксперта, а судьи хотели бы видеть заключение привлеченного по процедуре эксперта. Самое главное, что для установления любого нарушения публичного порядка необходимо, чтобы нарушение со стороны третейского суда, если оно имело место, влекло неблагоприятные последствия для стороны. В этом деле суды не указали, в чем же заключались негативные последствия для ответчика: оспаривал ли ответчик какие-либо из выводов в отчете, представленном истцом, заявлял ли о необходимости исследования исполнительной документации (ее объем может измеряться грузовиками) и есть ли хоть один пример того, что исполнительная документация (в неисследовании которой обвинены арбитры) противоречит выводам арбитров.

Более серьезный вопрос связан с заключением экспертизы, которое, как установили суды, отличалось от представленного истцом. Здесь можно говорить о лишении ответчика возможности представить свою позицию по этой отличающейся экспертизе. Но и такой вывод требует обоснования: из решений судов мы так и не узнаем, чем же отличались документы; что было на этой таинственной повторяю-

Loaded: 19-05-2024 AMt 07:48:37

щейся странице 75 или на страницах 74 или 76. Иными словами, суды не установили, что права ответчика были каким-либо образом нарушены по существу, речь идет, если опираться на судебные акты, о формальном нарушении. Такое, формальное, нарушение не доказывает нарушение публичного порядка.

Коллегия, к сожалению, смешала вопросы нарушения процессуальных прав стороны, публичного порядка и оценки доказательств арбитрами. Отказ арбитров исследовать доказательства или использование при вынесении решения доказательств, по которым у стороны не было возможности представить свою позицию, может быть основанием для отказа в исполнении решения арбитров, если это помешало стороне представить свою позицию. Это самостоятельное основание для отказа в исполнении, которое должно быть доказано ссылающейся на него стороной. Вопрос о нарушении публичного порядка может ставиться в исключительных случаях, когда речь идет о подделке документов или иных подобных обстоятельствах.

Кроме того, арбитры не связаны процессуальными нормами и практиками, существующими в государственных судах, — в этом одно из важных преимуществ арбитража. Например, распространенной практикой, особенно в международном арбитраже, является использование заключений специалистов или специализированных организаций, представляемых сторонами, а не экспертов, назначаемых арбитрами. Права и интересы другой стороны обеспечены тем, что она вправе оспорить выводы такого специалиста, представить заключение собственного специалиста, просить о назначении экспертизы арбитрами. Самое главное, что арбитры не связаны выводами специалиста и оценивают его заключение наряду с другими доказательствами и пояснениями сторон. Попытка навязать третейским судам практику, существующую в государственных судах, когда во внимание принимаются только заключения, полученные по результатам назначенной судом экспертизы, с использованием «дубины» публичного порядка может только снизить привлекательность арбитража.

Information about the author

Sergey Usoskin — Advocate, *Double Bridge Law* (e-mail: su@doublebridgelaw.com).

Loaded: 19-05-2024 AMt 07:48:37