

Можно ли рассматривать арбитраж в качестве услуги?

М. Э. МОРОЗОВ, председатель правления
Национальной третейской палаты, старший преподаватель
Новосибирского государственного университета;
sibts@yandex.ru



В статье рассматривается возможность квалификации арбитража в качестве возмездно оказываемой услуги.

Ключевые слова: услуга; арбитраж; администрирование.

Арбитражная реформа серьезным образом скорректировала многие базисные понятия третейского разбирательства. В наименьшей степени эта реформа затронула процедурные отношения, т. е. сам арбитраж. Однако сфера организационных отношений претерпела существенное изменение. Прежде всего, это выразилось в резком усилении императивного метода регулирования, а также в разделении арбитража и процедуры его администрирования. Усиление внимания государства к организационным отношениям приводит к необходимости еще раз подвергнуть системному анализу отдельные элементы арбитражных правоотношений с точки зрения их правовой природы. Одним из таких вопросов является вопрос о возможности квалификации отношений в сфере арбитража в качестве услуги.

История этого вопроса весьма долгая, к нему обращались еще столетия назад. В последнее время он был снова поднят в контексте налоговых отношений, когда ставился вопрос о возможности исчисления налогов с третейского сбора как с коммерческой деятельности. Обзор судебной практики, которая отрицала предпринимательский характер деятельности третейских судов, привел Е. А. Скородумов¹. Закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» устанавливает, что деятельность арбитров не является предпринимательской (ст. 2). Исходя из того, что администрирование арбитража осуществляется НКО, его также можно считать некоммерческой деятельностью. Впрочем, многие НКО оказывают услуги, например в области культуры. Уже после введения упомянутого Закона позиция о том, что арбитраж является услугой, вполне аргументированно прозвучала от А. И. Муранова². Разделение администрирования арбитража и процедуры арбитража вынуждает рассматривать арбитражные отношения применительно к разным группам отношений: арбитров со сторонами, арбитров с арбитражным центром и арбитражного центра со сторонами. Установление признаков категории услуги следует производить в отношении каждого элемента.

¹ Скородумов Е. А. Налоги, страховые взносы и третейские суды // Третейский суд. 2000. № 6. С. 31–33.

² Муранов А. И. Арбитражные алчность и самодовольство в ходе «отправления правосудия». Или «третейская сфера и закон о защите конкуренции. Рынки услуг по арбитражу. Как определить?» ФАС РФ — № 2»: https://zakon.ru/blog/2018/04/12/arbitrazhnye_alchnost_i_samodovolstvo_v_hode_otpravleniya_pravosudiya_ili_tretejskaya_sfera_i_zakon (дата посещения — 10.12.2018).

В дореволюционной России по большей части анализу подвергался характер отношений арбитра со сторонами, что было обусловлено тем, что администрирование и третейский суд как институция практически отсутствовали. Взгляды на эти отношения существенно различались, но большинство авторов отвергало конструкцию, согласно которой рассмотрение спора является услугой³. Аргументация ученых была следующей: в отличие от отношений, вытекающих из договора услуг, арбитр может действовать против интересов стороны, от его услуг нельзя отказаться в одностороннем порядке, а объект сделки (вынесение судебного решения) не характерен для гражданского права. Указанные воззрения господствуют и в современности. Хотя сущность третейского суда не изменилась, существенно видоизменились организационные отношения в арбитраже. Прежде всего, это выразилось в усилении роли арбитражного учреждения, которое занимается организационным обеспечением арбитража. Если ранее оно не играло существенной роли в этих отношениях, то в современности именно арбитражные учреждения обеспечивают контакты со сторонами, совершение процессуальных действий; получают арбитражный сбор; поддерживают интерес к арбитражу и распространение арбитражного соглашения среди будущих сторон.

Можно согласиться, что отношения арбитра со сторонами сложно свести к конструкции договора оказания услуг, поскольку каждый признак этого договора проявляется в этих отношениях в искаженном виде или отсутствует вовсе. Это справедливо, если мы рассматриваем арбитражные отношения применительно к арбитражу *ad hoc*. Там арбитражные отношения проявляются в чистом виде, и в таком виде они всегда и подвергались анализу. Арбитражная реформа ввела в эти отношения элемент надстройки в виде постоянно действующего арбитражного учреждения (ПДАУ) и придала особое регулятивное значение организационным отношениям. Более того, п. 1 ст. 2 Закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» прямо указывает, что администрирование — это функция арбитражного учреждения, и отделяет ее от фигуры арбитра. Применительно к арбитру *ad hoc* Закон никак не квалифицирует, чем являются эти действия. Строго формально это вообще не администрирование, если оно осуществляется самим арбитром; если оно осуществляется другим лицом, то можно вести речь уже о скрытом администрировании. Выводы о характере отношений, которые были очевидны для арбитража *ad hoc*, уже не столь очевидны для отношений с участием ПДАУ. Кроме того, арбитражное правоотношение представляет собой неразрывное правоотношение, включающее в себя как процессуальные элементы, так и частноправовые, что должно быть подвергнуто анализу именно в совокупности.

Признаком договора оказания услуг является направленность на выполнение работ без их выражения в о вещественном результате, который не отделим от процесса оказания услуги. Заказчик в договоре услуг имеет право давать указания исполнителю, отказаться от дальнейшего выполнения работ, а исполнитель должен действовать в интересах заказчика. Развитие арбитражного правоотношения происходит в несколько этапов. Сначала стороны заключают арбитражное соглашение, которое является только

³ Волков А. Ф. Торговые третейские суды. СПб., 1913. С. 127.

предпосылкой к вступлению в арбитражные отношения. Само отношение возникает в момент предъявления иска. Далее следует стадия назначения арбитра, здесь, как правило, участвует арбитражное учреждение. Завершается отношение рассмотрением спора и вынесением решения. Изложенный подход опирается на существенное допущение — исключение из этих отношений фигуры арбитра как самостоятельного субъекта. Не будем анализировать теории о характере отношений между арбитрами и сторонами, но сейчас господствует утверждение, что такие отношения в гражданско-правовой плоскости отсутствуют, в то время как в процессуальной плоскости являются центральными. Именно это и позволяет исключить фигуру арбитра из анализа этих отношений в плоскости гражданского права. Если наложить эту последовательность на процедуру заключения гражданско-правового договора, то легко понять, что арбитраж существенно отличается от договорной конструкции заключения договора услуг.

Первый возникающий вопрос применительно к арбитражным отношениям: кто является заказчиком, если воспринимать их как услугу? Истец плохо подходит на эту роль, поскольку его сходство с заказчиком состоит только в оплате им арбитражного сбора. В то же время арбитр не руководствуется его указаниями, не может действовать в его интересах, а истец не может отказаться от услуг арбитра. Если рассматривать в качестве заказчика обе стороны арбитража, то можно квалифицировать арбитраж как договор услуги с множественностью сторон. Истец и ответчик по отдельности не соответствуют фигуре заказчика, вместе они вполне способны выступать в этой роли. Обе стороны могут отказаться от услуги (прекратить арбитраж), могут давать совместно указания арбитру, которыми он будет руководствоваться в части процедуры рассмотрения спора. Вынося решение, арбитр действует в интересах обеих сторон, которые они сформулировали в арбитражном соглашении, поручив разрешить их спор. Интересы сторон противоположны, но обе они имеют один интерес — разрешение спора на основе норм права. Если рассматривать арбитраж с точки зрения договорных конструкций, то правила арбитража займут в нем место правил, в которых формулируются существенные условия в договоре присоединения. Свойство публичного договора в виде обязанности вступить в отношение с любым обратившимся здесь выражается в виде равного отношения к сторонам и невозможности отказа в принятии иска, если он подан с соответствием с правилами арбитража. То обстоятельство, что правила арбитража считаются частью арбитражного соглашения, нисколько не подрывает предложенной конструкции. Гражданскому праву известны конструкции, когда акт, выпущенный одной из сторон, становится частью договора (правила перевозки пассажиров, правила страхования и т. д.).

Эта логика имеет существенный недостаток — стороны вступают в отношения не с арбитром как таковым, а с арбитражным учреждением. Однако целью вступления в отношения с ПДАУ является не получение от него каких-либо услуг. Услуги по администрированию сторонам вообще не нужны в отрыве от арбитражного разбирательства, ради которого они и вступают в эти отношения. Одна из первых задач вступления в отношения с ПДАУ — формирование состава суда, т. е. роль ПДАУ в этих отношениях сводится к посредничеству в отношениях сторон и арбитров, поскольку прямой

контакт может быть нежелателен. Заключая арбитражное соглашение, стороны ставят целью защиту прав путем вынесения решения, что выходит за рамки полномочий арбитражного учреждения, а осуществляется только арбитром. Соответственно, сама услуга по администрированию лишена какой-либо самостоятельной ценности в отрыве от арбитража. Определить администрирование арбитража и роль арбитражного учреждения как функции сугубо вспомогательные, как и иные услуги технического характера, не получится. На арбитражное учреждение возложены и процессуальные полномочия: принятие иска, которое активизирует «дремлющие» арбитражные отношения; формирование состава суда; участие в рассмотрении отводов; принятие и распределение арбитражного сбора; хранение и направление дел в компетентный суд. Таким образом, в администрирование арбитража входят как самые обычные услуги, лишённые какой-либо специфичности, так и те, которые имеют процессуальный характер и не могут охватываться гражданским правом. При этом направленность договора свидетельствует о том, что эти специфические услуги занимают в администрировании арбитража ведущее положение. Поэтому признать даже администрирование арбитража обычной гражданско-правовой услугой не представляется возможным. Дуализм арбитража проявился и в процедуре его администрирования, которая имеет четко выраженные черты процессуальной деятельности.

Ранее я уже обращался к теме сочетания частного и публичного в процедуре арбитража⁴. В этой работе делался вывод о различиях в регулировании разных элементов арбитража в зависимости от связи с частным или публичным правом. В частности, к публичному праву тяготеют все аспекты, связанные с процедурой рассмотрения спора и организационными отношениями: процессуальная форма и решение суда, т. е. стадии арбитража, где существует взаимосвязь участников арбитража и государства. Результатом реформы стало усиление императивного регулирования в сферах, которые имели сугубо диспозитивное регулирование (правила арбитража, арбитражный сбор). Кроме того, администрирование арбитража из вспомогательной функции, ранее не регулировавшейся, не только обрело детальное императивное регулирование, но и субъектность в виде НКО.

Арбитражная реформа не ориентировалась на тенденцию выделения частного процессуального права с особым методом регулирования⁵, резко усилив в арбитражном правоотношении публичные элементы и императивный метод регулирования. Арбитражное разбирательство из единого правоотношения с особым соотношением частного и публичного искусственно было разделено на две относительно самостоятельные сферы — арбитраж и его администрирование. Такая самостоятельность относительна, поскольку эти сферы настолько тесно переплетены, что их разделить весьма затруднительно. Если рассматривать институт арбитража с позиции, что это явление частного права, которое имеет лишь вкрапления права публичного, то логика придания отдельным его элементам, таким как администрирование, статуса гражданско-правовой услуги не выглядит столь уж экзотично.

⁴ Морозов М. Э. Правовая природа законодательства, регулирующего третейское судопроизводство. Новосибирск, 2008. С. 122.

⁵ Севастьянов Г. В. Теория частного процессуального права vs «судоизация и материализация арбитража» // Закон. 2017. № 9. С. 41–59.

Согласно договорной теории арбитража он в целом рассматривается как институт частного права, а на ранних этапах — как разновидность гражданско-правового договора. Соответственно, администрирование как часть арбитража, наименее связанная с процессом, имеет все предпосылки быть рассмотрено в качестве гражданско-правовой услуги, хотя и особого порядка. Объектом услуги можно признать процесс администрирования (организационное обеспечение разрешения спора), исключив из него арбитраж как таковой. Развитие такого правоотношения можно представить в следующем виде. Принимая правила арбитража, ПДАУ делает оферту, формулируя существенные условия услуги по администрированию, как это делается в договоре присоединения. Исключением является не характерная для договора присоединения возможность предоставления сторонам права вносить изменения в условия договора (через изменение правил арбитража соглашением сторон). Заключая арбитражное соглашение, стороны определяют порядок и условия заключения договора в будущем на услуги по организации арбитража. В момент подачи иска истец акцептует оферту и заключает договор на услуги по администрированию спора. Ответчик в этой конструкции занимает особое положение, поскольку становится полноправной стороной данного договора со всем набором прав и обязанностей, однако его правовое положение вытекает из специфики отношений, которую можно рассматривать как множественность лиц на стороне кредитора.

Если ограничиться рассмотрением в качестве услуги только администрирования, то подавляющая часть аргументов о том, что правосудие или разрешение спора не может рассматриваться как услуга, станет не относящейся к предмету. Принципиальных препятствий для рассмотрения снабжения арбитров оргтехникой, предоставления помещений, сбора и распределения гонорара и иной помощи в арбитраже в качестве услуги — нет. Особый характер такой услуги имеет значение, но стоит признать, что многие услуги имеют свои отличительные признаки. Так, в аудиторской, оценочной или нотариальной услуге исполнитель не в полной мере следует указаниям заказчика. Более того, он в большей степени следует предписаниям нормативных актов, а не указаниям заказчика, поскольку целью этих услуг является достижение публично значимого результата не столько в интересах сторон, сколько общества в целом. Публичная значимость в арбитраже проявляется даже в большей степени, чем в указанных видах деятельности. Поэтому в арбитраже наблюдается отчетливо выраженное усиление императивного регулирования. Даже такой сугубо частный институт как правила арбитража получил черты публичности, поскольку их соответствие закону проверяется государством, и далее они депонируются для обеспечения их неизменности.

Основным препятствием для распространения статуса услуги на администрирование является его присутствие в гражданском процессе как его неотъемлемой части. Однако такое сравнение не является корректным. Правосудие изначально было сугубо публичным институтом, не имеющим никакой связи с частным правом, но и там присутствует необходимость организационного обеспечения правосудия. Это функция возложена на Судебный департамент, который вступает в соответствующие отношения в сфере гражданского права. Тем не менее применить модель услуги к организационному

обеспечению не удастся, поскольку субъекты изначально вступают в отношения с государством в рамках выполнения им публичных функций, и эти субъекты не могут считаться равными. В случае с арбитражем равенство субъектов имеется, публичная обязанность отсутствует и субъекты сами имеют возможность распоряжаться своими правами в своих интересах. Принуждение к правосудию вполне допустимо, принуждение к арбитражу исключено. Столь значительные различия в природе этих отношений делают их сравнение некорректным.

Выполнение в процессе оказания услуги части процессуальных функций не исключает возможности квалификации этих отношений в качестве услуг. Неразрывность связи процесса оказания услуги и ее результата, обязанность для исполнителя оказать услуги лично не противоречат сути администрирования арбитража, но только подчеркивают связь администрирования с арбитражем. Результатом арбитражной реформы, помимо неоднократно подвергнутых критике, стало еще и то, что столетия назад раскритикованная позиция арбитража как услуги обрела новое наполнение. И если арбитраж так же, как и столетия назад, сложно представить в качестве услуги, то его администрирование уже может претендовать на эту роль.