

**Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240
насчет арбитрабельности споров по Закону о закупках отдельными
видами юридических лиц: обманчивая надежда**

**Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 305-ES17-7240
Dated 11 July 2018 Regarding the Arbitrability of Disputes under the Law
on Procurements by Various Types of Legal Entities: Illusive Hope**

<https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.215>

11 июля 2018 г. ВС РФ вынес Определение № 305-ЭС17-7240 (дело № А40-165680/2016; далее – Определение, Определение ВС РФ) насчет арбитрабельности споров из частноправовых отношений по Федеральному закону от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках).

После того как 20 апреля 2018 г. КС РФ своим Определением № 865-О предложил ВС РФ самому разобраться в этом вопросе, последний оказался в шекотливой ситуации: признавать арбитрабельность таких споров ему не хотелось, однако и положения российского права, и обычная логика не позволяли ему объявлять их неарбитрабельными.

В итоге ВС РФ вынес Определение, которое уже успели назвать «новой эрой российской арбитрабельности»¹ и даже «днем бракосочетания России и арбитрабельности»².

Этим Определением ВС РФ оставил без изменения определение Арбитражного суда г. Москвы о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда по спору из договора, подпадающего под Закон о закупках, а также последующее постановление АС Московского округа.

Казалось бы, действительно: ВС РФ признал споры из частноправовых отношений по Закону о закупках арбитрабельными, российское право сделало шаг вперед в благоприятном для арбитража направлении.

Однако внимательное изучение Определения ВС РФ позволяет заключить, что все далеко не так просто и радужно. И понятно почему: ВС РФ в лице своих соответствующих всем известным судей не умеет, не может и не хочет относиться к арбитражу благоприятно, напротив, видит в нем «неадекватного конкурента».

Определение ВС РФ – обманчивая надежда. ВС РФ сделал в тексте Определения все от него зависящее, чтобы не превращать это Определение в опасный прецедент признания соответствующих споров из отношений по Закону о закупках арбитрабельными.

Определение ВС РФ – не более чем акт *ad hoc*, который ВС РФ скорее был вынужден вынести, нежели хотел.

Как же «подстраховался» ВС РФ на будущее?

¹ См.: Костицын А. Новая эра российской арбитрабельности (<https://blog.pravo.ru/blog/33542.html>).

² <https://www.facebook.com/pg/adhocarbitration/posts/>

Во-первых, он четыре раза указал на то, что отношения по Закону о закупках носят гражданско-правовой характер лишь «в целом». Он также заявил, что такие отношения носят «особый характер». Далее ВС РФ сосредоточивает внимание на своей любимой теории «осложнения гражданско-правовых отношений публичным элементом», на основании которой он признает те или иные споры неарбитрабельными (см., например: *«Вместе с тем гражданско-правовые отношения могут быть осложнены публичным элементом, и данный факт, в свою очередь, ставит вопрос о влиянии такого осложнения на арбитрабельность спора. <...> Наличие публичного элемента в гражданско-правовом отношении свидетельствует о том, что стороны отношений не в полной мере свободны в установлении своих прав и обязанностей, в определении условий договора (пункт 1 статьи 1 Гражданского кодекса). Такое ограничение может влиять и на возможность выбора альтернативных способов разрешения спора из таких отношений»*).

Теория эта в корне ложна и порочна (об этом уже говорилось выше). Но ВС РФ не останавливается и перед тем, чтобы «придать» этой своей доморощенной позиции, берущей корни в советской концепции «хозяйственного права», «международное измерение»: *«Выделение споров, действительно осложненных публичным элементом, особым образом при определении вопроса об арбитрабельности / неарбитрабельности стало традиционным для правовых систем»*.

Во-вторых, ВС РФ признает, что в российских законах не имеется никаких ограничений касательно признания соответствующих споров из отношений по Закону о закупках арбитрабельными. Но он тут же заявляет о том, что суды в плане определения арбитрабельности ничуть не уступают федеральному законодателю. И обосновывает это ссылками на позицию КС РФ: *«Применительно к тем случаям, когда отношения действительно осложнены публичным элементом, Конституционный Суд Российской Федерации указал на два пути обеспечения баланса интересов в таких отношениях: прежде всего, на особое правомочие федерального законодателя, а затем — на правомочия судов в рамках защиты публичного порядка.*

<...>

Таким образом, анализ правового регулирования, существовавшего в период спорных правоотношений, равно как и действующего в настоящее время, не позволяет сделать вывод о том, что федеральный законодатель в рамках своих полномочий, устанавливая баланс публичных и частных интересов в отношениях по закупке товаров отдельными видами юридических лиц, предусматривал правило о неарбитрабельности споров, вытекающих из договоров, заключенных в результате такой закупки.

Судебная власть вправе устанавливать баланс в отношениях в целях защиты публичного порядка при наличии соответствующего элемента публичного порядка».

Однако при этом ВС РФ забывает о том, что он не вправе подменять федерального законодателя, который уже объявил арбитрабельными все гражданско-правовые споры, за исключением тех, которые прямо указаны в законе. Задача же судов — только выяснять, являются ли отношения и споры из них гражданско-правовыми, а не выдумывать «смешанные отношения» и «споры, осложненные публичным элементом».

Более того, ВС РФ грубо исказил суть позиции КС РФ, когда указал в Определении: *«Кроме того, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что суд также имеет своей задачей обеспечение баланса интересов сторон в диспозитивных отношениях, осложненных публичным элементом, однако тогда, когда соответствующие ценности стали элементом публичного порядка государства, в частности, ввиду того, что законодатель их имплементировал в соответствующие нормы закона, например, в нормы об арбитрабельности / неарбитрабельности споров (Определение от 05.02.2015 № 233-О)»*. Ничего подобного КС РФ в Определении № 233-О не писал.

Цель ВС РФ понятна: обеспечение себе свободы в вопросе о признании тех или иных споров арбитрабельными, уклонение от соблюдения прямого указания законодателя на арбитрабельность всех гражданско-правовых споров, за исключением тех, которые прямо указаны в законе.

Наконец, в-третьих, ВС РФ отметил: *«Такого элемента публичного порядка Российской Федерации[,] как неарбитрабельность споров, возникающих из отношений, регулируемых Федеральным законом № 223, не выявлено, а доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затраты бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил».*

Весьма странная формулировка. По мысли ВС РФ, неарбитрабельность споров обуславливается наличием в отношении публичного элемента, а затем такая неарбитрабельность уже сама по себе составляет элемент публичного порядка? Публичный элемент стремится к публичному порядку, сливается с ним. При такой методологии и логике несложно прийти к следующему выводу: все то, что в российском праве выступает публичным, является частью публичного порядка. Публичное право – это публичный порядок, и наоборот. Совершенно неверный подход, но его использование ВС РФ уже не удивляет: да, он так видит, да, он в это он верит. Осталось сделать последний шаг в отношении государственного и окологосударственного сектора экономики РФ: *«Мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»* (В.И. Ленин).

Но самое главное не это, а слова *«доказательств нарушения иных элементов публичного порядка, например, затраты бюджетных средств, заявитель в настоящем деле не представил».* Иными словами, то, что ВС РФ принял Определение – не «заслуга» того обстоятельства, что у спора имелся гражданско-правовой характер, а «недоработка» должника, который не проявил должную находчивость и расторопность в плане представления доказательств «наличия публичных элементов» и тем самым не позволил судам, включая ВС РФ, признать спор неарбитрабельным. Были бы такие доказательства, и выводы ВС РФ были бы другими.

ВС РФ тут же данную идею реализовал, например, в трех определениях от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-20515 по делу № А40-79416/2017, № 305-ЭС17-22547 по делу № А40-79471/2017 и № 305-ЭС17-7231 по делу № А40-242465/2015.

Споры в делах, по которым были вынесены три указанных определения, возникли из отношений, регулируемых Законом о закупках. Рассмотрение этих споров сам ВС РФ приостанавливал ввиду обращения в КС РФ, по итогам которого было вынесено Определение КС РФ от 20 апреля 2018 г. № 865-О и вынужденное Определение ВС РФ, рассмотренное выше.

Несмотря на указанное приостановление, ВС РФ «сумел» обнаружить иные «публичные элементы» в упомянутых делах, а именно, например, затраты бюджетных средств и связь споров с отношениями, регулируемыми Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»: *«При рассмотрении настоящего дела суды указали на то, что спорный договор фактически основан на контрактных обязательствах с государственным унитарным предприятием „Московский метрополитен“.*

Такие обязательства связаны с формированием цены договора и порядком оплаты на основании территориальных сметных нормативов для города Москвы, осуществлением платежей после поступления денежных средств от государственного унитарного предприятия „Московский метрополитен“, согласованием договора с Департаментом строительства города Москвы, а также с необходимостью открытия для субподрядчика как участника бюджетного процесса отдельного лицевого счета в Департаменте финансов города Москвы.

Суды, установив, что спор, рассмотренный третейским судом, возник из отношений, регулируемых, в том числе, нормами законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, указали, что такие споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Поскольку основной целью отношений в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, субъектами которых выступают не только государственные заказчики, подрядчики, субподрядчики (статьи 30, 34, 94–95, 101 Федерального закона „О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд“ от 22.03.2013 № 44-ФЗ), является, в конечном счете, обеспечение публичных нужд, контракты, заключаемые в соответствии нормами законодательства, регулирующие такие отношения, должны не только заключаться, но и исполняться с соблюдением принципов открытости и прозрачности, обеспечения конкуренции, контроля общества за расходованием публичных средств и их эффективным использованием, профессионализма заказчиков и исполнителей, предотвращения и противодействия коррупции, ответственности за результативность и эффективность реализации размещенных заказов.

Принципы третейского разбирательства (конфиденциальность, закрытость процесса, неформальный характер разбирательства, упрощенный порядок сбора и представления доказательств, отсутствие информации о принятых решениях, а также невозможность их проверки и пересмотра по существу) не позволяют обеспечить указанные выше цели, в том числе и в процессе исполнения указанных выше контрактных обязательств.

Кроме того, рассмотрение споров третейскими судами увеличивает издержки сторон за счет третейского сбора и гонорара третейских судей, что не отвечает цели экономии бюджетных средств³.

Несложно заметить, что ВС РФ среди прочего решил указать и на такой «публичный элемент», как необходимость «экономить бюджетные средства», а не тратить их на уплату третейского сбора и третейского гонорара. Абсурд, особенно в условиях процветающей в РФ коррупции, но все логично: если пить шампанское, то на спичках надо экономить.

Далее, в 13 других определениях, принятых после 27 июля и до 18 августа 2018 г., ВС РФ решил поступить еще проще. В этих определениях (кстати, в делах, по которым они вынесены, также имело место приостановление разбирательства ввиду обращения ВС РФ с запросом в КС РФ) он под копирку использовал «процедурный прием» для оставления в силе судебных актов, не признающих арбитрабельность споров из отношений по Закону о закупках, а если точнее, то «процедурную уловку»: он объявил, что такое основание для отмены данных актов в порядке кассационного производства, как существенные нарушения норм права, отсутствует, поскольку отсутствует существенная судебная ошибка. А последняя отсутствует ввиду того, что в нормах закона не было правовой определенности, а также не имелось единообразия судебной практики по вышеуказанной проблеме.

«Спорные отношения возникли в период действия Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ „О третейских судах в Российской Федерации“. Нормы указанного закона, как и нормы нового регулирования (Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ и статья 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) в совокупности с иными нормами законодательства не соответствовали в полной мере критерию правовой определенности в части регулирования арбитрабельности споров, в том числе в отношениях с публичным элементом,

³ Определение ВС РФ от 27 июля 2018 г. № 305-ЭС17-22547. В двух других определениях формулировки аналогичные.

при осуществлении публичных закупок для государственных нужд или при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц.

Ввиду отсутствия правовой определенности в нормах закона по указанным выше отношениям, судебные акты судов по делам данной категории не носили единообразного характера (например, дела № А40-12265/2017, № А40-12416/2017, № А40-168405/2016, № А40-181000/2016, № А40-168457/2016).

В связи с этим пробел правового регулирования восполнялся судебной практикой высшей судебной инстанции (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.01.2014 № 11535/13, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 05.02.2015 № 233-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 03.03.2015 № 305-ЭС14-4115, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12.04.2018 № 865-О, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 11.07.2018 № 305-ЭС17-7240).

Таким образом, в условиях отсутствия правовой определенности в нормах закона, до ее установления в судебных актах высшей судебной инстанции, отсутствовало единообразие судебной практики по вышеуказанной проблеме. Следовательно, учитывая вышеизложенные обстоятельства, выводы, к которым пришли суды при вынесении судебных актов по настоящему делу, не свидетельствуют о наличии существенной судебной ошибки, которая может быть признана достаточным основанием для отмены или изменения Судебной коллегией Верховного Суда Российской Федерации судебных актов в порядке кассационного производства в соответствии с нормами части 7 статьи 291.6, части 1 статьи 291.11 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, согласно которым такими основаниями являются существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

Также отсутствует второй элемент компетенции Судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации (часть 1 статьи 291.11 Кодекса) – невозможность восстановления и защиты прав заявителя, поскольку право на судебную защиту прав, свобод, законных интересов, возникших из спорных правоотношений, заявитель сохраняет»⁴.

Как видно, ВС РФ не остановился перед тем, чтобы сослаться и на свое рассмотренное выше Определение. В этом можно усмотреть и цинизм, и издевку над третейским разбирательством. Их же можно увидеть и в следующем заявлении ВС РФ: «...нормы нового регулирования (Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“ и статья 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) в совокупности с иными нормами законодательства не соответствовали в полной мере критерию правовой определенности в части регулирования арбитрабельности споров, в том числе в отношениях с публичным элементом, при осуществлении публичных закупок для государственных нужд или при осуществлении закупок отдельными видами юридических лиц». Из упомянутых норм четко следует, что споры из отношений по Закону о закупках являются арбитрабельными, однако ВС РФ упорствует: «Нет, они неопределенные!»

Так что Определение ВС РФ от 11 июля 2018 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016 – обманка. Нас ждет не «новая эра российской арбитрабельности», а, к сожалению, «эра доминирования публичного порядка» и постоянно демонстрируемой незаконной дискреции ВС РФ.

⁴ Определение ВС РФ от 30 июля 2018 г. № 305-КГ17-20980 по делу № А40-28167/2017.