

Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е.

**ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ
В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН**

ПРАКТИЧЕСКОЕ ПОСОБИЕ

Астана, 2018

УДК 347.9
ББК 67.71
С89



Рекомендовано к печати Ученым советом Академии правосудия при Верховном Суде Республики Казахстан

Рецензенты: председатель Сарыаркинского районного суда г. Астана Жукенов А.С., ученый секретарь Академии правосудия при Верховном Суде Республики Казахстан, к.ю.н., асс. профессор Канатов А.К., главный научный сотрудник Научного центра изучения проблем административного и уголовного правосудия, к.ю.н. Досанов М.У., д.ю.н., профессор Ильясова К.М., д.ю.н., профессор Карагусов Ф.С.

Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Взаимодействие судов и арбитражей в Республике Казахстан. Практическое Пособие. Астана, 2018. - 132 с.

ISBN 978-601-7419-05-9

В настоящем практическом Пособии изложены вопросы взаимодействия государственных судов и арбитражей в сфере разграничения компетенции, содействия суда в представлении обеспечительных мер и получении доказательств, отмены, а также признания и (или) приведении в исполнение арбитражных решений.

Изложенные в Пособии положения и мнения отражают точку зрения авторов.

Пособие предназначено для судей. Оно также будет полезно практикующим юристам, обращающимся к арбитражному разбирательству как к одной из форм защиты нарушенных прав граждан и юридических лиц.

**УДК 347.9
ББК 67.71**



Данное Пособие разработано и издано при поддержке Агентства США по международному развитию (USAID).



Авторы несут ответственность за содержание издания, которое не обязательно отражает позицию USAID, ABA ROLI или Правительства США.

ISBN 978-601-7419-05-9

© Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е., 2018

ПЕРЕЧЕНЬ ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ

ГК – Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г.; Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть), принятый Парламентом Республики Казахстан 1 июля 1999 г.

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая – Федеральный закон от 30 ноября 1994г.; часть вторая – Федеральный закон от 26 января 1996 г.; часть третья – Федеральный закон от 26 ноября 2001 г.; часть четвертая – Федеральный закон от 18 декабря 2006 г.

ГПК – Гражданский процессуальный кодекс РК от 3 ноября 2015 г. №377-V.

КоБС – Кодекс РК от 26 декабря 2011 г. «О браке (супружестве) и семье».

Закон об арбитраже – Закон от 8 апреля 2016 г. «Об арбитраже».

Закон о третейских судах – Закон от 28 декабря 2004 г. «О третейских судах» (утратил силу).

Закон о международном арбитраже – Закон от 28 декабря 2004 г. «О международном арбитраже» (утратил силу).

Киевское соглашение – Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности. Киев, 20 марта 1992 г. (СНГ). Для РК вступило в силу 20 апреля 1994 г.

Минская конвенция – Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Минск. 22 января 1993 г. Ратифицирована Постановлением Верховного Совета РК от 31 марта 1993 г. № 2055 – XII.

Кишиневская конвенция – Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Кишинев, 7 октября 2002 г. Казахстан ратифицировал 7 января 2003 г. Все страны СНГ (кроме Туркменистана и Узбекистана).

Нью-Йоркская конвенция – Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йорк. 10 июня 1958 г. Казахстан присоединился Указом Президента РК от 4 октября 1995 г.

Европейская конвенция – Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже. Женева, 21 апреля 1961 г. Казахстан присоединился Указом Президента РК от 4 октября 1995 г. Для Казахстана вступила в силу 18 февраля 1996 г.

ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL) – Комиссия ООН по праву международной торговли (United Nations Commission on International Trade Law).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ – Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже». Принят Комиссией ООН по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ) 21 июня 1985 г. (в редакции с изменениями от 07 июля 2006 г.

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Перечень принятых сокращений</i>	3
ВВЕДЕНИЕ	6
Глава 1. Взаимодействие судов и арбитражей в сфере разграничения компетенции и обеспечения исков	9
§ 1. <i>Понятие и виды арбитражей</i>	9
§ 2. <i>Разграничение компетенции судов и арбитражей</i>	17
§ 3. <i>Арбитражное соглашение</i>	29
§ 4. <i>Содействие суда в представлении обеспечительных мер и получении доказательств</i>	42
Глава 2. Отмена арбитражных решений	52
§ 1. <i>Порядок и сроки отмены арбитражных решений</i>	52
§ 2. <i>Основания отмены арбитражных решений</i>	59
§ 3. <i>Субъекты отмены арбитражных решений</i>	94
Глава 3. Принудительное исполнение арбитражных решений	100
§ 1. <i>Международные конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений</i>	100
§ 2. <i>Порядок принудительного исполнения внутренних арбитражных решений</i>	106
§ 3. <i>Порядок принудительного исполнения иностранных арбитражных решений</i>	115
§ 4. <i>Основания отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения</i>	120
Список нормативных актов и международных документов	130

ВВЕДЕНИЕ

На сегодняшний день практика применения законодательства Республики Казахстан об арбитраже еще не вполне достаточна для того, чтобы восполнить пробелы в регулировании сложного механизма действия арбитража, что, безусловно, создает трудности в его развитии.

Развитие арбитража как альтернативы суду во всех странах рассматривается как положительное явление, способствующее, в частности, значительному облегчению бремени, лежащего на правосудии в сфере разрешения конфликтов, возникающих между участниками хозяйственного оборота. В сфере внешнеэкономических отношений международный арбитраж рассматривается как важный элемент, эффективно способствующий развитию международного сотрудничества.

В этой связи чрезвычайно важным представляется создание условий для обеспечения надлежащего применения существующего в этой области национального законодательства, которое должно быть основано на правильном понимании правовой природы и роли арбитража как составной части национальной правовой системы.

Мы убеждены, что дальнейшее успешное развитие арбитража в Казахстане возможно только при поддержке и понимании правовой природы арбитража как альтернативного способа разрешения споров со стороны судов.

Взаимодействие арбитражей и судов происходит в основном в следующих случаях:

- а) разграничение компетенции;
- б) обеспечение иска;
- в) отмена арбитражного решения;
- г) признание и принудительное исполнение арбитражного решения.

И по каждому случаю есть спорные и нерешенные проблемы.

Во всем цивилизованном мире без взаимодействия с судами ни один международный коммерческий арбитраж не сможет нор-

мально развиваться и работать, поскольку, в конечном итоге, решение, вынесенное арбитражем, в случае отказа одной из сторон добровольно его исполнять, подлежит принудительному исполнению через систему судов и судоисполнителей.

Кроме того, Гражданский процессуальный кодекс и Закон об арбитраже предусматривают в исключительных случаях возможность отмены арбитражных решений через систему судов. Таким образом, суды систематически сталкиваются в своей повседневной деятельности с необходимостью изучения арбитражных решений.

При разработке практического Пособия авторами был проведен анализ свыше ста судебных актов, касающихся отмены арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами, после введения в действие Закона РК об арбитраже 2016 г., а также признания и принудительного исполнения как казахстанских, так и иностранных международных коммерческих арбитражей.

Все судебные акты были получены из открытых источников, в частности из справочных систем «Параграф» и «Бест Профи». Кроме того, в Пособии были широко использованы материалы арбитражной практики Казахстанского Международного Арбитража.

Практическое Пособие может быть использовано судьями в качестве дополнительного материала при рассмотрении ими дел, связанных с отменой и принудительным исполнением арбитражных решений.

Авторы надеются, что его широкое распространение среди судей станет ощутимым вкладом в дальнейшее успешное развитие арбитражей в Казахстане, а также будет способствовать улучшению взаимодействия судов и арбитражей, повышению уровня информированности судей об особенностях арбитражного рассмотрения споров.

Пособие будет полезно и практикующим юристам, обращающимся к арбитражному разбирательству как к одной из форм защиты нарушенных прав граждан и юридических лиц.

Авторы выражают искреннюю признательность Программе Американской Ассоциации юристов по судебной системе, а также лично главе представительства Американской Ассоциации Юри-

стов в Казахстане, кандидату юридических наук Ш.Ж. Ташмухамбетовой, благодаря содействию которых стало возможным издание настоящего Пособия.

**С уважением,
Сулейменов М.К.**

(председатель Казахстанского Международного Арбитража, Директор НИИ частного права Каспийского университета, академик НАН РК, д.ю.н., профессор)

Дуйсенова А.Е.

(исполнительный директор Казахстанского Международного Арбитража, ведущий научный сотрудник НИИ частного права, ассоц. профессор ВШП «Адилет» Каспийского университета, к.ю.н.)

ГЛАВА 1. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СУДОВ И АРБИТРАЖЕЙ В СФЕРЕ РАЗГРАНИЧЕНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ И ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСКОВ

§ 1. Понятие и виды арбитражей

Арбитражные суды и третейские суды нередко считают разными понятиями. В п. 1 ст. 9 Гражданского кодекса РК до 2013 года было закреплено положение о том, что: «Защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражным судом или третейским судом...».

Однако такая формулировка была неточной. Подобная путаница во многом связана с тем, что в Казахстане на момент подготовки проекта ГК существовали наряду с судами общей юрисдикции государственные арбитражные суды. Наряду с Верховным судом был Высший арбитражный суд. Деятельность государственных арбитражных судов регулировалась Законами от 17 января 1992 г. «Об арбитражном суде Республики Казахстан» и «О порядке разрешения хозяйственных споров арбитражными судами Республики Казахстан» утратили силу 1 июля 1999 г.

Государственные арбитражные суды до сих пор существуют в некоторых странах СНГ.

С ликвидацией государственных арбитражных судов в Казахстане после принятия Конституции РК 1995 г. исчезли основания для смешения понятия «арбитражные суды» применительно к государственному арбитражу и негосударственным арбитражным судам.

Понятие арбитража приблизилось к тому пониманию, которое господствует во всех странах мира, как негосударственного органа, избираемого сторонами для разрешения возникших между ними споров.

Таким образом, арбитражный суд и третейский суд – это одно и то же. На английский язык третейский суд переводится как арбитраж. Поэтому международный коммерческий арбитраж – это тоже третейский суд.

Когда в Казахстане готовилось арбитражное законодательство, НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического уни-

верситета предлагал принять один закон об арбитражных (третейских) судах и даже подготовил проект такого закона. Однако законодательная практика пошла по другому пути и 28 декабря 2004 г. были приняты два закона: «О международном коммерческом арбитраже» и «О третейских судах». В соответствии с этим понятие «третейские суды» в Казахстане применялось к внутренним третейским судам, а понятие арбитражные суды – к международным коммерческим арбитражам и иностранным арбитражам. Но содержание и того, и другого понятия одинаково – это негосударственные суды, создаваемые по соглашению сторон.

При определении понятия «международный коммерческий арбитраж» необходимо иметь в виду два отличительных признака:

- 1) в отличие от третейского суда – это международный арбитраж;
- 2) в отличие от международного, рассматривающего споры между государствами (межгосударственный арбитраж), – это международный коммерческий арбитраж, рассматривающий споры между субъектами международного частного права.

С принятием Закона РК от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже», консолидировавшего положения двух ранее действующих Законов, деление казахстанских арбитражей на третейские суды и международный коммерческий арбитраж было упразднено. Однако в некоторых странах СНГ такое разделение все еще существует.

Соотношение споров, рассматриваемых международным (межгосударственным) арбитражем, международным коммерческим арбитражем и внутренним арбитражем (третейским судом) показано на Схеме № 1.

Выделение отдельно субъектов частного права, с одной стороны, и физических и юридических лиц, с другой стороны, связано с тем, что в понятие «субъекты частного права», помимо физических и юридических лиц, входит еще государство, когда оно выступает в частные отношения. В этом случае на другой стороне спора не может выступать другое государство, ибо тогда споры будут уже не частноправовые, а публично-правовые. Государство может выступать в частноправовых отношениях только тогда, когда другой стороной является физическое или юридическое лицо.

Схема 1.

Споры, рассматриваемые в порядке арбитража
(третейского суда)



В настоящее время существует два вида арбитражей:

1) изолированный арбитраж *ad hoc* (лат.: для этого) – разовый арбитраж, образуемый сторонами для рассмотрения одного спора, после чего он прекращает свое существование;

2) постоянно действующий, институционный арбитраж, создаваемый при торгово-промышленных и торговых палатах, различных организациях и ассоциациях. Институционный арбитраж может быть создан и как самостоятельное юридическое лицо, как, например, Казахстанский Международный Арбитраж.

В соответствии с подпунктом 3) ст. 2 Закона об арбитраже под арбитражем понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж.

Согласно п. 1 ст. 4 Закона об арбитраже арбитражи в Республике Казахстан могут быть созданы в виде постоянно действующего арбитража или арбитража для разрешения конкретного спора. Постоянно действующие арбитражи могут образовываться физическими и (или) юридическими лицами в соответствии с законодательством Республики Казахстан (п. 2). Постоянно действующий арбитраж утверждает регламент арбитража, реестр арбитров, которые будут осуществлять деятельность в данном арбитраже.

Арбитраж для рассмотрения конкретного спора создается сторонами для разрешения спора и действует до разрешения данного спора или до принятия сторонами решения о передаче спора в суд (п. 3).

При этом согласно п. 4 ст. 4 Закона арбитражи в Республике Казахстан не могут быть образованы:

а) государственными органами,

б) государственными предприятиями,

в) субъектами естественных монополий,

г) субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке товаров и услуг,

д) юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, их дочерними и зависимыми организациями,

е) банками второго уровня, организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций.

Однако в казахстанском легальном определении арбитража заложена одна существенная ошибка. Дело в том, что при анализе и адаптации норм Типового закона ЮНСИТРАЛ большинство исследователей приходят к не совсем верному пониманию деления арбитражных судов на: постоянно действующие и созданные для рассмотрения конкретного спора.

Но этого в Типовом законе нет. Согласно ст. 2 Типового закона «арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет (см. подпункт а), а «арбитражный суд» означает единоличного арбитра или коллегия арбитров (см. подпункт б).

Таким образом, в Типовом законе есть такая категория, как постоянно действующее арбитражное учреждение, то есть посредник, к которому обращаются стороны арбитражного соглашения и который содействует организации арбитража (то есть процесса рассмотрения спора), в том числе и содействует созданию арбитражного суда – состава арбитров для рассмотрения конкретного спора.

Например, Казахстанский Международный Арбитраж, являясь постоянно действующим арбитражным институтом, только содействует сторонам в организации и проведении арбитражных разбирательств, выполняя так называемые функции по администрированию. Само рассмотрение споров проводят и, соответственно, выносят решение арбитры – состав арбитража либо единоличный арбитр, избранные самими спорящими сторонами по каждому конкретному делу. Поэтому в арбитражных решениях КМА, например, прямо указывается, что то или иное решение вынесено Составом арбитров КМА, а не самим КМА как постоянно действующим арбитражем. Вот этот состав арбитража или единоличный арбитр и есть арбитражный суд в том значении, которое используется в Типовом законе. И лишь в отдельных случаях, когда стороны по каким-то причинам не реализуют свое право на выбор арбитров, таковых назначает Председатель КМА в соответствии с Арбитражным регламентом.

Наряду с термином «учреждение» для обозначения такого постоянно действующего посредника нередко используется термин «институт». Например, во всем мире широко известен постоянно действующий Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма.

В соответствии с Типовым законом нет разницы, создан арбитражный суд сторонами спора или этим посредником, который в Типовом законе обозначен как постоянное арбитражное учреждение (но никак не постоянно действующий арбитражный суд). Постоянно действующего арбитражного суда нет – нет какого-то конкретного состава арбитров, который постоянно действует и постоянно непрерывно рассматривает споры сторон арбитражного соглашения, которые к нему обращаются. В каждом конкретном споре стороны образуют конкретный состав арбитров – арбитражный суд, и всегда это для рассмотрения конкретного спора.

Отличие арбитражного суда «ad hoc» только в одном – он образуется непосредственно сторонами спора, стороны спора сами все решают, организуют, согласовывают место и время рассмотрения спора, порядок расчетов с арбитрами, покрывают все расходы и так далее, все по соглашению сторон или по правилам, предусмотренным законом (могут даже по этому поводу и посудиться по вопросам, выходящим за пределы арбитражной оговорки, в суде, а в пределах арбитражной оговорки все решит арбитражный суд).

При обращении в постоянное арбитражное учреждение арбитров также выбирают стороны арбитражного соглашения, состав арбитров также рассматривает конкретный спор, единственное, что все организационные вопросы за плату решает это постоянное арбитражное учреждение – предоставляет список рекомендуемых арбитров, не обязательный для сторон спора, устанавливает правила гонораров для избранных арбитров, предоставляет место рассмотрения спора, если стороны не выберут иное, осуществляет все организационные вопросы – предупреждают и извещают стороны о месте и времени проведения заседания, выдают копии решений и т.д.

Таким образом, для чистоты понятий нужно исходить из того, что существует:

а) арбитраж – как процедура рассмотрения спора;

б) арбитражный суд – как состав арбитров (либо единоличный арбитр), рассматривающий конкретный спор. При этом арбитражный суд может быть создан непосредственно сторонами спора, без обращения к постоянному арбитражному учреждению, и он ничем не отличается от арбитражного суда, созданного постоянным арбитражным учреждением при обращении к нему сторон арбитражного соглашения;

в) постоянное арбитражное учреждение (либо институт) – как посредник, содействующий процессу рассмотрения спора, то есть арбитражу.

Поскольку казахстанское законодательство пока еще не содержит понятия «постоянное арбитражное учреждение (институт)», мы будем пользоваться легальной терминологией.

Существенное преимущество постоянных арбитражей заключается в том, что они действуют на основе утвержденных Регламентов, в отличие от арбитражей «ad hoc», спорящим сторонам которого необходимо самостоятельно установить процедуру рассмотрения спора, а также решать массу вопросов административного характера.

Если Законом об арбитраже решение многих процессуальных вопросов отдано на урегулирование регламентов институциональных арбитражей, то для арбитражей «ad hoc» Закон содержит положения, направленные на восполнение пробелов в процедуре, в случае если стороны самостоятельно не определили правила разбирательства, формирования состава арбитража, определения размера и порядка выплаты гонорара арбитрам, либо не приняли решение об использовании положений, предусмотренных регламентами постоянно действующих арбитражей (см., например, подп. 6) и 7) п. 1 ст. 12, п. 4 и 6 ст. 14, п. 6 и 7 ст. 17, п. 2 ст. 21, п. 3 ст. 41 и др.).

К сожалению, в судебной практике имели место случаи, когда суды неверно применяли нормы Закона об арбитраже, регулирующие арбитраж «ad hoc», к постоянно действующим арбитражам.

Например, в Определении об отмене решения третейского суда, вынесенным 24 июня 2016 г. СМЭСом г. Астаны по ходатай-

ству ТОО СП «F» об отмене решения Третейского суда от 19 декабря 2015 г., суд в обоснование довода о том, что состав третейского суда и третейское разбирательство не соответствовали требованиям законодательства РК о третейском разбирательстве, неверно применил нормы п. 4 ст. 13 Закона РК от 28 декабря 2004 года «О третейских судах», регулирующие порядок формирования состава третейского суда для разрешения конкретного спора, к процедуре формирования спора, рассмотренного постоянно действующим третейским судом, вынесшим решение по делу. В то время как процедура формирования состава третейского суда в данном случае была предусмотрена Регламентом этого третейского суда.

Преимущества арбитражей «ad hoc» заключаются в том, что они, по сравнению с постоянно действующими арбитражами, «отличаются большей мобильностью, гибкостью, в меньшей степени подвержены бюрократическим процессам. На практике это ускоряет процедуры рассмотрения споров»¹.

При рассмотрении спора арбитражем «ad hoc» стороны вправе определить, каким регламентом он будет пользоваться. Здесь возможны три варианта. Стороны могут:

- сами разработать регламент, на основании которого арбитраж будет рассматривать спор;
- договориться, что воспользуются регламентом какого-либо институционального арбитража;
- договориться о применении одного из трех регламентов, разработанных под эгидой ООН специально для арбитража «ad hoc»:

а) Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы (1966 г.);

б) Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока (1966 г.);

в) Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), United Nations Commission on

¹ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 236.

International Trade Law (UNCITRAL), утвержденный Резолюцией 31/98, принятой Генеральной ассамблеей ООН от 15 декабря 1976 г., и новая редакция, вступившая в силу 15 августа 2010.

Все эти регламенты носят факультативный характер, то есть применяются только в том случае, если стороны сделали об этом соответствующую оговорку в контракте, стороны могут также внести изменения в избранный ими регламент.

На практике стороны чаще всего выбирают Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

Арбитражная Палата Казахстана. В соответствии с главой 2 Закона об арбитраже в ноябре 2016 г. была создана Арбитражная палата Казахстана (далее – АПК) – некоммерческая организация, представляющая собой объединение постоянно действующих арбитражей, арбитров, создаваемое в целях обеспечения благоприятных условий для реализации, стимулирования и поддержки деятельности арбитражей в Республике Казахстан в порядке, установленном законодательными актами Республики Казахстан.

Членами Арбитражной Палаты Казахстана в настоящее время являются 22 арбитража (г. Алматы – 9, г. Астана – 8, г. Караганда – 2, г. Шымкент – 1, г. Павлодар – 1, г. Уральск – 1)².

Членство в Арбитражной палате носит добровольный характер. Точное количество арбитражей в Казахстане в настоящее время не известно.

§ 2. Разграничение компетенции судов и арбитражей

Практика деятельности арбитражей во многом зависит от политики судов и прокуратуры, поскольку арбитраж, являясь негосударственным судом, не наделен соответствующими властными полномочиями. Без взаимодействия арбитражей с судами невозможно представить успешное развитие и деятельность арбитража ни в одной стране мира.

Существует только четыре случая взаимодействия арбитража и суда, при которых применяется Гражданский процессуальный кодекс РК:

² Сведения о постоянно действующих арбитражах, являющихся членами Арбитражной Палаты Казахстана, приведены на официальном сайте АПК // <https://palata.org/>

1) разграничение компетенции: по общему правилу если есть арбитражная оговорка, суд не вправе рассматривать спор;

2) обеспечение иска, предъявленного в арбитраж (в соответствии со ст. 155 ГПК стороны арбитражного разбирательства вправе подать в суд заявление об обеспечении иска);

3) отмена арбитражных решений (глава 56 ГПК «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений»);

4) принудительное исполнение арбитражных решений (глава 20 ГПК «Исполнение арбитражного решения», ст. 503-504 ГПК).

Вопросам обеспечения иска, предъявленного в арбитраж, а также отмены и принудительного исполнения арбитражных решений через систему судов посвящены соответствующие параграфы и главы данного учебного курса.

В настоящем параграфе остановимся более подробно на первом случае соприкосновения арбитража и суда: при наличии арбитражного соглашения стороны не вправе обращаться в суд общей юрисдикции.

Приведем в этой связи два примера из практики.

Характерным признаком арбитражного соглашения является юридическая автономность по отношению к контракту. Судьба арбитражного соглашения, его юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Это – основополагающий принцип международного коммерческого арбитража, именуемый принципом автономности арбитражного соглашения. Причем этот принцип одинаково действует применительно и к коммерческому арбитражу, и к судам общей юрисдикции.

При рассмотрении дел в судах общей юрисдикции также возможно на основании нормы о договорной подсудности (ст. 468 ГПК РК) заключение соглашения о передаче дела в определенный орган. Это соглашение, называемое «пророгационным», является родственным арбитражному соглашению, разница лишь в том, что в арбитражном соглашении определяется подсудность коммерческих (негосударственных) судов, а в пророгационном – судов общей юрисдикции.

В юридической теории довольно давно была сформулирована доктрина автономности арбитражного соглашения, суть которой

сводится к тому, что арбитражная оговорка, даже будучи включенной в текст основного контракта, остается самостоятельным соглашением с самостоятельной юридической судьбой. Отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не ведет само по себе к прекращению, изменению или признанию недействительным основного контракта. И, напротив, метаморфозы с основным контрактом не влияют на юридическую силу арбитражной оговорки.

В большинстве стран доктрина автономности арбитражного соглашения первоначально появилась в судебной практике и лишь потом стала нормой закона. Вслед за Типовым законом ЮНСИ-ТРАЛ «О международном торговом арбитраже» принцип автономности арбитражной оговорки в настоящее время закреплен в законодательстве многих стран.

Однако законодательство Казахстана вплоть до принятия и введения в действие в 2016 году Закона об арбитраже не содержало специальных норм об автономности арбитражной (третейской) оговорки.

В настоящее время доктрина автономности арбитражного соглашения закреплена в подпункте 7) ст. 5, а также п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже. Так, арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципа автономности арбитражного соглашения, означающей, что отмена, изменение или признание недействительной арбитражной оговорки не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительным основного соглашения. Соответственно отмена, изменение или признание недействительным основного соглашения не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки.

В соответствии с п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его решение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем

решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки.

При анализе проблемы разграничения компетенции арбитража и суда необходимо обратить внимание на еще один важный момент. Он касается правильного применения на практике отдельных положений ст. ст. 152 и 279 ГПК при наличии так называемых патологических арбитражных соглашений.

Согласно подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК судья возвращает исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

В соответствии с подп. 5) ст. 279 ГПК суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

Что означает в приведенных нормах формула «если иное не предусмотрено законом»?

Подпункт 7) п. 1 ст. 152 и подпункт 5) ст. 279 ГПК следует толковать с учетом положений ст. 10 Закона об арбитраже:

«Суд, в который подан иск по предмету арбитражного разбирательства, должен, если любая из сторон просит об этом, не позднее представления своего первого заявления по существу спора направить стороны в арбитраж, если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

Иными словами, суд возвращает исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Данная норма, помимо разграничения компетенции между арбитражем и судом, направлена в том числе и на решение проблемы патологических арбитражных оговорок. Чаще всего это арбитражные оговорки, предусматривающие передачу всех споров и разногласий из договора на окончательное урегулирование в Арбитражный суд города Алматы (Астаны, Атырау, Караганды и т.д.).

При выяснении действительного волеизъявления сторон оказывается, что одна сторона (как правило, российская компания) имела в виду под Арбитражным судом г. Алматы государственный арбитражный суд (по аналогии с судебной системой РФ), другая же сторона – коммерческий арбитраж, то есть негосударственный суд.

До недавнего времени существовала парадоксальная ситуация вокруг таких соглашений, поскольку стороны не могли передать спор ни на рассмотрение в суд, ни на рассмотрение в арбитраж.

Благодаря положениям ст. ст. 6-1 и 7-1 ранее действовавших Законов о международном арбитраже и о третейских судах (сейчас данная норма закреплена частично в ст. 10 Закона об арбитраже), эта проблема была решена для тех случаев, когда применение ст. IV Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, было невозможным.

Возникла другая проблема – появились постоянно действующие арбитражи с подобным наименованием – Арбитражный суд города Алматы, Арбитражный суд города Астаны, Арбитраж Атырау и т.д.

Закон об арбитраже не содержит запрета на создание в Казахстане постоянно действующих арбитражей с упоминанием в их наименовании слов «арбитражный суд». Однако, использование слов «арбитражный суд» может вводить юридических и физических лиц в заблуждение относительно правовой природы такого органа и его полномочиях.

Поэтому при уточнении действительного волеизъявления сторон, заключивших такие арбитражные соглашения, следует также принимать во внимание дату образования постоянно действующих арбитражей и заключения арбитражных оговорок.

Что касается общих критериев подведомственности дел арбитражам, то в целом их можно свести к следующим:

1) характер спорного правоотношения – недопустимость рассмотрения арбитражами отдельных категорий правовых споров закреплена в пунктах 4, 8, 9 и 10 Закона об арбитраже;

2) наличие действительного арбитражного соглашения;

3) субъектный состав участников спора – в отличие от суда, субъектный состав участников арбитражного разбирательства значительно сужен. Как правило, ими могут быть только стороны арбитражного соглашения;

4) спорный характер дела – на рассмотрение арбитражей могут быть переданы только споры, которые возникли или могут возникнуть в связи с определенным гражданским правоотношением. Бесспорные дела (об установлении фактов, имеющих юридическое значение) арбитражи рассматривать не могут.

Согласно п. 5 ст. 8 Закона об арбитраже в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, между физическими и (или) юридическими лицами.

Что же представляют собой гражданско-правовые отношения или отношения, урегулированные нормами гражданского права?

В ст. 1 Гражданского кодекса РК выделяются три группы общественных отношений, регулируемых гражданским законодательством:

- 1) имущественные отношения;
- 2) личные неимущественные отношения, связанные с имущественными;
- 3) личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными.

В силу прямого законодательного запрета споры, возникающие из третьей группы отношений, не входят в сферу компетенции арбитражей (п. 9 ст. 8 Закона об арбитраже).

Таким образом, на рассмотрение в арбитраж могут быть переданы споры, вытекающие из следующих гражданско-правовых отношений:

- 1) имущественных отношений;
- 2) личных неимущественных отношений, связанных с имущественными.

Какие споры не могут быть рассмотрены арбитражем? Согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны следующие споры:

- 1) по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц,
- 2) лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными,
- 3) о реабилитации и банкротстве,

- 4) между субъектами естественных монополий и их потребителями,
- 5) между государственными органами,
- 6) между субъектами квазигосударственного сектора.

Компетенция арбитража – это разрешение частноправовых споров. Споры, вытекающие из публично-правовых отношений (например, налоговых отношений) арбитражи рассматривать не могут. Здесь действуют иные способы досудебного урегулирования. Несмотря на это в последнее время в Казахстане обсуждается идея создания арбитражей для рассмотрения налоговых и административных споров.

До начала разбирательства дела по существу арбитраж должен определить объем и характер своих полномочий (компетенции) в отношении переданного спора. Для определения компетенции применяется конструкция, именуемая принципом (доктриной) «компетенции-компетенции».

Впервые данный принцип нашел свое воплощение в немецкой правовой доктрине, а затем был закреплен в ст. 1037 Германского Устава гражданского судопроизводства. Изначальный смысл, которым наделила его немецкая доктрина, несколько отличается от смысла, придаваемого ему в современной международной арбитражной практике.

Суть данного принципа состоит в первоочередном принятии решения составом арбитров в отношении собственной компетенции при оспаривании (в том числе и по этому основанию) действительности арбитражного соглашения одной из сторон и возможности последующего контроля действительности арбитражного соглашения со стороны суда на стадиях признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

Содержание принципа «компетенции-компетенции» проявляется в образовании двух правовых эффектов: позитивного и негативного. В «чистом» виде они состоят в следующем:

- 1) позитивный эффект данного принципа связан с наделением арбитров полномочиями на рассмотрение вопроса в отношении действительности арбитражного соглашения при оспаривании его одной из сторон;

2) запрет на рассмотрение судом вопроса в отношении юридической «судьбы» арбитражного соглашения (наличия компетенции арбитража) до вынесения решения по этому вопросу арбитражем составляет негативный эффект принципа «компетенции-компетенции».

В чем заключается практическая суть позитивного эффекта данного принципа? В том, что он позволяет избежать затягивания арбитражного разбирательства стороной, необоснованно от него уклоняющейся, оспаривая компетенцию арбитража в суде.

Принцип компетенции-компетенции в настоящее время признается основными международными конвенциями, относящимся к международному коммерческому арбитражу, а также большинством национальных законодательств и большинством арбитражных регламентов постоянно действующих арбитражных центров.

Принцип компетенции-компетенции закреплен в действующем законодательстве Республики Казахстан.

Так, в соответствии со ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечет за собой недействительности арбитражной оговорки.

Сторона вправе заявить об отсутствии у арбитража полномочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора.

Сторона вправе заявить о превышении арбитражем его полномочий, если в ходе арбитражного разбирательства предметом арбитражного разбирательства станет вопрос, рассмотрение которого не предусмотрено арбитражным соглашением либо который не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с нормами применяемого в данном разбирательстве права или правилами арбитражного разбирательства.

Арбитраж обязан в течение десяти календарных дней рассмотреть такое заявление. По результатам рассмотрения заявления выносится определение.

Если арбитраж при рассмотрении вопроса о своей компетенции выносит определение об отсутствии у арбитража полномочий по рассмотрению спора, то арбитраж не может рассматривать спор по существу.

В «чистом» виде данный принцип фактически не существует. Большинство правопорядков, в том числе и казахстанский, исходит из концепции неявного разграничения компетенции судов и арбитражей по вопросу действительности арбитражного соглашения, закрепленной в п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции, ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ и Законе РК об арбитраже.

Так, согласно ст. 10 Закона РК об арбитраже компетентный суд, в который подан иск по предмету арбитражного разбирательства, должен, если любая из сторон просит об этом, не позднее представления своего первого заявления по существу спора направить стороны в арбитраж, если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Суд не должен дожидаться пока арбитраж исследует действительность арбитражного соглашения. Но только в строго перечисленных случаях – когда арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

В этой связи на практике зачастую возникает спорный вопрос, однозначно не решенный законодательно, – кто вправе решать вопрос о действительности арбитражного соглашения (а также вопрос о его расторжении) – суд или арбитраж? Мы считаем, что данный вопрос вправе решать только арбитраж, предусмотренный в арбитражном соглашении (но не суд), в силу принципа компетенции, предусмотренного ст. 20 Закона об арбитраже.

В практике КМА были случаи, когда сторона пыталась признать недействительным арбитражное соглашение о передаче спора в КМА путем подачи искового заявления в СМЭС г. Алматы. КМА принял участие в этом процессе в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований. СМЭС г. Алматы в

удовлетворении требований истца отказал. Дело было рассмотрено Составом арбитража КМА.

На практике возникает ряд дискуссионных вопросов относительно арбитрабельности тех или иных категорий споров. Остановимся на кратком анализе некоторых из них.

Вправе ли арбитраж рассматривать споры из брачных договоров? Согласно п. 1 ст. 39 Кодекса о браке (супружестве) и семье брачным договором признается соглашение лиц, вступающих в брак (супружество), или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке (супружестве) и (или) в случае его расторжения.

Все договоры, основанные на равенстве, опосредующие имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, являются гражданско-правовыми договорами. К числу таких относится и брачный договор.

Если в силу прямого законодательного ограничения компетенции арбитражей они не вправе рассматривать дела, связанные с личными неимущественными отношениями, не связанными с имущественными, то разрешать споры, возникающие из брачного договора, являющегося гражданско-правовым договором, регулирующим имущественные отношения между супругами, при наличии арбитражного соглашения, арбитражи вправе.

Согласно п. 2 ст. 39 КоБС брачный договор может предусмотреть имущественные права детей, рожденных или усыновленных в браке (супружестве). Поэтому, если в споре, вытекающем из брачного договора, затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц (например, имущественные права детей), то такие споры арбитражам будут неподведомственны в силу подп. 1) п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже.

Арбитрабельны ли корпоративные споры? Для того, чтобы ответить на вопрос о том, могут ли корпоративные споры быть предметом разбирательства в арбитраже, необходимо решить два вопроса:

1) выяснить, какова природа корпоративных отношений и их соотношение с гражданско-правовыми отношениями,

2) ответить на вопрос о наличии или же отсутствии специальной подведомственности корпоративных споров судам (п. 1 ст. 27 ГПК).

В определении содержания и объема корпоративных отношений в литературе наблюдается значительный разноречивый. Существуют десятки определений корпоративных отношений и корпоративного права.

Вместе с тем все многообразие определений можно, на наш взгляд, свести к трем группам:

- 1) это внутренние отношения в корпоративной организации;
- 2) это не только внутренние отношения, но и внешние отношения, связанные с деятельностью корпорации как юридического лица;
- 3) это отношения, направленные на достижение общих целей, то есть отношения в корпоративных организациях и отношения общей собственности и др.

Корпоративные отношения – это часть внутренних отношений юридического лица, являющегося корпоративной организацией, и связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими.

Правовая природа корпоративных отношений вызывает споры. Иногда пытаются отнести их к административным отношениям³ или предпринимательским⁴.

Что касается отнесения корпоративных отношений к предпринимательским, то это простое сотрясение воздуха. Это не ответ на вопрос.

Все равно после этого встает вопрос о правовой природе этих отношений. Какие они – горизонтальные или вертикальные? Гражданско-правовые или административно-правовые?

Этот вопрос решается очень просто – на основе метода правового регулирования. Если между участниками существуют горизонтальные отношения, основанные на равенстве участников, то

3 В частности, утверждается, что отношения между корпорацией и ее членами строятся в соответствии с моделью власти – подчинения (См., например: Петражицкий Л.И. Акции. Биржевая игра и теория экономических кризисов. Т.1. Спб., 1911. С. 26; Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 395-396; Предпринимательское право: Учебник / Под.ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. – М., 2003. С 50-51).

4 См., например: Кашанина Т.В. Корпоративное право: Учебник. М., 2006. С. 50-63; Корпоративное право: Учебный курс: учебник / Отв. ред. И.С. Шиткина. М.: КНОРУС, 2011. С. 101.

это гражданско-правовые отношения. Если между участниками существуют вертикальные отношения, основанные на методе власти – подчинения, то это административные правоотношения.

Отношения между учредителями (участниками) – однозначно гражданско-правовые. Отношения по управлению корпоративными организациями, на первый взгляд, относятся к административным, но это не так. Отношения между органами юридического лица и учредителями (участниками) трудно отнести к отношениям, основанным на власти – подчинении⁵.

Таким образом, корпоративные правоотношения можно определить как внутриорганизационные (часть их) гражданско-правовые отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, между:

- 1) учредителями (участниками) корпоративной организации, и
- 2) между корпоративной организацией и ее учредителями (участниками).

Корпоративные отношения – это не обязательства, а относительные отношения (имущественные, неимущественные, организационные).

Поскольку корпоративные отношения – это гражданско-правовые отношения, то и споры, вытекающие из корпоративных правоотношений, могут быть предметом третейского (арбитражного) разбирательства.

Вместе с тем при рассмотрении отдельных категорий корпоративных споров могут затрагиваться права и интересы третьих лиц. Например, корпоративный спор, связанный с принадлежностью акций АО и реализацией вытекающего из него права на голосование. Между акционером и самим АО может быть заключено арбитражное соглашение о передаче такого спора в арбитраж. Однако решение вопроса о том, обладает ли акционер правом голосования на общем собрании или не обладает таковым правом, непосредственно затрагивает права иных акционеров, поскольку изменя-

⁵ См. об этом: Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных отношениях. М.: Статут, 2008. С. 99-102.

ет пропорции голосов при голосовании на общем собрании. Все остальные акционеры заинтересованы в последствиях разрешения этого спора. Однако если соглашение заключено без их участия, то они лишены права участия в арбитраже⁶. Очевидно, что в таком случае спор не может быть рассмотрен арбитражем.

При заключении арбитражного соглашения, а также при непосредственном рассмотрении корпоративных споров арбитражами можно порекомендовать сторонам и арбитражным институтам быть особенно внимательными к проблемам третьих лиц.

Что касается п. 1 ст. 27 Гражданского процессуального кодекса, то данный пункт, содержащий определение корпоративных споров, закрепляет подсудность данной категории гражданских дел за специализированными межрайонными экономическими судами (входящими в судебную систему Республики Казахстан).

Поскольку арбитражи не входят в систему судов Республики Казахстан, то положения п. 1 ст. 27 ГПК не распространяются на арбитражи, и, соответственно, нельзя говорить о том, что корпоративные споры не могут быть арбитрабельными.

§ 3. Арбитражное соглашение

Для того, чтобы арбитражный суд мог рассмотреть дело, стороны должны прийти к соглашению об арбитражном рассмотрении, то есть определить индивидуальную юрисдикцию спора. Данное соглашение называется арбитражное соглашение.

Международная арбитражная практика выделяет три вида арбитражного соглашения: арбитражная оговорка, третейская запись, арбитражный договор.

Арбитражная оговорка, или оговорка об арбитраже (clause compromissoire) – включенное в текст основного контракта условие об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с данным контрактом в будущем.

Третейская запись (часто именуется в соответствии с зарубежной

⁶ Подробнее см.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 408-409.

терминологией как «компромисс» – *compromissoire*) – текстуально независимое от основного договора соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве уже возникшего между ними спора.

Арбитражный договор – специальный договор, составленный сторонами с целью согласования арбитражного органа и процедуры рассмотрения споров между сторонами по определенному кругу контрактов либо в определенной сфере деятельности. В том случае, если арбитражный договор предусматривает, что все споры, которые возникли между ними или могут возникнуть в будущем, подлежат передаче арбитражному суду, такой договор именуется *compromise suppletum* (генеральный арбитражный договор).

Раньше генеральный арбитражный договор имел определенное распространение, но сейчас его применение выглядит проблематичным. В частности, в соответствии с законодательством Казахстана может потребоваться конкретизация спорных правоотношений. Так, согласно п. 2 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражное соглашение может быть заключено сторонами в отношении споров, которые возникли или могут возникнуть между сторонами по какому-либо конкретному гражданско-правовому отношению. Во всяком случае, такой вид арбитражного соглашения как арбитражный договор, в современных условиях практически не применяется, что дает основание ряду авторов говорить только о двух видах арбитражного соглашения: арбитражная оговорка и третейская запись⁷.

С точки зрения процесса не имеет значения то обстоятельство, в какой форме оно заключено – в форме арбитражного соглашения, арбитражной оговорки или третейской записи.

В подп. 4) ст. 2 Закона об арбитраже арбитражное соглашение определяется как письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений.

Арбитражное соглашение в отношении спора, который находится на рассмотрении в суде, может быть заключено до принятия

⁷ См., например: Тыпель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 1999. С. 616, 638-639.

решения по спору указанным судом. В этом случае суд выносит определение об оставлении заявления без рассмотрения (п. 3 ст. 8 Закона об арбитраже).

Согласно п. 1 ст. 9 Закона об арбитраже арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в виде арбитражной оговорки в документе, подписанном сторонами, либо заключенным путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами, факсами, электронными документами или иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявления.

Арбитражное соглашение также считается заключенным в письменной форме, если оно заключается путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Ссылка в договоре на документ, содержащий условие о передаче спора на разрешение арбитража, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме, и данная ссылка такова, что делает арбитражное соглашение частью договора.

В Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений закреплено, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или Арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

В соответствии с п. 2 (а) ст. 1 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже термин «арбитражное решение» означает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное Арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами.

На практике часто используются типовые арбитражные оговорки, которые применяются, если стороны прямо выразили на это согласие.

Приведем для примера арбитражную оговорку, рекомендуемую Казахстанским Международным Арбитражем для включения в договоры:

«Любые споры и (или) разногласия, возникающие из настоящего контракта (договора) или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в Казахстанском международном арбитраже в соответствии с действующим Регламентом.

По мере необходимости сторонам рекомендуется делать следующие дополнения к оговорке:

Состав Арбитража будет включать арбитров (единоличного арбитра).

Место проведения Арбитража (указать).

Языком арбитражного (третейского) разбирательства будет (указать).

Типовая оговорка о применимом праве:

Настоящий контракт (договор) регулируется нормами материального права (указать)».

В Регламенте КМА не случайно наряду с типовой арбитражной оговоркой указано на желательность определения по соглашению сторон применимого права, связанного с этой арбитражной оговоркой. В противном случае возникают проблемы с определением применимого права.

В арбитражной практике при отсутствии соглашения сторон о применимом праве применяется принцип закона страны суда (*lex fori*) или закон страны арбитража (*lex arbitri*).

Однако применяется при этом не материальное право страны, где расположен арбитраж, а коллизионное право этой страны. То есть в соответствии с коллизионным правом может быть применено и материальное право другой страны.

При арбитраже «*ad hoc*» ситуация усложняется, так как могут возникнуть трудности с определением города, где находится арбитраж. Поэтому арбитры могут сами решать, какие коллизионные нормы они будут применять. Обычно определяется коллизионное право страны рассмотрения арбитражного дела, или, если арбитры из разных стран – места жительства председателя состава арбитражного суда.

В п. 1 ст. 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ закреплено: «Арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми».

Существенные условия арбитражного соглашения предусмотрены п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже. Согласно данной норме арбитражное соглашение должно содержать:

- 1) намерение сторон о передаче спора в арбитраж;
- 2) указание предмета, который подлежит рассмотрению арбитражем;
- 3) указание конкретного арбитража;
- 4) согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа в случае, предусмотренном п. 10 ст. 8 Закона.

Такая новелла в юридической литературе была подвергнута резкой критике⁸. Что означает намерение сторон о передаче спора в арбитраж? Как оно должно быть сформулировано? Означает ли это, что стороны должны в оговорке прямо указать, что они намерены передать спор на окончательное разрешение в арбитраж под страхом признания арбитражной оговорки незаключенной в случае отсутствия слова «намерены»?

Неясно, что понимается под предметом и как его указывать, когда стороны при заключении арбитражного соглашения не знают и не могут знать, в отношении чего у них возникнет спор. Возможно, предмет – это любые споры и/или разногласия, возникающие из контракта (договора) или в связи с ним, передаваемые на рассмотрение арбитража.

При применении на практике п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже систематически возникает спорный вопрос о том, могут применяться эти требования к тем соглашениям, которые были заключены до принятия и введения в действие нового Закона?

⁸ См., например, Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже / http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34860793

Так, в 2017 г. в КМА поступило исковое заявление от АО «К» к ТОО «С» о взыскании суммы задолженности по оплате страховой премии (дело № 29/2017). Между Истцом и Ответчиком в 2015 г. были заключены Генеральный договор страхования имущества и Генеральный договор страхования грузов и имущества, согласно п. 5.3.5. которых:

«Все споры и разногласия, которые могут возникнуть в ходе исполнения Сторонами обязанностей по настоящему Договору, подлежат рассмотрению Казахстанским Международным Арбитражным судом г. Алматы в соответствии с положениями данного арбитража на русском языке. Арбитражный суд, состоящий из одного арбитра, если Стороны не договорятся о другом составе арбитража в письменной форме, предоставляет письменное решение, которое является окончательным, обязательным и не подлежащим обжалованию Сторонами».

Согласно подп. 3) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже арбитражное соглашение должно содержать указание конкретного арбитража. Предусмотренное в п. 5.3.5 Генерального договора страхования имущества и Генерального договора страхования грузов и имущества указание на арбитражный орган (Казахстанский Международный Арбитражный суд г. Алматы), отличается от официального наименования Казахстанского Международного Арбитража.

Несмотря на это, КМА принял исковое заявление к своему рассмотрению, основываясь на следующих положениях.

Во-первых, к арбитражному соглашению, заключенному в 2015 г., то есть до введения в действие нового Закона об арбитраже от 08 апреля 2016 г., положения п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже не применяются.

В соответствии с Законом о правовых актах принятый закон обратной силы не имеет, если в нем нет специальной оговорки о распространении закона на ранее возникшие отношения. Закон об арбитраже такой оговорки не содержит.

Что касается процедурных моментов рассмотрения дела (сроки, порядок разбирательства и т.п.), то применяется законодательство на момент рассмотрения спора, если стороны не договорились об ином.

Что касается арбитражного соглашения, все нововведения должны применяться к тем соглашениям, которые были заключены после введения в действие нового Закона об арбитраже. На все соглашения, заключенные до этого срока, должно распространяться старое законодательство. Поэтому в отношении данного арбитражного соглашения не требуется соблюдения нормы о существенных условиях договора, в том числе и подп. 3) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже.

Во-вторых, в городе Алматы имеется только один постоянно действующий арбитраж с похожим наименованием - Казахстанский Международный Арбитраж. В связи с чем при принятии искового заявления КМА предположил, что стороны, заключая арбитражное соглашение, имели в виду Казахстанский Международный Арбитраж.

В-третьих, Ответчик предоставил Ходатайство с просьбой о назначении Единоличного арбитра и запасного Единоличного арбитра председателем КМА, а также Отзыв на исковое заявление, в которых не возразил против рассмотрения спора в КМА.

К данному арбитражному соглашению, заключенному в 2015 году между сторонами, являющимися резидентами РК, подлежит применению Закон РК от 28 декабря 2004 года «О третейских судах» (далее - Закон о третейских судах). Согласно п. 1 ст. 10 Закона о третейских судах третейское соглашение заключается в письменной форме. Третейское соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, либо заключенным путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения.

Пункт 4 ст.1 Регламента КМА предусматривает, что соглашение о передаче спора на рассмотрение в КМА считается заключенным также в случае, если истцом подано исковое заявление в КМА, а ответчиком представлен отзыв на исковое заявление, в котором отсутствует его возражение против рассмотрения данного спора в КМА.

Несмотря на то, что Закон о третейских судах прямо не называет исковое заявление и отзыв на исковое в качестве документов, путем обмена которыми стороны могут заключить третейское соглашение, тем не менее такой способ заключения третейского соглашения вполне допустим в силу положений п. 3 ст. 152 ГК.

Что касается условия, предусмотренного подп. 3) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже, о том, что арбитражное соглашение должно содержать указание конкретного арбитража, то его просто невозможно применить в отношении арбитража «ad hoc». При арбитраже «ad hoc» спор передается не на рассмотрение конкретного арбитража. Стороны сами создают такой арбитраж по случаю для разрешения конкретного спора.

Но даже в отношении постоянно действующих арбитражей применение нормы об указании конкретного арбитража вызывает массу проблем на практике.

Так, Суды отменяют арбитражные решения, ссылаясь на подп. 3) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже (указание конкретного арбитража), считая данное условие не соблюденным, в то время как постоянно действующие арбитражи вынуждены согласно п. 1 ст. 59 Закона об арбитраже вносить изменения в свои наименования в связи с упразднением третейских судов (см. Определение от 29 марта 2018 г. по делу № 7520-18-00-2/9068, вынесенное районным судом № 2 Алмалинского района г. Алматы; Определение от 19 апреля 2018 г., вынесенное районным судом № 2 Алмалинского района г. Алматы; Определение от 29 мая 2017 г. по делу № 7517-17-00-2/11039, вынесенное Медеуским районным судом г. Алматы и т.д.).

Следует отметить, что подп. 3) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже противоречит Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, статья IV которой содержит детальный механизм индивидуализации арбитражного суда в том случае, если стороны не указали конкретный арбитраж.

Так, согласно ст. IV Европейской конвенции, если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение постоянного арбитражного органа, но не назначили этого органа и не достигли соглашения на этот счет, то ис-

тец может направить просьбу о таком назначении, если стороны договорились о месте арбитража, по своему выбору либо к Председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое местонахождение; либо Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении к Конвенции. Если истец не воспользовался предоставленными ему правами, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры.

В соответствии со ст. 1 Европейская конвенция применяется к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных Договаривающихся Государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле.

Республика Казахстан присоединилась к Европейской конвенции о Внешнеторговом арбитраже в соответствии с Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в городе Женеве 21 апреля 1961 года».

21 июля 2014 года при Национальной палате предпринимателей РК «Атамекен» был образован Центр арбитражного и третейского разбирательства, о чем было направлено сообщение в ООН, как это предусматривает ст. 10 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. Постоянное представительство Казахстана в ООН своим письмом от 11 сентября 2014 года сообщило о том, что «функции, изложенные ст. IV Европейской конвенции, осуществляются Арбитражным центром НПП РК».

Однако существующее в настоящее время положение, когда такие функции Национальная палата предпринимателей РК передала своему Арбитражному центру, на наш взгляд, является нарушением положений Европейской конвенции. Арбитражный центр

в силу наличия прямого конфликта интересов не может выступать объективным и беспристрастным органом при решении вопроса об определении компетентного арбитражного органа. Во время существования ТПП РК указанные функции в соответствии со ст. IV Конвенции выполнял председатель ТПП, а не Арбитражная комиссия при ТПП РК.

Для решения указанной проблемы, на наш взгляд, необходимо передать функции от Арбитражного центра в Национальную палату предпринимателей в соответствии с положениями Конвенции. При НПП РК создать совещательный орган из представителей постоянно действующих арбитражей, который при каждом конкретном случае применения положений ст. IV Европейской конвенции имел бы возможность высказать свою позицию до принятия решения НПП РК, во избежание конфликта интересов и в целях принятия справедливого решения с учетом обстоятельств дела и фактора удобства для спорящих сторон.

В связи с введением в действие нового Закона об арбитраже, предусматривающего в соответствии с подп. 4) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже требование о том, что арбитражное соглашение должно содержать согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа в случае, предусмотренном п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, в практике КМА стали возникать спорные вопросы относительно применения данной нормы.

Так, в 2016 г. после введения в действие Закона об арбитраже в КМА поступило исковое заявление АО «Национальная компания» (со 100% государственным участием) к Компании «F» L.L.C. (ОАЭ) о взыскании суммы долга по Контракту на поставку пшеницы общей стоимостью 3 400 000 долларов США (далее – Контракт).

В соответствии с п. 11.2. Контракта, заключенного между Истцом и Ответчиком 29 января 2016 г.: «В случае, если Стороны не пришли к добровольному урегулированию возникших разногласий, споры и/или разногласия, возникающие из Контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в Казахском Международном Арбитраже в соответствии с действующим регламентом. Состав Арбитража будет включать трех Арбитров. Языком арбитражного разбирательства будет русский язык».

Согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли на передачу дела на рассмотрение в КМА Истцом предоставлено не было.

Несмотря на отсутствие такого согласия, указанное исковое заявление было принято к рассмотрению в КМА в 2016 году (в 2017 году по нему было внесено арбитражное решение). При этом постоянно действующий арбитраж при принятии искового заявления и Состав арбитража при рассмотрении дела по существу исходили из следующих положений.

Во-первых, арбитражное соглашение по данному делу было заключено 29 января 2016 г., то есть до введения в действие Закона об арбитраже 2016 г. В связи с чем к данному арбитражному соглашению применяются положения Закона РК от 28 декабря 2004 года «О международном арбитраже». Нормы подп. 4) п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже в данном арбитражном соглашении не могут быть применены, соответственно, согласие уполномоченного органа не требуется.

Во-вторых, требование об обязательном наличии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли согласно части первой п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже необходимо только в отношении так называемых «внутренних споров», то есть споров между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой.

Исходя из буквального толкования данной нормы, можно сделать вывод о том, что согласие уполномоченного органа не требуется для так называемых «международных споров», когда второй стороной в споре выступает иностранное физическое или юридическое лицо. В указанном деле второй стороной в споре выступило иностранное юридическое лицо.

Если вопрос о признании недействительности арбитражного соглашения в случае признания недействительным основного кон-

тракта решается однозначно: недействительности арбитражного соглашения такое признание не влечет. То сложнее обстоит дело с передачей права требования по договору (цессия). Влечет ли такая передача за собой и переход права по арбитражной оговорке? Или же в силу автономности последней для перехода этого права требуется самостоятельное соглашение?

В отличие от почти единодушного признания автономности арбитражного соглашения в случае недействительности основного контракта, вопрос об обязательности арбитражного соглашения при цессии вызывает противоречивые суждения в международной практике, хотя в целом просматривается тенденция в пользу признания такой обязательности⁹.

В то же время имеет хождение и другая точка зрения.

При разрешении одного из споров Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) при Торгово-промышленной палате СССР пришла к заключению, что арбитражное соглашение вообще не может быть предметом цессии. Будучи автономным процессуальным договором, оно требует самостоятельного согласия цессионеров на подчинение той юрисдикции, которая была избрана сторонами в договоре (решение ВТАК от 9 июля 1984 г.). Это решение получило широкую известность и было опубликовано за рубежом.

Наша точка зрения на этот вопрос была высказана в комментарии к статье 341 ГК РК и заключалась в том, что арбитражное соглашение относится к условиям осуществления передаваемых прав, кредитор же, безусловно, знал или должен был знать о наличии такой оговорки. Для того чтобы уменьшить объем передаваемых прав или изменить условия их осуществления, стороны должны специально оговорить это в договоре цессии¹⁰.

Развивая эту точку зрения, можно сказать, что арбитражное соглашение, действительно, является автономным соглашением. Однако есть принципиальное отличие между признанием контракта недействительным и цессией.

9 См.: Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитра и соглашение сторон. М., 1988. С. 77.

10 См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): Комментарии / Отв. ред. М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин. Алматы, 1998. Кн. 2. С. 258.

В первом случае такое признание никак не связано с волей сторон и основания признания контракта недействительным могут быть различными для разных соглашений. Если, например, основной контракт был признан недействительным вследствие нарушения законодательства (как это было в вышеприведенных случаях), это не значит, что арбитражное соглашение противоречит законодательству и должно быть признано недействительным.

При передаче прав по цессии – ситуация иная. Здесь кредитор в курсе всех прав, которые передаются. Он знает или должен знать обо всех пунктах контракта, в том числе и об арбитражной оговорке. Поэтому предполагается, что он дал согласие принять все права по договору, в том числе и связанные с арбитражной оговоркой. Проблема может возникнуть только при третьей записи, когда арбитражное соглашение содержится в отдельном соглашении. Но и в этом случае существует презумпция того, что кредитор знал или должен был знать об этом соглашении. В крайнем случае, кредитор может доказывать в суде, что он не знал о наличии арбитражного соглашения, но – как общее правило – права по этому соглашению переходят при цессии вместе с другими правами.

Что же касается согласия должника на передачу прав по арбитражному соглашению другому кредитору, то здесь применяется общее правило ГК РК о том, что при уступке права требования не требуется согласия должника (п. 2 ст. 339).

Арбитражное соглашение (так же, как и пророгационное) – это гражданско-правовой договор, хотя он и касается процессуальных вопросов. Поэтому он подчинен общим положениям о договоре, содержащимся в ГК. В частности, в соответствии со ст. ст. 273 и 404 ГК недопустим односторонний отказ от договора.

Но при уступке права требования нет одностороннего отказа от договора. Обязательства по контракту и арбитражному соглашению сохраняются в полном объеме, только меняется кредитор в соответствии с правилами о правопреемстве.

Лицо, не давшее согласия на рассмотрение дела в арбитражном суде, не может быть привлечено к участию в рассмотрении дела.

В деле по иску ТОО К. к АО А. об оплате стоимости поставленных нефтепродуктов ответчик объяснил, что акимат Акмолин-

ской области выдал гарантийное обязательство об оплате и должен нести солидарную ответственность. Ответчик просил привлечь его участию в деле. Арбитражный суд признал, что акимат должен нести ответственность, но не может быть привлечен в качестве ответчика. Договор гарантии – это отдельный договор, в котором нет арбитражной оговорки. Ответчик должен обратиться с иском к акимату Акмолинской области в суд общей юрисдикции.

§ 4. Содействие суда в представлении обеспечительных мер и получении доказательств

Как известно, под обеспечительными мерами понимаются срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя. Цель любых обеспечительных мер – создать условия для реализации и исполнения решений, принимаемых судом.

Арбитраж не входит в судебную систему, осуществляющую правосудие в Республике Казахстан, и рассматривает имущественные споры между участниками гражданских правоотношений по их добровольному волеизъявлению. Именно поэтому арбитражи не наделены какими-либо властными полномочиями, в отличие от судов.

И в этом смысле институт обеспечения иска как бы входит в конфликт с принципами арбитражного разбирательства. Однако это вынужденная мера, предусмотренная законодателем.

Конструирование института обеспечительных мер в арбитражном (третейском) процессе возможно по одному из следующих типов:

- меры обеспечительного характера принимаются третейским судом (арбитражем);
- полномочия по принятию мер по обеспечению иска распределяются между компетентным государственным судом и третейским судом (арбитражем);
- решение о принятии мер по обеспечению иска находится исключительно в компетенции государственного суда¹¹.

¹¹ См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 468.

Анализ действующего арбитражного законодательства позволяет прийти к выводу о том, что законодатель избрал второй тип конструирования института обеспечительных мер, когда полномочия по принятию мер по обеспечению иска распределяются между арбитражем и судом, который принимает окончательное решение по этому вопросу.

Полномочия арбитража распорядиться о принятии мер по обеспечению иска предусмотрены п. 6 ст. 20, а также ст. 39 Закона об арбитраже.

Так, согласно п. 6 ст. 20 Закона об арбитраже, если стороны не договорились об ином, то арбитраж может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких мер по обеспечению иска в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми, о чем выносит определение. В этом случае говорят о так называемом диспозитивном способе, поскольку стороны должны добровольно исполнять определение об обеспечении иска, вынесенное арбитражем.

Второй способ называется императивным, суть которого заключается в том, что определение об обеспечении иска выносится судом, принудительное исполнение которого обеспечивается со стороны государства, а потому подлежит обязательному исполнению сторонами.

В соответствии с п. 1 ст. 39 Закона стороны во время арбитражного разбирательства в случае, предусмотренном в п. 6. ст. 20 Закона, вправе обратиться в суд с заявлением об обеспечении иска. Принятие судом определения об обеспечении иска не является несовместимым с арбитражным соглашением.

Заявление об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, подается стороной в суд по месту осуществления арбитражного разбирательства или месту нахождения имущества, в отношении которого могут быть приняты обеспечительные меры.

Рассмотрение судом заявления об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, и вынесение им определения об обеспечении иска или отказе в его обеспечении осуществляются в порядке, установленном ГПК.

Определение об обеспечении иска, рассматриваемого в арбитраже, может быть отменено судом, вынесшим это определение, по заявлению одной из сторон. Арбитражное решение об отказе в удовлетворении исковых требований является основанием для отмены судом обеспечительных мер.

Закон об арбитраже фактически предусматривают поэтапную процедуру принятия решения о применении обеспечительных мер: подача заинтересованной стороной соответствующей просьбы в арбитраж и в случае принятия им положительного решения – подача заявления в соответствующий суд.

В данном случае необходимо обратить внимание на то, что в п. 6 ст. 20, а также в ст. 39 Закона об арбитраже законодатель использует термин не состав арбитража, а именно «арбитраж» как более широкое понятие.

Согласно подп. 3) ст. 2 Закона об арбитраже под термином «арбитраж» понимается арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж.

На практике необходимость принятия мер по обеспечению иска зачастую диктуется столь скоро, что состав арбитража еще не оказывается сформированным. Это обстоятельство может оказаться тормозом в реализации той главной идеи, ради которой, собственно, и принимаются меры по обеспечению иска – скорость и неожиданность их принятия¹². Поэтому в том случае, когда состав арбитража еще не был сформирован (а, как правило, с момента подачи иска на это может уйти до 1-2 месяцев), вопрос о принятии решения на первом этапе может быть отнесен к компетенции председателя постоянно действующего арбитража.

Важным условием для реализации предусмотренного Законами института обеспечительных мер в отношении иска, рассматриваемого арбитражем, является наличие корреспондирующих норм в ГПК.

Так, согласно ст. 155 ГПК по заявлению лиц, участвующих в деле, сторон арбитражного разбирательства суд может принять

12 См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 469.

меры к обеспечению иска во всяком положении дела, если принятие таких мер может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. Стороны арбитражного разбирательства должны приложить к заявлению об обеспечении иска документ, подтверждающий предъявление иска в арбитраж. Таким документом, как правило, является определение о возбуждении арбитражного разбирательства.

Статья 156 ГПК содержит перечень мер по обеспечению иска, который в силу положений п. 2 этой статьи является не исчерпывающим, поскольку в необходимых случаях судом могут быть приняты иные меры по обеспечению иска, которые отвечают целям, указанным в ст. 155 ГПК.

Следует отметить, что далеко не все предусмотренные ст. 156 ГПК меры по обеспечению иска могут быть применены по отношению к искам, рассматриваемым в порядке арбитражного разбирательства. Например, совершенно очевидно, что в силу определенной действующим законодательством компетенции арбитражей такая мера, как приостановление действия оспариваемого правового акта государственного органа, органа местного самоуправления (за исключением правового акта Национального Банка Республики Казахстан по приостановлению действий и (или) лишению лицензий и (или) приложений к ним на осуществление деятельности на финансовом рынке, проведению консервации финансовых организаций, а также их письменных предписаний) не может быть применена по отношению к искам, рассматриваемым арбитражем (см. подп. 5) ч. 1 ст. 156 ГПК), поскольку данная мера направлена на реализацию интересов истца в отношениях административно-правового характера.

По общему правилу, предусмотренному п. 3 ст. 156 ГПК, меры по обеспечению иска должны быть соразмерны заявленному истцом требованию и не нарушать публичных интересов и интересов третьих лиц. Это правило в полной мере распространяется и на обеспечение иска, рассматриваемого арбитражем.

При подаче истцом заявления об обеспечении иска, рассматриваемого постоянно действующим арбитражем, до момента фор-

мирования состава арбитража, вопрос о соразмерности решается исключительно компетентным судом, что может создать для него определенные сложности, поскольку, как правило, он в отличие от состава арбитража, не знаком с материалами дела и имеет меньше возможности дать оценку всем существенным обстоятельствам дела.

Следует отметить, что в целом нормы ст. 39 Закона об арбитраже соответствуют ст. 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в редакции 1985 года:

«Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких мер по обеспечению иска в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами».

Однако Типовой закон ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г. значительно расширил и детализировал положения об обеспечительных мерах в сравнении со ст. 17 Закона в редакции 1985 г.

Так, обеспечительным мерам и предварительным постановлениям арбитража в Типовом законе ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г. посвящена отдельная глава IV А.

Под обеспечительной мерой в ст. 17 понимается любая временная мера – независимо от того, вынесена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, – при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым окончательно урегулируется спор, арбитражный суд распорядится о том, чтобы та или иная сторона: поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора; приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб; предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; или сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

При этом в Типовом законе ЮНСИТРАЛ детализируются условия предписывания обеспечительных мер (ст. 17 А), порядок подачи

сторонами ходатайства о вынесении предварительных постановлений и условия для вынесения предварительных постановлений (ст. 17 В), особый режим предварительных постановлений (ст. 17 С), положения, применимые в отношении обеспечительных мер и предварительных постановлений (ст. ст. 17 D, 17 E, 17 K, 17 G).

Что касается признания и приведения в исполнение обеспечительных мер, то согласно ст. 17 Н Типового закона ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г. обеспечительная мера, вынесенная арбитражным судом, признается имеющей обязательную силу и, если арбитражным судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была вынесена, при условии соблюдения положений ст. 17 I (которой предусмотрены основания для отказа в признании или приведении в исполнение).

Сторона, которая спрашивает признание или приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, приостановлении или изменении этой обеспечительной меры.

Суд государства, в котором спрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он сочтет это надлежащим, распорядиться о предоставлении запрашивающей стороной надлежащего обеспечения, если только арбитражный суд уже не вынес определение в отношении предоставления обеспечения или в случае, когда такое решение является необходимым для защиты прав третьих сторон.

В соответствии со ст. 17 J компетентный суд обладает такими же полномочиями выносить обеспечительные меры в связи с арбитражным разбирательством, независимо от того, находится ли место разбирательства в данном государстве, как и полномочия, которыми он обладает в связи с судопроизводством. Суд осуществляет такие полномочия в соответствии со своими собственными процедурами с учетом особенностей международного арбитража.

В этой связи желательно в будущем привести отдельные положения Закона об арбитраже и ГПК в соответствии с нормами ст. 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в редакции 2006 г.

Важное для развития арбитража положение в части оказания судом содействия в получении доказательств содержится в п. 5 ст. 39 Закона об арбитраже:

«Арбитраж или сторона с согласия арбитража может обратиться в суд с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд рассматривает данное обращение в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан».

Надо сказать, что данная норма хорошо работает на практике.

Так, в Казахстанском Международном Арбитраже рассматривалось дело № 21/2016 по иску ТОО «А» (Республика Казахстан) к ООО «Д» (Республика Беларусь) от 23 декабря 2016 г. о взыскании убытков, причиненных повреждением груза при его перевозке. При подаче искового заявления в КМА Истцом была предоставлена копия Договора с Ответчиком, с имеющейся в нем арбитражной оговоркой КМА.

31 января 2017 г. Ответчик подал в КМА заявление об отсутствии у последней компетенции на рассмотрение возникшего между сторонами спора и прекращении арбитражного разбирательства в связи с не достижением, по мнению Ответчика, соглашения об арбитражной оговорке. Ответчик, в обоснование своих доводов, представил в КМА копию Договора с истцом, в котором отсутствовала арбитражная оговорка КМА. 14 марта 2017 года Ответчик предоставил в КМА дополненное и уточненное Заявление об отсутствии полномочий Арбитража.

16 марта 2017 г. в КМА от представителя Истца поступило Уточненное Ходатайство с просьбой об оказании содействия в истребовании доказательств по делу № 21/2016, в котором представитель истца просил Арбитраж истребовать у ОАО «Банк» (Республика Беларусь) через Специализированный межрайонный экономический суд г. Алматы (Республика Казахстан) и Экономический суд г. Минск (Республика Беларусь) копию предоставленного Ответчиком в период с 05 февраля 2015 г. до 23 декабря 2016 г. Договора 05 февраля 2015 года между ТОО «А» и ООО «Д».

Истребование копии данного внешнеторгового Договора, по мнению Истца, было напрямую связано с вопросом принятия ре-

шения Составом арбитража о наличии или отсутствии компетенции КМА рассматривать спор о возмещении убытков, поскольку с его помощью может быть установлено обстоятельство, имеющее значение для дела, а именно – наличие в данном Договоре арбитражной оговорки.

Определением по делу № 21/2016 от 17 марта 2017 года, вынесенным составом арбитража КМА, данное ходатайство Истца было удовлетворено.

В соответствии с п. 5 ст. 39 Закона об арбитраже суд рассматривает обращение с просьбой о содействии в получении доказательств в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан.

Согласно п. 4 ст. 73 Гражданского процессуального кодекса в случае, когда представление доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, затруднительно, суд первой инстанции по их ходатайству оказывает им содействие в истребовании доказательств. В ходатайстве об оказании содействия в истребовании доказательства должны быть указаны доказательство, а также какие обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть установлены или опровергнуты этим доказательством, причины, препятствующие самостоятельному получению доказательства, и место его нахождения (п. 5 ст. 73 ГПК).

Согласно п.п. 7.2 п. 7 Инструкции о порядке регистрации сделки и выполнении банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями функций агентов валютного контроля, утвержденной постановлением Правления Нацбанка Республики Беларусь от 16.04.2009 № 46, к документам, которые представляются клиентом и необходимы для осуществления банком функций агентов валютного контроля, при проведении валютной операции, связанной с осуществлением расчетов по внешнеторговым договорам, предусматривающим экспорт относится внешнеторговый договор и/или сведения о поступивших денежных средствах экспортеру

В соответствии п. 10 Инструкции о порядке регистрации сделки и выполнении банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями функций агентов валютного контроля, утверж-

денной постановлением Правления Нацбанка РБ от 16.04.2009 № 46, для регистрации сделки экспортер (импортер) представляет в один из банков, в котором открыт счет, дающий право экспортеру (импортеру) осуществлять расчеты в рамках внешнеторгового договора/приложения к договору, заявление в двух экземплярах на регистрацию (перерегистрацию) сделки согласно приложению 1 к настоящей Инструкции, оригинал или копию внешнеторгового договора/приложения к договору (при электронном документообороте – электронную копию внешнеторгового договора, заявление на регистрацию (перерегистрацию) сделки в электронном виде). Один экземпляр заявления остается в банке.

Таким образом, оригинал или копия внешнеторгового договора/приложения к договору должен храниться в ОАО «Банк», услугами которого пользуется Ответчик и где у него имеется расчетный и/или валютный счет.

ОАО «Банк» является резидентом Республики Беларусь и представление копии внешнеторгового договора в качестве доказательства своей позиции по вопросу наличия компетенции Казахстанского Международного Арбитража (г. Алматы, Казахстан) для Истца затруднительно в связи тем, что данная информация отнесена к банковской тайне и охраняется законами Республики Беларусь.

Сведения о счетах и вкладах (депозитах), в том числе о наличии счета в банке (небанковской кредитно-финансовой организации), его владельце, номере и других реквизитах счета, размере средств, находящихся на счетах и во вкладах (депозитах), а равно сведения о конкретных сделках, об операциях без открытия счета, операциях по счетам и вкладам (депозитам), а также об имуществе, находящемся на хранении в банке, являются банковской тайной и не подлежат разглашению (Статья 121. Банковская тайна. Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-3).

В соответствии со ст. 5 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 года) компетентные суды и иные органы государств – участников Содружества Независимых Государств обязуются оказывать взаимную правовую помощь.

Взаимное оказание правовой помощи включает вручение и пересылку документов и выполнение процессуальных действий, в частности, проведение экспертизы, заслушивание Сторон, свидетелей, экспертов и других лиц.

При оказании правовой помощи компетентные суды и иные органы государств - участников Содружества Независимых Государств сносятся друг с другом непосредственно.

Казахстанский Международный Арбитраж в соответствии с п. 5 ст. 39 Закона об арбитраже обратился с просьбой в Специализированный межрайонный экономический суд г. Алматы оказать содействие и истребовать у ОАО «Банк» (Республика Беларусь) через Экономический суд г. Минск (Республика Беларусь) представленного ООО «Д» в период с 05 февраля 2015 года до 23 декабря 2016 года копию Договора от 05 февраля 2015 года между ТОО «А» и ООО «Д».

Определением СМЭСа г. Алматы за № 7527-17-3-12/32,33 от 04 апреля 2017 года Ходатайство КМА об оказании содействия в получении доказательств было удовлетворено.

ГЛАВА 2. ОТМЕНА АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

§ 1. Порядок и сроки отмены арбитражных решений

Порядок, субъекты и сроки отмены арбитражных решений установлены ст. 53 Закона об арбитраже, а также Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан (глава 56 «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений»).

Глава 56 ГПК посвящена производству по делам об отмене решений арбитражей, созданных и действующих в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Решения иностранного арбитража, то есть решения, вынесенные иностранным международным коммерческим арбитражем, обжаловать в Казахстане в соответствии с ГПК нельзя. Такие решения подлежат обжалованию в той стране, где они были вынесены, т.е. в любом случае, за пределами Казахстана.

В соответствии с п. 1 ст. 464 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения может быть подано сторонами арбитражного разбирательства, третьими лицами, не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом, в течение одного месяца со дня получения арбитражного решения.

Ходатайство об отмене арбитражного решения подается в соответствующий суд Республики Казахстан:

- 1) по месту рассмотрения спора арбитражем, если арбитражное решение принято на территории Республики Казахстан;
- 2) по месту нахождения постоянно действующего арбитража, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве;
- 3) по месту образования арбитража в Республике Казахстан, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве (см. п. 2 ст. 464 ГПК).

Судья возвращает ходатайство, если истек срок для отмены решения, установленный частью первой настоящей статьи, и нет оснований для его восстановления в соответствии с настоящим Кодексом (см. п. 3 ст. 464 ГПК).

С учетом предусмотренных ГПК правил о подведомственности и подсудности если сторонами разбирательства являлись юридические лица или индивидуальные предприниматели, то ходатайство об отмене арбитражного решения подается в СМЭС по месту рассмотрения спора арбитражем.

Если же одной из сторон являлось физическое лицо, то ходатайство подается в соответствующий районный суд по месту рассмотрения спора арбитражем. Например, ходатайство об отмене решения Составы арбитража Казахстанского Международного Арбитража может быть подано в СМЭС г. Алматы (если обе стороны – юридические лица или индивидуальные предприниматели), либо в Бостандыкский районный суд г. Алматы (если одна из сторон – физическое лицо), поскольку КМА, являясь постоянно действующим арбитражем, проводит рассмотрение споров по месту своего нахождения в Бостандыкском районе г. Алматы.

Согласно п. 1 ст. 465 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом в течение десяти рабочих дней с момента возбуждения дела по правилам, предусмотренным ГПК.

Судья при подаче ходатайства третьим лицом имеет право продлить производство по делу в случае необходимости представления дополнительных доказательств на срок до одного месяца.

Стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, в случае подачи ими ходатайства об отмене арбитражного решения, извещаются судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием к рассмотрению дела.

На практике суды нередко вызывают на судебное заседание не только сторон арбитражного разбирательства, третьих лиц, но и постоянно действующие арбитражи.

Например, Определением СМЭС г. Алматы от 30.10.2017 г. о принятии к производству и возбуждении гражданского дела и установлении языка судопроизводства Ходатайство ТОО «Т» об отмене решения Единоличного арбитра КМА по делу № 22/2017

от 27.09.2017 г. по иску ТОО «А» к ТОО «Т» о взыскании суммы задолженности, было принято к производству суда, возбуждено гражданское дело. При этом КМА неверно был определен в Ходатайстве и Судебной повестке в качестве «Лица, чьи действия обжалуются», поскольку согласно ст. ст. 464 и 465 ГПК арбитраж не является ни лицом, чьи действия обжалуются, ни ответчиком. КМА мог не принимать участия в заседании, однако счел необходимым довести до сведения Суда, а также Сторон арбитражного разбирательства свою позицию по данному делу в порядке объяснения. Определением СМЭС г. Алматы по делу № 7527-17-00-2М/128 от 09.11.2017 г. в удовлетворении Ходатайства ТОО «Т» об отмене решения единоличного арбитра КМА было отказано.

В данном случае судам необходимо обратить внимание на п. 14 Рекомендаций Верховного Суда, согласно которым извещение арбитража, об отмене решения которого заявлено, не требуется¹³.

В соответствии с п. 3 ст. 465 ГПК при рассмотрении дела суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных законом, путем исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений.

Важное значение при применении судами указанных норм ГПК имеют также положения п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже, согласно которым бремя доказывания наличия предусмотренных п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения лежит на стороне, заявляющей ходатайство об отмене.

Суд по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения выносит определение об отмене арбитражного решения либо отказе в удовлетворении ходатайства. Определение суда может быть обжаловано, опротестовано в соответствии с настоящим Кодексом.

13 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

Следует отметить, что на практике суды нередко выносят определения об отказе в удовлетворении ходатайств об отмене арбитражных решений, не найдя предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже процессуальных оснований для отмены. Так, Определением Районного суда № 2 Казыбекбийского района г. Караганды за № 3512-18-00-2/5545 от 04 мая 2018 г. в удовлетворении ходатайства гр-ки П. об отмене арбитражного решения было отказано, поскольку законных оснований, предусмотренных ст. 52 Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» для отмены решения, стороной не приведено.

Нормы об отмене арбитражного решения предусмотрены также ст. 53 «Ходатайство об отмене арбитражного решения» Закона об арбитраже:

1. Ходатайство об отмене арбитражного решения подается в суд в соответствии с гражданским процессуальным законодательством РК.

2. Ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения, а в случае, если была подана просьба в соответствии со статьей 51 настоящего Закона, со дня вынесения арбитражного решения по этой просьбе.

3. Суд вправе по обращению одной из сторон приостановить на установленный срок производство по ходатайству об отмене арбитражного решения для возобновления арбитражного разбирательства либо принятия иных мер, позволяющих устранить основания для отмены арбитражного решения.

Если арбитры выносят новое решение, сторона вправе в течение установленного судом срока без представления искового заявления ходатайствовать об отмене решения в части, относящейся к возобновленному арбитражному разбирательству или изменениям в первоначальном решении.

4. Суд выносит по вопросу об отмене арбитражного решения определение. Данное определение может быть обжаловано или

опротестовано в соответствии с гражданским процессуальным законодательством РК».

Примечательно то, что в ст. 53 Закона об арбитраже третьи лица, в отличие от ст. ст. 464-465 ГПК, не упоминаются.

При проведении сравнительного анализа положений ст. 53 Закона об арбитраже и ст. 465 ГПК следует обратить внимание на следующее положение – указанная статья ГПК не содержит норм, аналогичных п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже. Поэтому на практике сложно приостановить на установленный срок производство по ходатайству об отмене арбитражного решения для возобновления арбитражного разбирательства либо принятия иных мер, позволяющих устранить основания для отмены арбитражного решения. На наш взгляд, необходимо внести соответствующее дополнение в ст. 465 ГПК.

Каковы последствия отмены судом решения, вынесенного арбитражем?

Закон об арбитраже не содержит норм о возможности повторного обращения в арбитраж в случае отмены арбитражного решения судом. Однако это не означает, что стороны лишены такой возможности.

Если арбитражное решение действительно, исполнимо и не утратило силу, спор охватывается арбитражным соглашением, стороны являются дееспособными, спор может быть предметом арбитражного разбирательства, то стороны вправе повторно обратиться в арбитраж.

Согласно п. 15 Рекомендаций Верховного Суда:

«15. Если арбитражное решение отменено по основаниям, предусмотренным пунктом 2 статьи 52 Закона, а также в случаях, если: арбитражное решение содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением; арбитражное решение содержит решение по вопросу, не подпадающие под условия арбитражного соглашения; арбитражное решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; неподведомственности спора арбитражу; арбитраж-

ное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан, то сторона вправе обратиться в компетентный суд для разрешения спора.

В остальных случаях не утрачивается право на обращение в арбитраж, согласно, заключенному между сторонами арбитражному соглашению.

При этом необходимо учитывать, что если арбитражные решения по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит решения по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением»¹⁴.

Доводы о возможности сторон при наличии действительного арбитражного соглашения повторно обратиться в арбитраж в случае отмены арбитражного решения судом находят свое подтверждение в судебной практике.

Например, согласно Определению Медеуского районного суда г. Алматы от 24 июля 2017 г. заявитель гр-ка Ш. обратилась в суд с ходатайством об отмене решения Арбитража «Forum Votum» от 12.06.2017 г., мотивируя свои требования тем, что исковые требования ТОО «Специальная финансовая компания «Finance» к гр-ке Ш. о взыскании суммы задолженности были удовлетворены. Постановлено взыскать с гр-ки Ш. в пользу ТОО «Специальная финансовая компания «Finance» сумму задолженности в размере 489 968 тенге и сумму регистрационного и арбитражного сборов в размере 21 550 тенге. Заявитель считает данное решение арбитража незаконным, так как после отмены Медеуским районным судом г. Алматы первоначального решения арбитража «Forum Votum» от 21.12.2016 г. взыскатель ТОО СФК «Finance» не имело право

14 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

подавать повторно исковое заявление в тот же арбитраж «Forum Votum» к тому же ответчику, также полагает что ранее оплаченные суммы в размере 163 506 тенге в АО «Альянс банк» арбитражем не учтены. На основании чего просит отменить решение Арбитража «Forum Votum» от 12.06.2017 г.

Между тем, суд не согласился с доводами заявителя гр-ки Ш. в том что Арбитраж «Forum Votum» не должен был вынести повторное решение, тогда как, первоначальное арбитражное решение Арбитража «Forum Votum» от 21.12.2016 г. было отменено по тем обстоятельствам, что в материалах дела отсутствовало надлежащее извещение должника гр-ки Ш. Более того, суд не увидел каких-либо оснований для отмены решения Арбитража «Forum Votum» г. Алматы от 12.06.2017 г., так как данное арбитражное разбирательство проходило с участием сторон, в том числе и представителя гр-ки Ш. При указанных обстоятельствах, и в связи с отсутствием других оснований по отмене решение Арбитража «Forum Votum» г. Алматы от 12.06.2017 г., суд пришел к выводу что заявление Шойбековой Н.С. удовлетворению не подлежит. Руководствуясь ч. 4 ст. 465, ст.ст.268-269 ГПК, суд в удовлетворении ходатайства гр-ки Ш. об отмене решения Арбитража «Forum Votum» от 12 июня 2017 г. отказал.

Представляется, что повторное возобновление дела в арбитраже после того, как первоначальное решение было отменено судом, не является препятствием к тому, чтобы дело в арбитраже было рассмотрено в том же составе. Но, конечно, это может быть сделано только при соответствующем волеизъявлении сторон, участвующих в арбитражном разбирательстве.

Как правило, Регламенты постоянно действующих арбитражных институтов содержат специальные положения в отношении снижения размера сборов при повторном обращении.

Например, при повторном обращении с иском к КМА в течение одного года размер арбитражного сбора может быть снижен по решению председателя КМА¹⁵.

15 См. п. 9 ст. 4 Положения об арбитражных расходах и сборах КМА // <http://www.arbitrage.kz/2016-09-11-09-51-05/2016-09-11-10-27-13.html>

§ 2. Основания отмены арбитражных решений

Перечень оснований отмены арбитражных решений, предусмотренный ст. 52 Закона об арбитраже, носит исчерпывающий характер и не подлежит расширительному толкованию.

В ст. 52 Закона об арбитраже предусмотрено два возможных случая отмены решения арбитража судом:

- 1) по ходатайству об отмене, заявленному одной из сторон;
- 2) по решению суда (которое может быть принято без ходатайства стороны).

В первом случае, сторона, подавшая такое ходатайство, должна представить соответствующие доказательства. При этом основаниями для подачи ходатайства являются только процессуальные нарушения.

Важное положение содержится в п. 12 Рекомендаций Верховного Суда:

«12. Сторона, против которой вынесено арбитражное решение, должна представить доказательства наличия оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных пунктом 1 статьи 52 Закона.

Суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу»¹⁶.

Вместе с тем, как показывает проведенный нами анализ судебной практики, суды нередко при рассмотрении ходатайств об отмене арбитражных решений, не ограничиваются исследованием наличия либо отсутствия оснований для отмены арбитражного решения, но и дают свою оценку не только обстоятельствам дела, но и мотивам, по которым было вынесено арбитражное решение, тем самым фактически пересматривая арбитражное решение по существу.

Приведем ряд примеров.

16 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

Пример 1. Определением Районного суда № 2 Алмалинского района г. Алматы от 22.05.2017 г. было отменено решение арбитража «Адилет» от 11.01.2017 г. по иску ТОО «Ф» к ИП «N» о взыскании суммы задолженности по договору на оказание рекламно-информационных услуг. Полностью процитировав в Определении нормы ст. 52 Закона об арбитраже, в мотивировочной части суд указал, что не усматривает соблюдения данных норм, так как в материалах дела, а равно в решении арбитража не указано из чего складывается взысканная с ИП «N» сумма упущенной выгоды в размере 525 000 тенге, отсутствуют доказательства о понесенных истцом ТОО «Ф» представительских расходов в размере 80 200 тенге, кроме того доводы ответчика и его возражения против суммы задолженности арбитражем судом оставлены без должной проверки, при этом не учтено и не проверено выполнение ответчиком ИП «N» объема работ по заключенному договору.

Таким образом, суд пришел к выводу, что при вынесении обжалуемого решения арбитражем существенно нарушен принцип законности и публичного порядка, что является законным основанием для его отмены.

Пример 2. Согласно Определению Медеуского районного суда г. Алматы от 12 сентября 2017 г. заявитель гр. А. обратился в суд с заявлением об отмене арбитражного решения, мотивируя свои требования тем, что заочным решением постоянно действующего арбитража «Третейский суд Алматы» от 14 декабря 2015 г. иск ТОО «Б» удовлетворен. Решено: взыскать с гр. А. в пользу ТОО «Б» сумму задолженности в виде основного долга – 661 201,38 тенге, вознаграждения – 27 230,30 тенге, неустойки – 403 200 тенге, расходы по рассмотрению спора в третейском суде – 32 748,95 тенге, представительские расходы – 109 163,17 тенге, всего – 1 233 543,80 тенге. С данным решением третейского суда заявитель не согласен, ввиду необоснованности взысканных сумм, а также отсутствия надлежащего уведомления о дне слушания дела в третейском суде, в связи с чем, просил суд отменить указанное решение.

Суд, рассмотрев ходатайство об отмене арбитражного решения, пришел к выводу, что в заявлении гр. А. А.Ж. имеются ос-

нования для отмены заочного решения, а именно суду не представлены доказательства о надлежащем уведомлении заявителя о месте и времени судебного заседания в третейского суде, а также суд считает, что необходимо с участием стороны заявителя проверить взысканные суммы, в том числе по пени и представительским расходам.

На наш взгляд, если неуведомление стороны о времени и месте третейского разбирательства, действительно является основанием для отмены решения, то проверка взысканных арбитражем сумм таковым не является, суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Пример 3. Районный суд № 2 Алмалинского района г. Алматы, рассмотрев ходатайство гр-ки А и гр-ки А. об отмене решения международного арбитража «IUS» от 22.08.2016 г. о взыскании с одной из заявительниц задолженности в размере 9 009 964,72 тенге, вынес Определение от 06.01.2017 г. об отказе в отмене арбитражного решения. По мнению заявителей, арбитражное решение является незаконным и подлежащим отмене поскольку дело было рассмотрено не объективно, не изучены были все обстоятельства дела, а именно гр-ка А. своевременно обратилась в банк с заявлением о рефинансировании ее займа, однако Банком ее заявление не было рассмотрено, что повлекло вынесение арбитражем решения о взыскании задолженности. Не была предоставлена Государственная программа рефинансирования проблемных займов. Оспариваемое решение нарушает права заявителей воспользоваться программой рефинансирования остатка задолженности в рамках Программы ипотечных жилищных займов физических лиц за счет средств АО «Фонд проблемных кредитов», указанные обстоятельства не были приняты во внимание арбитром.

На наш взгляд, в целом суд правильно отказал в удовлетворении ходатайства об отмене арбитражного решения, поскольку доводы заявителей о том, что они не были надлежащим образом уведомлены о времени и месте рассмотрения арбитражем данного спора, не нашли своего подтверждения, из материалов дела следу-

ет, что им своевременно направлялись извещения, получение которых подтверждается пояснениями сторон и материалами дела. Вместе с тем, суд при вынесении данного Определения подверг анализу как доводы заявителей о том, что оспариваемое ими арбитражное решение нарушает права заявителей воспользоваться программой рефинансирования остатка задолженности в рамках Программы ипотечных жилищных займов физических лиц, так и отдельные обстоятельства дела, чего делать суд не должен был.

Во втором случае отмена арбитражного решения возможна только тогда, когда суд самостоятельно определит, что:

а) арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан или

б) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Как отмечает Верховный суд в своих Рекомендациях:

«13. Содержание пункта 2 статьи 52 Закона, согласно которому арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан и, что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан, входит в круг обстоятельств, подлежащих выяснению судом, независимо от того, что сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене арбитражного решения не ссылается на данное основание.

Обстоятельства, предусмотренные пунктом 2 статьи 52 Закона, в случае их установления судом, являются безусловным основанием для отмены решения суда»¹⁷.

Таким образом, основаниями для подачи ходатайства об отмене являются только процессуальные нарушения.

17 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

Для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что:

1) оно содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу.

Если арбитражные решения по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит решения по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

2) одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан;

3) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить свои объяснения;

4) состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон;

5) имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

6) арбитражное решение не отвечает требованиям о письменной форме и подписи, предусмотренным в ст. 47 Закона.

При исследовании процессуальных нарушений необходимо иметь в виду положения ст. 6 Закона об арбитраже:

«Сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона или какое-либо требование арбитражного согла-

шения не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения в течение срока, определенного регламентом арбитража для этой цели, считается отказавшейся от своего права на возражение».

Данная норма полностью соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ.

Указанная статья имеет важное практическое значение в первую очередь при рассмотрении судами ходатайств об отмене арбитражных решений. «Поведение стороны, рассматриваемое как отказ от дальнейших возражений против нарушения порядка рассмотрения спора, ведет к тому, что такой отказ будет иметь силу не только в отношении самого арбитражного разбирательства, но и в процессе производства в суде по вопросу об отмене или признании и приведении в исполнение вынесенного в результате данного арбитражного разбирательства решения. Иными словами, сторона в таких случаях уже не вправе ссылаться на нарушение порядка арбитражного разбирательства в обоснование своей позиции, как в ходе дальнейшего арбитражного разбирательства, так и в последующих судебных процедурах»¹⁸.

Однако в казахстанской судебной практике она не так часто применяется, как могла бы. В связи с этим, на наш взгляд, необходимо разъяснять как практикующим юристам, так и судьям судов вопросы практического применения данной статьи.

Применение положений ГПК и Закона об арбитраже об отмене арбитражных решений выявило ряд проблем как теоретического, так практического характера. Остановимся на анализе некоторых из них.

1) Арбитражное решение содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадаю-

18 См.: Комментарий к ст. 46. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Комментарий (постатейный), в ред. Приказа ТПП РФ от 23.06.2010 № 28. <http://zakoniros.ru/?p=5104>

щему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу

В подп. 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже предусмотрены сразу два различных основания отмены арбитражного решения:

а) арбитражное решение содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;

б) неподведомственность спора арбитражу.

Рассмотрим каждое из них отдельно.

Когда может быть применено первое основание отмены? Например, в случае, когда в акцессорном договоре имеется арбитражная оговорка, а в основном договоре она отсутствует. В договоре гарантии или залога (как акцессорном договоре) имеется арбитражная оговорка, а в договоре займа (как основном договоре) она отсутствует.

Арбитраж не сможет рассмотреть спор из акцессорного договора, поскольку ему придется выйти за рамки арбитражного соглашения при исследовании основного договора в целях выяснения наступления обстоятельств и/или факта неисполнения обязательств по основному договору.

Велик риск отмены такого арбитражного решения в соответствии с подпунктом 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже (содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу).

В частности, С.И. Климкин описывает следующий случай, имевший место в его арбитражной практике: «Между банком и ТОО были заключены два договора банковского займа на суммы 146 163 000 тенге и 10 402 975 тенге.

В качестве обеспечения возврата заемных средств, помимо иных мер, банком были заключены договоры с пятью гарантами, каждый из которых содержал арбитражную оговорку.

В свою очередь, договорами банковского займа предусматривалось, что споры, касающиеся нарушения их условий, подлежат окончательному разрешению в судах Республики Казахстан.

В связи с неисполнением товариществом заемных обязательств банком были заявлены требования к гарантам о взыскании с них сумм долга по договорам банковского займа.

Анализируя вопрос о полномочиях (юрисдикции) арбитража по рассмотрению данного спора, арбитр исходил из того, что

1. Согласно п. 1 ст. 329 ГК РК, в силу гарантии гарант обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами.

2. Привлечение указанных гарантов к солидарной с основным должником ответственности возможно лишь при установлении факта неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства основным должником и наличия оснований для такого привлечения.

Установление названных обстоятельств невозможно без рассмотрения и анализа правоотношений между банком и ТОО по договорам банковского займа, а значит и без привлечения ТОО к участию в деле.

Более того, согласно п. 1 ст. 333 ГК РК, в случае если к гаранту предъявлен иск, он обязан привлечь должника к участию в деле.

3. В соответствии с п. 1 ст. 334 ГК РК, в случае привлечения указанных гарантов к солидарной с основным должником ответственности и исполнения ими обязательства должника, к гарантам переходят все права кредитора по этому обязательству.

Однако привлечение товарищества – основного должника к участию в деле оказалось невозможным в виду отсутствия в договорах банковского займа соответствующей арбитражной оговорки, что в свою очередь означало отсутствие у арбитража полномочий по рассмотрению спора с участием этого ТОО.

На основании изложенного арбитр своим определением рекомендовал банку обратиться в соответствующий компетентный суд с исковым заявлением к ТОО о взыскании с него задолженности

по договорам банковского займа. Арбитражное разбирательство по делу было приостановлено до рассмотрения компетентным судом исковых требований банка к ТОО.

Позднее, в связи с вынесением СМЭС решения о взыскании с товарищества 176 948 882 тенге, по заявлению банка арбитражное производство было возобновлено, и исковые требования банка к гарантам были удовлетворены в полном объеме»¹⁹.

Относительно отмены арбитражного решения вследствие неподведомственности спора арбитражу следует отметить, что в последнее время суды не всегда правильно применяют данное основание на практике.

Как известно, с принятием в 2016 г. Закона об арбитраже деление на внутренние третейские суды и международный коммерческий арбитраж в Казахстане было упразднено. В связи с чем постоянно действующие арбитражи вынуждены были согласно п. 1 ст. 59 Закона об арбитраже в том числе внести изменения в свои наименования в связи с упразднением третейских судов.

Так, Определением Медеуского районного суда г. Алматы за № 7517-17-00-2/11039 от 29 мая 2017 года в целом суд правильно удовлетворил ходатайство об отмене арбитражного решения, поскольку 11 ноября 2016 года гр. Б. в соответствии с п. 5 ст. 9 Закона об арбитраже направил в Банк заявление об одностороннем отказе от арбитражной оговорки (в настоящее время данная норма исключена из Закона об арбитраже).

Вместе с тем, в мотивировочной части Определения суд, сославшись на смену наименования арбитража в обоснование отсутствия в связи с этим у последнего компетенции по рассмотрению спора, не принял во внимание нормы п. 1 ст. 59 Закона РК от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже»:

«1. Международные арбитражи и третейские суды, созданные в Республике Казахстан до введения в действие настоящего Закона, обязаны в течение двух лет со дня введения в действие настоящего Закона внести соответствующие изменения в свои положения, уставы или регламенты».

¹⁹ Климкин С.И. Отдельные случаи в практике казахстанских арбитражей // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35047272#pos=10;-282

В данном случае изменение наименования арбитража обусловлено императивным требованием Закона об арбитраже. Такое изменение наименования не приводит к отсутствию компетенции.

Следует отметить, что в литературе спорным является вопрос о действительности арбитражной оговорки только при реорганизации арбитражного института. Заключая арбитражное соглашение, стороны отказываются от гарантированного им Конституцией РК права на судебную защиту, и передают спор на рассмотрение конкретного выбранного ими добровольно постоянно действующего арбитража.

При реорганизации (слияние, присоединение, разделение, преобразование, выделение), как правило, происходит упразднение одного юрисдикционного органа и возникновение другого. Стороны, заключившие арбитражное соглашение, не рассматривали возможность передачи спора субъекту, который на момент заключения этого соглашения не существовал. Таким образом, в данном случае считается, что стороны в отношении нового арбитража не отказывались от своего права на судебную защиту.

В приведенном же в Определении случае имело место изменение наименования арбитража, а не его реорганизация.

К сожалению, это не единичный случай неверного применения на практике данного основания.

2) Одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан

В доктрине и законодательстве выделяются следующие основания недействительности арбитражного соглашения:

а) совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью;

б) порок воли (заключение под влиянием заблуждения (п. 8 ст. 159 ГК РК), обмана, насилия, угрозы (п. 9 ст. 159 ГК РК) и т.д.);

в) совершено без соблюдения установленной законом формы;

г) противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже;

д) заключено по вопросам, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства.

В настоящее время наибольшие проблемы на практике возникают с недействительностью арбитражных соглашений, которые противоречат императивным нормам применимого законодательства об арбитраже. В частности, речь идет о недействительности арбитражных оговорок, включенных в договоры присоединения.

В соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Ранее аналогичная норма содержалась в Законе о третейских судах (см. п. 3 ст. 7). Однако Законом РК от 03 июля 2013 года № 125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда» из ст. 7 Закона о третейских судах был исключен п. 3, предусматривающий, что третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Такое изменение, являлось спорным. В Законе о международном арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей – физических лиц.

Что же представляет собой договор присоединения и почему законодатель ввел подобное предписание о недействительности арбитражного соглашения? Согласно ст. 389 ГК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения

к предложенному договору в целом. Таким образом, все гражданско-правовые договоры в зависимости от процедуры их заключения можно подразделить на взаимосогласованные и договоры присоединения. При заключении взаимосогласованных договоров их условия определяются обеими сторонами. При заключении договоров присоединения их условия вырабатываются одной из сторон, другая сторона присоединяется к этим условиям²⁰.

По мнению М.И. Брагинского, «договоры присоединения по своей природе относятся к тем договорным конструкциям, правовое регулирование которых основано не на их защите, а на осторожном отношении к ним законодателя. Аномальный характер соответствующих договоров выражается применительно к их содержанию в сохранении лишь внешней формы соглашения, поскольку подлинно свободной в этом случае является воля лишь одной из сторон – той, которая прибегает для заключения договора к формуляру»²¹.

Присоединяющаяся сторона в рассматриваемом договоре лишена инициативы и свободы определений условий, у нее есть только относительная свобода выбора определенного контрагента и инициатива по вступлению с ним в договорные отношения или отказу от такого договора. При заключении договора присоединения... объективно определяется неравенство позиций сторон²².

Арбитражная оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Именно поэтому п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже предусматривает, что арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной

20 Гражданское право. Учебник для вузов (академический курс). Т. I / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 689.

21 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2000. С. 259.

22 Амирханова И.В. Некоторые вопросы заключения договоров в предпринимательской сфере // Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики: Сб. материалов международной научно-практической конференции: В 2-х томах. Т. I / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 74.

из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Указанная норма своими идейными истоками имеет зарубежное законодательство о третейском (арбитражном) разбирательстве, которое также формулирует процессуальные конструкции, защищающие экономически более слабые стороны²³. Следует отметить, что во многих странах ЕС споры по защите прав потребителей вообще являются не арбитрабельными именно по причине необходимости защиты слабой стороны в договоре, которой, как правило, является потребитель.

Согласно п. 1 ст. 157 Гражданского кодекса сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом или иными законодательными актами, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо по основаниям, прямо предусмотренным законодательными актами, независимо от такого признания (ничтожная сделка). Сделка относится к оспоримой, если ее ничтожность не предусмотрена законодательными актами. В случае возникновения спора о ничтожности сделки, ее недействительность устанавливается судом.

Таким образом, согласно п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражное соглашение о разрешении спора по договору присоединения, включенное в последний до возникновения оснований для предъявления иска, является недействительным.

Вместе с тем, судебной практике известны случаи, когда суды необоснованно, на наш взгляд, возвращали исковые заявления, ссылаясь в соответствии с подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК на наличие заключенного между сторонами арбитражного соглашения, несмотря на то, что такое соглашение, включенное в договор при-

23 Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: ВолтерсКлувер, 2005. С. 376.

соединения, является согласно п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже, недействительным.

3) Неуведомление стороны о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве

Подпункт 3) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже предусматривает следующее основание для отмены арбитражного решения:

«3) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить свои объяснения».

Как показывает проведенный нами анализ судебной практики, суды чаще всего отменяют арбитражные решения именно на этом основании.

Например, Определениями Суда № 2 г. Уральска от 23 июня 2017 года и Судебной коллегии по гражданским делам Западно-Казахстанского областного суда от 23 августа 2017 года решение Третейского суда по Западно-Казахстанской области было отменено по основанию ненадлежащего уведомления. По мнению суда, уведомление не может считаться врученным заблаговременно, поскольку заседание состоялось 15 февраля, а уведомление о нем было отправлено только 8 февраля. Кроме того, в деле отсутствовали документы о доставке уведомления. Ответчик проживал в г. Экибастузе, а арбитражное разбирательство прошло в г. Уральске. Суд также отметил, что ответчику не были направлены копии всех документов, материалов и информации, которые представлены арбитражу.

Определением Суда № 2 г. Уральска от 1 ноября 2017 года решение этого же арбитража было отменено по тем же основаниям (Ответчику, проживающему в г. Экибастузе, уведомление о слушании дела, назначенном на 17 апреля, было вручено только 13 апреля).

Определениями Медеуского районного суда г. Алматы от 16 мая 2017 г., от 18 мая 2017 г., от 30 мая 2017 г., от 5 июля 2017 г., от 11 мая 2018 г. были отменены решения Арбитража «Forum Votum» г. Алматы в связи с неуведомлением или ненадлежащим

уведомлением стороны о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве.

По этому же основанию Определениями Районного суда № 3 Алмалинского района г. Алматы от 12 октября 2017 г., от 30 октября 2017 г. были отменены решения постоянно действующего арбитража «Адилет».

В соответствии с п. 3 ст. 26 Закона об арбитраже арбитр обязан заблаговременно и надлежащим образом вручить сторонам уведомление о времени и месте заседания арбитража, если стороны не договорились об ином.

Закон об арбитраже не называет конкретных сроков относительно уведомления. Как правило, точные сроки указываются в Регламентах постоянно действующих арбитражей. Вопрос о том, какой срок считать заблаговременным в конечном итоге приходится решать суду.

Согласно п. 7 Рекомендаций Верховного Суда:

«7. Ненадлежащее уведомление арбитражем о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа и отмены арбитражного решения. При этом суд обязан проверить доводы стороны о наличии таких оснований и соответствие действий арбитража по уведомлению лиц, участвующих в деле, требованиям Закона [об арбитраже] ²⁴.

При решении вопроса о надлежащем уведомлении следует руководствоваться нормами ст. 30 Закона об арбитраже:

«Если стороны не договорились об ином:

1) любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично, по его постоянному месту жительства или почтовому адресу, когда таковые не могут быть установ-

24 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

лены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено в последнее известное место нахождения заказным письмом с уведомлением о его вручении, телефонограммой или телеграммой, текстовым сообщением по абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование этого сообщения;

2) письменное сообщение считается полученным в день такой доставки».

Однако нормы подпункта 1) этой статьи не в полной мере соответствуют Типовому закону ЮНСИТРАЛ (см. ст. 3).

Ранее действовавший Закон о международном арбитраже (подп. 1) ст. 24) полностью соответствовал ст. 3 Типового закона. Данная норма направлена на возможность проведения арбитражного разбирательства в случае, когда по объективным причинам невозможно установить местонахождение стороны. В этом случае согласно ст. 3 Типового закона достаточно направить письменное сообщение в последнее известное место нахождения заказным письмом или иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

До введения в действие Закона об арбитраже 2016 г. эта норма прекрасно работала, поскольку в случае с недобросовестным ответчиком арбитраж отправлял ему определения заказным письмом, получал от почтовой организации официальное письмо с указанием на то, что была попытка доставки определения по последнему известному адресу, в письме указывалась причина недоставки, и дальше состав арбитража мог проводить слушание с вынесением решения даже без участия ответчика, таким образом уведомленно-го, поскольку считалось, что сообщение было получено. Это нормальная международная практика.

В настоящее время из-за фразы «с уведомлением о его вручении» весь механизм, направленный на то, чтобы можно было провести процесс без участия стороны, поставлен под угрозу. Ведь теперь даже в том случае, когда невозможно по объективным при-

чинам найти ответчика, арбитражу нужно отправить ему документы заказным письмом с уведомлением о его вручении. А каком вручении может идти речь, если ответчик скрывается?

В действующей редакции норма, заложенная в подп. 1) ст. 30 Закона об арбитраже, позволяет недобросовестной стороне, намеренно скрывающей свое местонахождение, либо отказывающейся от получения письменных сообщений, в последующем заявлять ходатайство об отмене арбитражного решения, ссылаясь на неуведомление, поскольку арбитраж не может получить уведомление о вручении (что по смыслу подп. 1) ст. 30 Закона может толковаться как неполучение письменного сообщения).

Поэтому судам в том случае, если в материалах дела по объективным причинам отсутствует уведомление о вручении заказного письма стороне арбитражного разбирательства (например, невозможно установить местонахождение стороны или сторона отказывается от получения заказного письма), необходимо обратить внимание на наличие иных способов уведомления, предусмотренных подп. 1) ст. 30 Закона об арбитраже – направление письменного сообщения телефонограммой или телеграммой, текстовым сообщением по абонентскому номеру сотовой связи или электронному адресу, а также с использованием иных средств связи, обеспечивающих фиксирование этого сообщения.

Как показывает анализ судебной практики, нередко суды, отменяя арбитражные решения по данному основанию, а также отказывая в выдаче исполнительного листа, ссылаются на неуведомление стороны арбитражного разбирательства в соответствии с нормами гл. 11 ГПК «Судебные извещения и вызовы».

Например, в Определении Кызылординского городского суда за № 3-12-/392/17 от 13 октября 2017 г. в целом суд правильно отказал в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа. Однако в мотивировочной части определения суд неверно применил ст. 127 Гражданского процессуального кодекса РК к процедуре уведомления сторон арбитражного разбирательства: «Суд считает, что должнику как таковое уведомление не направлялось, в нарушение требований ст. 127 ГПК, предъявляемым к такого рода документам».

В связи с этим возникает закономерный вопрос: применяется ли ГПК при рассмотрении спора арбитражем? Должен ли арбитраж при уведомлении сторон об арбитражном разбирательстве руководствоваться положениями гл. 11 ГПК (ст. ст. 127-133)?

В казахстанской юридической литературе вопрос о применении или неприменении ГПК широко обсуждался в связи с применением принципа законности, а также в связи с существовавшей ранее в Законе о третейских судах возможностью обжалования решения третейского суда в случае его противоречия принципу законности²⁵.

Мы считаем, что арбитраж соблюдать нормы ГПК не должен. В соответствии со ст. 21 Закона об арбитраже постоянно действующий арбитраж осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии со своим регламентом и арбитражным соглашением (п. 1).

Арбитраж для разрешения конкретного спора осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии с правилами, согласованными сторонами.

Правила арбитражного разбирательства, не определенные регламентом постоянно действующего арбитража, а также положениями Закона об арбитраже и не согласованные сторонами, определяются арбитражем (п. 2 ст. 21 Закона об арбитраже).

Опираясь на данные нормы, в целях правильного и единообразного применения норм Гражданского процессуального кодекса, Закона об арбитраже, регламентирующих рассмотрение ходатайств об отмене арбитражных решений и заявлений о принудительном исполнении арбитражных решений, Верховный Суд Республики Казахстан рекомендовал судам следующее:

«При рассмотрении ходатайств об отмене арбитражных решений и заявлений о принудительном исполнении арбитражных решений следует иметь в виду, что арбитражи при вынесении решений руководствуются Законом «Об арбитраже» (далее

25 Подробнее см.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Глава 11 «Арбитражная (третейская) защита гражданских прав» // Защита гражданских прав. Отв. ред. Сулейменов М.К. Алматы: НИИ частного права, ЮФ «Зангер», 2011. С. 514-518.

– Закон), арбитражным соглашением, правилами арбитражного разбирательства»²⁶.

Прямых отсылок к гражданскому процессуальному законодательству в Законе об арбитраже не так много – они содержатся всего в шести статьях:

1) когда определяется деятельность суда (подпункт 2) ст. 1 Закона об арбитраже);

2) при обеспечении иска (п. п. 3 и 5 ст. 39 Закона об арбитраже – стороны арбитражного разбирательства вправе подать в суд заявление об обеспечении иска);

3) при отмене арбитражного решения (п. п. 1 и 4 ст. 53 Закона об арбитраже);

4) при признании и приведении в исполнение арбитражного решения (п. 1 ст. 54, п. 3 ст. 55, п. 2 ст. 57 Закона об арбитраже).

Только в этих четырех случаях применяется Гражданский процессуальный кодекс. Во всех иных случаях арбитражи при проведении арбитражных разбирательств применять ГПК не должны, а, соответственно, и нормы гл. 11 ГПК для уведомления сторон об арбитражном разбирательстве так же не подлежат применению.

4) Несоответствие состава арбитража или арбитражной процедуры разбирательства соглашению сторон

Согласно подпункту 4) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение может быть отменено в том случае, когда сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит суду доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон.

Однако данная норма не соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ. Согласно подпункту iv) п. а) ст. 34 арбитражное решение может быть отменено судом в случае, если сторона, заявляющая

26 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

это ходатайство, представит доказательства того, что состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, или, в отсутствие такого соглашения, не соответствовали настоящему Закону.

В абзаце седьмом подпункта 1) п. 2 ст. 31 ранее действовавшего Закона о международном арбитраже это основание было сформулировано следующим образом: «состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон и регламенту арбитража».

Предположим, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям Закона об арбитраже и в арбитражной оговорке стороны не предусмотрели требования к составу арбитража или арбитражной процедуре. Что тогда? Такое арбитражное решение, вынесенное составом арбитража, не отвечающим требованиям Закона об арбитраже, невозможно отменить?

В проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности и арбитража» (далее – Законопроект)²⁷ предусматривается приведение подпункта 4) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ путем изложения данной нормы в следующей редакции:

«4) состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать или, в отсутствие такого соглашения, не соответствовали настоящему Закону».

5) Основания, не предусмотренные международными документами

27 <http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/o-vnesenii-izmeneniy-i-dopolneniy-v-nekotorye-zakonodatelnye-akty-respubliki-kazahstan-po-2>

Закон об арбитраже противоречит отдельным положениям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, а также Типовому закону ЮНСИТРАЛ, поскольку предусматривает два дополнительных основания для отмены арбитражного решения.

Так, согласно п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что:

5) имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

6) арбитражное решение не отвечает требованиям о письменной форме и подписи, предусмотренным в ст. 47 настоящего Закона.

Не ясно как арбитражное решение может не отвечать требованиям о письменной форме, предусмотренной Законом об арбитраже? Устного арбитражного решения просто быть не может.

На наш взгляд, данные подпункты необходимо исключить из Закона об арбитраже.

Рассмотрим вторую группу оснований отмены арбитражного решения по решению суда (которое может быть принято без ходатайства стороны).

1) Арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан

Согласно подпункту 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что оно противоречит публичному порядку Республики Казахстан. В подп. 1) ст. 2 Закона об арбитраже публичный порядок Республики Казахстан определен как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

На практике понятие публичного порядка нередко отождествляется с законностью. Дело в том, что в Казахстане в отношении третейских судов долгое время существовал риск отмены судом решения, вынесенного третейским судом. Речь шла о пресловутом принципе законности. В Законе о третейских судах среди основа-

ний обжалования решения третейского суда в компетентном суде было названо противоречие такого решения принципу законности и публичному порядку Республики Казахстан (см. подпункт 5) п. 2 ст. 44 отмененного Закона о третейских судах).

Однако сама возможность отмены решения третейского суда по основанию нарушения принципа законности противоречила сущности третейского разбирательства. Ведь принцип законности – это соблюдение всех нормативных правовых актов (см. подпункт 2) ст. 4 отмененного Закона о третейских судах).

На практике это означало, что суд мог отменить решение третейского суда в случае малейшего на взгляд суда нарушения любого приказа министерства или любого решения районного акима. Не говоря о наличии большой коррупционной составляющей, это противоречило основной цели введения третейского суда в правовую систему государства, а также основному принципу третейского разбирательства: что оно не может быть пересмотрено по существу.

На этом принципе построено третейское разбирательство во всем мире и это запрещено во всех международных документах. Недаром подобного основания отмены решения не было в Законе о международном коммерческом арбитраже, основанном на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В конце концов, это было просто унизительно, ведь в Законе, написанном для иностранцев, не было таких ограничений, которые были установлены для граждан Республики Казахстан.

В Законе об арбитраже 2016 г. такого основания для возможного обжалования решения, как «противоречие принципу законности», уже нет. Да и само содержание принципа законности, закрепленное в подпункте 2) ст. 5 Закона об арбитраже, существенно пересмотрено. Так, данный принцип теперь означает, что арбитры и арбитражи в своих решениях руководствуются только нормами применимого по соглашению сторон права.

Однако, несмотря на это после введения в действие Закона об арбитраже начала формироваться довольно противоречивая практика применения такого основания отмены арбитражных решений как противоречие публичному порядку.

В этой проблеме, на наш взгляд, можно выделить два основных аспекта.

Во-первых, проигравшая сторона, как правило, недобросовестная, не найдя никаких оснований для отмены арбитражного решения, зачастую совершенно необоснованно ссылается на противоречие публичному порядку.

Например, в 2017 г. ТОО «Т» обратилось в СМЭС г. Алматы с ходатайством об отмене решения единоличного арбитра Казахстана Международного Арбитража по делу № 22/2017 от 27.09.2017 г. по иску ТОО «А» к ТОО «Т» о взыскании суммы задолженности. В судебном заседании представитель заявителя поддержал ходатайство. Его доводы сводились к следующим: 1) решение противоречит публичному порядку рассмотрения гражданско-правовых споров, закрепленному в ГПК РК; 2) КМА был нарушен основной принцип гражданского судопроизводства – принцип состязательности и равноправия сторон. Несмотря на наличие доверенности, представитель ТОО «Т» не была допущена для участия в процессе; 3) в ст. 41 Закона предусмотрен исчерпывающий перечень расходов, связанных с разрешением спора в арбитраже, при этом расходы по уплате арбитражного и регистрационного сборов Законом не предусмотрены.

Определением СМЭС г. Алматы по делу № 7527-17-00-2М/128 от 09.11.2017 г. в удовлетворении ходатайства ТОО «Т» об отмене решения было отказано по следующим основаниям:

1) суд не может согласиться с доводами, изложенными ТОО «Т», поскольку они не обоснованы и не подпадают под ст. 52 Закона об арбитраже;

2) согласно п. 1 ст. 21 Закона об арбитраже постоянно действующий арбитраж осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии со своим регламентом и арбитражным соглашением. Арбитры при рассмотрении споров и вынесения решений руководствуются Арбитражным соглашением, Регламентом КМА, и Законом об арбитраже. В этой связи суд не находит оснований, что арбитражное Решение противоречит публичному порядку рассмотрения гражданско-правовых споров, закрепленному ГПК РК;

3) доводы заявителя о недопущении представителя ТОО «Т» к участию в деле являются необоснованными. Как следует из решения, а также протокола, представитель к участию в первом заседании от 04.09.2017 г. не была допущена, в связи с ненадлежащей доверенностью. В связи с недопущением представителя ответчика, слушание дела было отложено на 27.09.2017 г. Ответчик ТОО «Т», надлежащим образом уведомленный о рассмотрении дела, на слушание не явился. Кроме того, как следует из решения, ТОО «Т» 02.08.2017 г. был подан письменный отзыв.

Согласно п. 1 ст. 29 Закона об арбитраже, непредставление документов и иных материалов, в том числе неявка на заседание арбитража одной из сторон или их представителей, надлежащим образом уведомленных о времени и месте заседания арбитража, не являются препятствием для арбитражного разбирательства на основании представленных материалов и доказательств и принятия решения арбитражем, если причина непредставления документов и иных материалов или неявки сторон на заседание арбитража признана им неубажительной;

4) касательно нарушения норм Закона в части распределения расходов, в подп. 7) п. 1 ст. 41 Закона об арбитраже, предусмотрены расходы, связанные с разрешением спора в арбитраже, которые включают: расходы на организационное и материальное обеспечение арбитражного разбирательства. В соответствии с подп. 1) и 2) ст. 1 Положения об арбитражных расходах и сборах, являющегося Приложением к Регламенту КМА, регистрационный сбор – это сбор, уплачиваемый при подаче в КМА искового заявления, для покрытия расходов, возникающих до начала арбитражного разбирательства; арбитражный сбор – это сбор, взимаемый по каждому поданному для разбирательства в КМА иску, для покрытия общих расходов, связанных с деятельностью КМА. Таким образом, предусмотренные Положением об арбитражных расходах и сборах КМА регистрационный и арбитражный сбор, представляют собой расходы на организационное и материальное обеспечение арбитражного разбирательства, что не противоречит ст. ст. 41, 42, 47 Закона об арбитраже.

Таким образом, изучение представленных в суд материалов, показало, что ТОО «Т» не представлены в суд доказательства, предусмотренные ст. 52 Закона об арбитраже, подтверждающие наличие оснований для отмены решения единоличного арбитра КМА от 27.09.2017 г.

Во-вторых, отдельные суды стали отменять арбитражные решения, ссылаясь на противоречие публичному порядку, который нередко отождествляется ими с законностью, что в принципе неверно.

Так, суды стали отменять арбитражные решения в тех случаях, когда сумма взыскиваемой арбитражным решением неустойки значительно превышает сумму основного долга. При отмене таких решений суды ссылаются на нарушение арбитражем принципа законности, а также на противоречие публичному порядку, считая, что такими решениями нарушаются основы правопорядка.

В частности, большая часть отмененных арбитражных решений Третейского суда по ЗКО в 2017 г. была отменена именно по этому основанию. Так, например, Определением Суда № 2 г. Уральск от 1 ноября 2017 года решение Третейского суда по Западно-Казахстанской области было отменено в связи с тем, что сумма взысканной с физического лица неустойки в два раза превышала сумму займа.

Однако данная проблема, помимо всего прочего, обусловлена, на наш взгляд, изменением ст. 297 Гражданского кодекса РК «Уменьшение размера неустойки». Законом Республики Казахстан от 27 февраля 2017 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» статья 297 Гражданского кодекса Республики Казахстан была дополнена фразой о том, что суд вправе уменьшить неустойку по требованию должника.

Если до внесения указанных изменений суд или арбитраж вправе был самостоятельно снижать размер неустойки, видя явную ее несоразмерность убыткам кредитора, то с введением данного изменения арбитраж может снизить размер неустойки только при наличии соответствующего требования должника.

В том случае, когда должник по каким-либо причинам не участвует в заседании (в т.ч. когда арбитраж не может найти скрывающегося должника), арбитраж самостоятельно не может по ст. 297 ГК в новой ее редакции уменьшить размер неустойки.

С одной стороны, в данном случае можно говорить о том, что не являющаяся сторона несет риск всех неблагоприятных последствий, в том числе и от того, что она не воспользовалась своим правом требовать снижения неустойки.

Но когда речь идет о физических лицах, то, даже являясь в суд или арбитраж, они в основной своей массе, как правило, юридически неграмотны и могут не знать о положениях ст. 297 Гражданского кодекса (в большинстве случаев они сами представляют свои интересы, не имея финансовой возможности нанять представителя или адвоката).

Именно поэтому в России, в том числе в целях защиты слабой стороны в договоре, которой обычно является физическое лицо, в ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации «Уменьшение неустойки» дифференцированно решается вопрос об уменьшении размера неустойки.

Так, Верховной суд Российской Федерации в своем постановлении отмечает:

«71. Если должником является коммерческая организация, индивидуальный предприниматель, а равно некоммерческая организация при осуществлении ею приносящей доход деятельности, снижение неустойки судом допускается только по обоснованному заявлению такого должника, которое может быть сделано в любой форме.

При взыскании неустойки с иных лиц правила статьи 333 ГК РФ могут применяться не только по заявлению должника, но и по инициативе суда, если усматривается очевидная несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства»²⁸.

Разумный подход, не мешало бы и нашему Гражданскому кодексу воспроизвести его. Проблема в том, что не только арбитраж,

28 См. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017 г.) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_195783/

но и суды теперь не могут самостоятельно уменьшать неустойку. В итоге отменяются решения судов и арбитражей. Если с отменой решений судов все более-менее ясно (в конце концов, можно еще раз пересмотреть дело по существу), то с отменой арбитражных решений действительно возникают проблемы. Поскольку, отменяя решение арбитража, суд в таких случаях фактически пересматривает решение арбитража по существу, чего делать не имеет права. В конечном итоге это приводит к неверному толкованию пресловутого публичного порядка, когда его фактически отождествляют с нарушением принципа законности.

Применение публичного порядка во всем мире возможно только в «исключительных случаях».

Верховный Суд Республики Казахстан в Рекомендациях Круглого стола по вопросам применения Закона об арбитраже рекомендовал судам:

«Необходимо отметить, что применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение арбитражного решения посягает на основы правопорядка Республики Казахстан.

В связи с этим судам при отмене решения по данному основанию следует мотивировать, какой конкретно публичный порядок нарушен и каким образом»²⁹.

2) Спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан

Общие положения о спорах, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан, были рассмотрены нами в параграфе 1 главы 4 настоящего учебного курса.

В данном параграфе рассмотрим имевшие место в судебной практике случаи отмены арбитражных решений, вынесенных по

29 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

спорам, которые не могут являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК.

а) Споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой

Согласно п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой –л при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

Государственные органы, государственные предприятия, а также юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, намеревающиеся заключить арбитражное соглашение, должны направить в уполномоченный орган соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местный исполнительный орган (в отношении коммунального имущества) запрос о даче согласия на заключение такого соглашения с указанием прогнозируемых сумм расходов на арбитражное разбирательство. Уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган обязан в течение пятнадцати календарных дней рассмотреть запрос и направить письменное сообщение о согласии либо мотивированном отказе в даче согласия. При рассмотрении запроса уполномоченный орган соответствующей отрасли или местный исполнительный орган должен учитывать экономическую безопасность и интересы государства.

Таким образом, если по спору между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан, с одной стороны, и

государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов головных акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой, отсутствует согласие уполномоченного органа, то такой спор не может быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК.

Так, СМЭС Северо-Казахстанской области Определением по делу № 5930-17-00-2/37 от 12 января 2017 г. Отменил арбитражное решение Казахского арбитражного суда от 26.12.2016 г. о взыскании с ГКП «Костанайская теплоэнергетическая компания» в пользу АО «Өрт сөндіруші» 6 784 461,25 тг. задолженности, 612 641,18 тг. неустойки, 147 942 тг. арбитражного сбора, 20 000 тг. расходов по оплате услуг представителя на основании подп. 2) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже в связи с отсутствием согласия местного исполнительного органа на заключение арбитражного соглашения ГКП «Костанайская теплоэнергетическая компания», учредителем которого согласно Уставу является акимат города Костаная, с АО «Өрт сөндіруші».

Какие проблемы возникают на практике в связи с применением норм п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже:

1) указанная норма противоречит Закону о государственном имуществе. В Законе о государственном имуществе необходимо было дополнить компетенцию соответствующего органа, осуществляющего управление государственным предприятием или пакетом акций АО и ТОО с государственным участием (или же Советов директоров АО с государственным участием) полномочиями по даче согласия на арбитражную оговорку;

2) не определена природа согласия уполномоченного органа. Мы считаем, что оно должно быть безотзывным, иначе налицо предпосылки к злоупотреблениям и произволу со стороны чиновников;

3) не ясно какой орган будет являться уполномоченным для случаев, когда стороной арбитражного соглашения является такой государственный орган как министерство, которое само может являться уполномоченным органом соответствующей отрасли (уполномоченным органом для министерства в данном случае в соот-

ветствии с Конституцией и Законом о государственном имуществе является Правительство);

4) на стадии заключения арбитражной оговорки определить сумму прогнозируемых расходов практически невозможно.

При применении данных норм следует обратить внимание на следующее важное обстоятельство. Исходя из буквального толкования норм п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, национальная компания, например, может безо всякого согласия со стороны уполномоченного органа передать дело в арбитраж, если второй стороной будет не казахстанское юридическое или физическое лицо, а иностранное. Поэтому для передачи спора между национальной компанией и иностранным лицом дела в казахстанский арбитраж согласие уполномоченного органа не требуется.

С момента введения в действие данной нормы было получено только одно согласие. Авиакомпания АО «Qazaq Air», 100% акций которой принадлежит АО «ФНБ «Самрук-Казына», получило согласие Министерства по инвестициям и развитию РК на заключение арбитражного соглашения с казахстанской компанией.

б) Споры из договоров залога недвижимого имущества

Дискуссионным является вопрос об арбитрабельности такой категории споров, как споры из договоров залога недвижимого имущества, на которое обращается взыскание на основании арбитражного решения.

В последнее время суды стали отменять такие арбитражные решения, ссылаясь на подп. 2) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже, считая, что такие споры не могут быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Например, Определением Апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда за № 7599-17-00-2а/9721 от 18 января 2018 г. Определение районного суда г. Алматы об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене решения Международного суда «IUS» об обращении взыскания на заложенное имущество было отменено со ссылкой на то, что вопрос обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

По другому делу Постановлением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан за № 6001-17-00-3г/8181 от 22 декабря 2017 г., вынесенным по ходатайству АО «Ц» о пересмотре определения Сарыаркинского районного суда г. Астана от 28 марта 2017 г. и Определения судебной коллегии по гражданским делам суда г. Астана от 23 мая 2017 г., ходатайство было передано для рассмотрения в кассационную инстанцию Верховного Суда РК.

В Постановлении суд указал следующее: «... суды первой и апелляционной инстанции отказали в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения решения арбитража ввиду того, что указанным решением обращено взыскание на жилище, а потому данный спор не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с пунктом 1 статьи 25 Конституции Республики Казахстан.

Таким образом, вышеперечисленные и иные доводы, указанные в ходатайстве, свидетельствуют о наличии оснований для пересмотра судебных актов, подлежащих проверке в судебном заседании кассационной инстанции в целях единообразия в толковании и применении норм права».

В целом позиция представителей судебной системы по данному вопросу сводится к следующему. По мнению председателя Алматинского городского суда: «Согласно п. 1 ст. 21 Закона об ипотеке недвижимого имущества реализация ипотеки в судебном порядке производится в соответствии с решением суда по иску залогодержателя.

Алматинский городской суд полагает, что указание в законе на возможность обращения взыскания на заложенное имущество в судебном порядке означает реализацию данного имущества только по решению суда.

К судебной системе РК согласно ст. ст. 75 и 76 Конституции не относятся арбитражные суды, и они не вправе выносить решения от имени Республики Казахстан, тем самым законом установлено ограничение правомочия арбитражей на разреше-

ние вопроса по обращению взыскания на заложенное по договору займа недвижимое имущество»³⁰.

По мнению С.И. Климкина, суд расширяет перечень изъятий из подведомственности споров арбитражам, предусмотренный пунктами 8-10 ст. 8 Закона об арбитраже. Судья, мотивируя Определение Апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда за № 7599-17-00-2а/9721 от 18 января 2018 г., руководствовался принципом «если не разрешено, то запрещено». Однако такой подход, по мнению С.И. Климкина, идет вразрез с принципом, заложенным в ст. 8 Закона об арбитраже», в которой указаны категории не подведомственных арбитражу споров. Статьей 9 ГК установлено, что защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражем. Анализируя отдельные положения проекта Нормативного постановления Верховного Суда РК «О внесении изменений и дополнений в нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», допускающих возможность передачи корпоративных споров на разрешение в арбитраж, С.И. Климкин приходит к выводу о том, что термин «суд» используется в законодательстве РК как родовое понятие, «арбитраж» – как видовое. И всегда, когда речь в том или ином нормативном правовом акте идет о суде, имеется в виду и арбитраж, за изъятиями, предусмотренными ст. 8 Закона об арбитраже³¹.

Надо сказать, что эта проблема не нова. С ней, например, уже столкнулись в Российской Федерации. Как она была решена? Начиная с 90-х годов в России суды занимали противоположные позиции по данному вопросу. Суды общей юрисдикции признавали решения третейских судов по спорам из недвижимости и выдавали на них исполнительные листы.

30 Письмо Алматинского городского суда председателям районных судов г. Алматы, специализирующихся на рассмотрении гражданских дел, за № 7599-18-5-20/669 от 23 января 2018 г.

31 Подробнее см.: Климкин С.И. Право на арбитражную защиту http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39300396#pos=6;-274

Арбитражные суды считали, что споры, ведущие к изменению в реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, несут в себе публичный элемент и, соответственно, могут быть рассмотрены только судами.

Точка в этом споре была поставлена 26 мая 2011 года, когда Конституционный Суд РФ, рассмотревший запрос Высшего Арбитражного Суда РФ, огласил решение, которым признал арбитрабельными споры, связанные с недвижимым имуществом.

При этом в 2016 г. в России была проведена арбитражная реформа, в результате которой пока только четыре арбитража получили разрешение на проведение арбитражных разбирательств.

В соответствии с Законом РК от 03 июля 2013 г. № 125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда» компетенция третейских судов и международных арбитражей была расширена до возможности рассмотрения ими споров, возникающих не только из гражданско-правовых договоров, но и из гражданских правоотношений в целом (за некоторыми изъятиями).

При экспертизе в 2013 г. проекта Закона о внесении изменений мы неоднократно говорили о том, что к нормам о расширении компетенции надо относиться с осторожностью. С одной стороны, существовавшие ограничения полномочий третейских судов (арбитражей) рассмотрением лишь договорных споров (т.е. споров, возникающих из гражданско-правовых договоров) можно было назвать необоснованными.

Тогда мы также писали о том, что, с другой стороны, с расширением компетенции арбитражей и третейских судов в Казахстане возникнет проблема с арбитрабельностью споров, связанных с правом собственности на недвижимое имущество. В частности, могут возникнуть проблемы, которые есть сейчас в России и Украине, где с помощью арбитража проводятся рейдер-

ские захваты. Создается разовый арбитраж, выносится решение о признании права собственности на какой-либо объект, быстро проводится исполнение через суд, и все, объект захвачен³².

Сегодня при решении в Казахстане проблемы арбитрабельности споров, связанных с недвижимым имуществом, на наш взгляд, необходимо учитывать две стороны вопроса: фактическую, принимающую во внимание текущее положение дел с арбитражами (появление карманных, недобросовестных арбитражей) и юридическую.

Проблема с арбитрабельностью споров из договоров залога недвижимого имущества может заключаться в защите прав кредиторов. Например, согласно п. 2 и 3 ст. 57 Закона об исполнительном производстве на заложенное имущество может быть обращено взыскание при недостаточности прочего имущества должника для полного удовлетворения всех предъявленных к нему требований, которые не обеспечены залогом, с соблюдением прав залогодержателя.

Кредиторы, имеющие на это право, не охвачены арбитражной оговоркой. Если удовлетворение требований кредиторов, имеющих преимущество перед требованием залогодержателя, производится раньше возникновения спора из основного договора и/или договора залога, охваченных арбитражной оговоркой, то проблем, наверное, здесь не будет – определение будет выносить суд.

А если одновременно? Появится конфликт юрисдикций – суда (по требованиям кредиторов, имеющих преимущество перед залогодержателем, например, алиментные обязательства) и арбитража (договор залога охвачен арбитражной оговоркой).

В соответствии с п. 1 ст. 464 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения может быть подано сторонами арбитражного разбирательства, третьими лицами, не привлеченными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом, в течение одного месяца со дня получения арбитражного решения.

Согласно п. 3 ст. 505 ГПК решения третейских судов, вынесенные до введения в действие законодательного акта об арбитраже,

32 Подробнее см.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Компетенция третейских судов и международных арбитражей по законодательству Республики Казахстан // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38412142#pos=6;-274

могут быть отменены в порядке, предусмотренном главой 56 настоящего Кодекса, и по ним могут быть выписаны исполнительные листы в порядке, предусмотренном главой 20 настоящего Кодекса.

В этой связи на практике при отмене решений третейских судов возникает вопрос о том, каким законом следует руководствоваться, а именно положениями ст. 52 Закона об арбитраже или ст. 44 Закона о третейских судах?

Так, в Определении от 6 января 2017 г. Наурызбайский районный суд г. Алматы, отменяя решение третейского суда «Forum Votum» от 24 июля 2015 г., суд не сослался ни на основания обжалования решений третейских судов, предусмотренные ст. 44 Закона о третейских судах (действующего на момент вынесения решения третейским судом), ни на основания отмены арбитражных решений, содержащиеся в ст. 52 Закона об арбитраже (действующего на момент подачи и рассмотрения ходатайства об отмене решения третейского суда).

По другому делу в Определении от 28 сентября 2017 г. по делу № 7585-17-00-2/8538 Наурызбайский районный суд г. Алматы, отменяя решение третейского суда «Forum Votum» от 18 июня 2015 г., суд сослался на ст. 44 Закона о третейских судах.

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 43 Закона о правовых актах принятый закон обратной силы не имеет, если в нем нет специальной оговорки о распространении закона на ранее возникшие отношения. Поэтому положения нового Закона об арбитраже, связанные не с процедурой рассмотрения споров, а с арбитражным соглашением, не могут применяться к тем соглашениям, которые были заключены до принятия нового Закона.

Что касается процедурных моментов рассмотрения дела (сроки, порядок разбирательства и т.п.) здесь нет вопросов: применяется законодательство на момент рассмотрения спора.

Что касается оснований отмены арбитражных решений, то отношения по отмене решения третейского суда возникли после введения в действие нового Закона об арбитраже, поэтому необходимо руководствоваться положениями ст. 52 Закона об арбитраже, предусматривающими основания отмены арбитражных решений, а не нормами ст. 44 Закона о третейских судах.

§ 3. Субъекты отмены арбитражных решений

Проблематичным в Казахстане является вопрос о субъектах отмены арбитражных решений, а именно о третьих лицах. Как известно, обращение к арбитражному разбирательству является одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключенного между сторонами арбитражного соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

Согласно п. 2 ст. 2 ГК граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. При этом в силу п. 1 ст. 8 ГК граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту.

Таким образом, инициатором арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны арбитражной оговорки.

Нормы о возможности отмены решений арбитражей третьими лицами в казахстанской юридической литературе неоднократно подвергались критике, поскольку решение арбитража обязательно только для сторон и ни в каком случае не может затронуть третьих лиц. Почему третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на отмену решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон?

Данная формула несет в себе большой риск для деятельности арбитражей Казахстана, поскольку она создает предпосылки для необоснованной отмены арбитражного решения.

Так, например, практике известны случаи, когда учредитель (участник) одного из юридических лиц пытался обжаловать арбитражное решение как третье лицо, права которого, по его мнению, были затронуты решением, вынесенным арбитражем по спору между двумя юридическими лицами. Или, например, супруг или супруга одной из сторон спора, возникшего из договора между двумя физическими лицами, также предпринимали попытки обжаловать решение как третье лицо.

Согласно подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Применение данной нормы на практике вызывает много вопросов. Нередко стороны, необоснованно ссылаясь на интересы третьих лиц, тем самым пытаются прекратить арбитражное разбирательство³³.

Так, в 2016 г. составом арбитража КМА было рассмотрено дело № 11/2016 по исковому заявлению ТОО «Р» (Истец) к АО «СК» Н» (Ответчик) о взыскании страхового возмещения вреда.

Ответчиком было подано ходатайство о привлечении АО «К» (перестраховщик) в качестве третьего лица в арбитражном разбирательстве и рассмотрения вопроса о подведомственности спора арбитражу. При этом Ответчик также заявил, что дело подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции в соответствии со ст. 27 Закона об арбитраже и ст. 40 Регламента КМА.

АО «К» заявило, что арбитражное разбирательство подлежит прекращению, а спор, возникший между Истцом и Ответчиком, подлежит передаче на рассмотрение в суд, т.к. затрагиваются интересы АО «К», которое выступило перестраховщиком по договору факультативного страхования.

Истец выступил против участия АО «К» в арбитражном разбирательстве, пояснив, что оно не имеет права подавать заявление в арбитраж. Согласно п. 3 ст. 33 Регламента и п. 3 ст. 31 Закона об арбитраже, право заявления ходатайств предоставлено сторонам, участвующим в арбитражном разбирательстве. Поскольку Законом об арбитраже не предусмотрено право третьих лиц обращаться в арбитраж с заявлениями и ходатайствами, Истец просил арбитраж оставить заявление третьего лица без рассмотрения. По мнению Истца, дело подлежит рассмотрению в арбитраже.

Состав арбитража пришел к следующим выводам. Согласно п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор.

33 См., например: Сборник Решений Казахстанского Международного Арбитража (2008 – 2013 гг.) // Сост.: Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Алматы: КМА, 2014. С. 249-250, 456-458.

В юриспруденции термин «третье лицо» используется как в процессуальном, так и материальном гражданском праве. Во всех же ходатайствах Ответчика и АО «К» этот термин используется в процессуальном смысле. Отсюда – односторонние суждения о привлечении или вступлении (невозможности привлечения или вступления) в арбитражный процесс перестраховщика в качестве третьего лица.

Однако Закон об арбитраже, по мнению Составы арбитража, использует этот термин с точки зрения материального гражданского плана.

Юридической доктриной круг третьих лиц в гражданско-правовом понимании определен следующим образом. К обязательствам с участием третьих лиц отнесены: регрессные обязательства (по переложению исполненного долга на третье лицо); обязательства в пользу третьего лица (а не кредитора); обязательства, исполняемые (за должников) третьими лицами.

При этом, по мнению Составы арбитража, проведение анализа первых двух позиций не актуально, поскольку они к рассматриваемому делу отношения не имели. Третья же позиция интересна в том плане, что заинтересованными в этом вопросе лицами (Ответчик и АО «К») перестраховщик рассматривается как то самое третье лицо, интересы которого затрагиваются, но не охваченное арбитражной оговоркой.

Однако при перестраховании ответственным перед страхователем (Истец) за страховую выплату остается страховщик по основному договору страхования. Заключение страховщиком договора перестрахования не освобождает его от ответственности перед своим страхователем по основному договору страхования. Иначе говоря, перестрахователь (Ответчик), обладая статусом регулируемой и лицензируемой финансовой организацией, является носителем риска неисполнения заключенного им основного договора страхования в полном объеме, несмотря на то, что этот риск застрахован им у перестраховщика.

Перестраховщик же (АО «К») не несет ответственности перед страхователем по основному договору, и все свои претензии, связанные с неисполнением данного договора, страхователь (Истец)

может предъявлять лишь к своему контрагенту – основному страховщику (Ответчик).

Таким образом, Состав арбитража пришел к выводу о том, что в гражданско-правовом понимании перестраховщик вообще не является третьим лицом, и потому использование подп. 3) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже о возврате искового заявления на том основании, что затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, не обосновано.

Статья 40 Регламента предусматривает вступление в арбитражное разбирательство третьих лиц лишь с согласия сторон и самого третьего лица. С неполучением такого согласия не связывается прекращение производства по делу ввиду отсутствия юрисдикции арбитража.

Статья 20 Закона об арбитраже содержит исчерпывающий перечень споров, не подведомственных арбитражу, в число которых не входят споры, арбитражные решения по которым затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц.

В рассматриваемом Составом арбитража случае Истец заявил о своем несогласии с тем, чтобы АО «К» (перестраховщик) вступило в дело в качестве третьего лица. Следовательно, принять участие в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица АО «К» не может.

На основании изложенного Состав арбитража пришел к выводу о том, что исковое заявление не подлежит возврату, поскольку интересы третьего лица (перестраховщика) не затрагиваются, участие перестраховщика в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица невозможно. Соответственно, Состав арбитража признал наличия у него компетенции по рассмотрению данного дела.

Однако впоследствии вынесенное по данному делу решение состава арбитража КМА от 28 декабря 2016 г. было отменено Определением СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 г. со ссылкой на противоречие публичному порядку, а также на то, что данным решением, по мнению суда, затрагиваются интересы третьих лиц.

Апелляционная судебная коллегия Алматинского городского суда по гражданским и административным оставила Определение СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 года без изменения, частную

жалобу – без удовлетворения (Определение Алматинского городского суда за № 2а-1275/17).

В обоих определениях суд фактически пересмотрел арбитражное решение по существу, поскольку принялся исследовать обстоятельства дела, анализируя вопрос о третьих лицах, выяснять позиции сторон по существу спора. Между тем суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу в силу его окончательности и отсутствия таких полномочий у суда. В Определениях судов речь должна идти только об анализе возможных оснований для отмены арбитражного решения.

Пункт 1 ст. 464 ГПК не содержит оснований, по которым арбитражное решение может быть отменено. Такой перечень предусмотрен ст. 52 Закона об арбитраже и носит исчерпывающий характер. Статья 52 Закона об арбитраже такого основания для отмены арбитражного решения, как нарушение арбитражным решением интересов третьего лица, не предусматривает.

СМЭС г. Алматы в своем определении от 30 января 2017 г. не привел мотивировку того основания, по которому он отменил арбитражное решение. Суд указал на два возможных основания для отмены (согласно п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже): 1) арбитражное решение противоречит публичному порядку РК; 2) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК. При этом все доводы стороны, заявившей ходатайство об отмене арбитражного решения, о том, что оно противоречит публичному порядку, суд отклонил, признав их недоказанными и необоснованными. А второе основание – неарбитрабельность не проанализировал.

Согласно п. 1 ст. 464 ГПК третье лицо, не привлеченное к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которых, арбитраж принял решение, наделяется правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения.

Для применения данной нормы необходимо соблюдение двух важных условий:

1) правом на подачу ходатайства об отмене арбитражного решения наделено не любое третье лицо, а только то, которое не было привлечено к участию в деле, но в отношении права и обя-

занностей которых, арбитраж принял решение.

Так, согласно п. 16 Рекомендации Верховного Суда: «Статья 464 ГПК предусматривает исключительный перечень лиц, имеющих право на подачу ходатайства об отмене решения арбитража. При подаче ходатайства третьим лицом суду следует установить, что арбитраж принял решение в отношении его прав и обязанностей»³⁴;

2) третье лицо должно доказать суду наличие оснований для отмены арбитражного решения. Даже в том случае, когда арбитраж действительно вынес арбитражное решение в отношении прав и обязанностей третьего лица, оно все равно должно доказать наличие в деле предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения.

Во всем мире просто так без наличия доказанных оснований для отмены арбитражного решения отменить его невозможно.

34 Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликовано на сайте Верховного Суда РК <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

ГЛАВА 3. ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

§ 1. Международные конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений

В действующем ГПК разграничиваются понятия «арбитраж» и «иностранный арбитраж». Под арбитражем понимается арбитраж, созданный и действующий в Республике Казахстан (причем это может быть, как институциональный арбитраж, так и арбитраж «ad hoc»).

Под иностранным арбитражем понимается созданный и действующий за пределами Республики Казахстан как институциональный арбитраж, так и арбитраж «ad hoc» (например, Лондонский международный арбитражный суд, МКАС при ТПП РФ и другие).

Поэтому нормы главы 20 «Исполнение арбитражного решения» ГПК (ст. ст. 253-255) посвящены исполнению арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитражем. А нормы главы 57 «Производство по делам с участием иностранных лиц» ГПК (ст. 501, 503, 504) касаются исполнения арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем.

Основу международной системы признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, несомненно, составляет Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нормы о признании и исполнении иностранных арбитражных решений есть и в других международных договорах: Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Межамериканской конвенции о международном коммерческом арбитраже 1975 г., Арабской конвенции о международном коммерческом арбитраже 1987 г.

На конференции ООН по международному торговому арбитражу 10 июня 1958 г. была подписана многосторонняя Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция). Сферой применения Конвенции являются признание и приведение в исполнение арби-

тразных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица. Конвенция применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение (так, в ФРГ не считаются внутренними решения, вынесенные на ее территории с соблюдением процессуальных норм иностранного государства).

В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией участвующие в ней государства приняли на себя обязательства:

- признавать письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникающие или могущие возникнуть между ними в связи с конкретным договорным или иным правоотношением. Соответственно суд государства – участника Конвенции, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, должен по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено;

- признавать арбитражные решения как обязательные и приводить их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в Конвенции.

Особенность Конвенции – ее территориальная сфера действия шире формального круга государств-участников. Фактически создана возможность исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории любого государства мира. В Конвенции содержатся нормы касающиеся исполнения арбитражных решений, вынесенных в государствах, не участвующих в Конвенции. Арбитражные решения подлежат исполнению независимо от того, является ли государство, на территории которого решение вынесено, участником Конвенции, если признание и исполнение испрашивается на территории государства-участника.

Нью-Йоркской конвенции 1958 г. единообразно установлен перечень оснований, при наличии которых в признании и исполнении компетентные власти государства-участника Конвенции вправе отказать. Данные основания распределены по двум группам.

Первую составляют факторы, на которые вправе сослаться сторона, против которой решение направлено:

а) стороны в соглашении, указанном в ст. II, были по применимому к закону в какой-либо мере недееспособны, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено, или

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, ибо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако условием, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение, или

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж, или

е) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Вторую группу оснований составляют два важных обстоятельства, которые должны быть установлены судом *ex officio*, то есть в силу служебного долга самостоятельно, без какого бы то ни было обоснования их заинтересованной стороной. К ним относятся следующие:

а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны или

б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны (ст. V).

Вопросы признания и исполнения решений иностранных судов регулируются международными многосторонними договорами, участником которых является Казахстан: Кишиневской конвенцией³⁵, Киевским соглашением³⁶, Московским соглашением³⁷. Перечисленные договоры предусматривают взаимное признание и исполнение судов государств, расположенных на территории постсоветского пространства: России, Беларуси, Кыргызстана, Азербайджана, Армении, Молдовы, Таджикистана, Узбекистана, Туркменистана, Украины и Грузии.

Интересен вопрос, как решается вопрос об исполнении арбитражных и судебных решений в двусторонних Конвенциях о взаимном поощрении и защите инвестиций (далее – Конвенции), участником которых является Казахстан?³⁸

Во всех Конвенциях предусматривается порядок разрешения споров между государствами и инвестором (причем, как правило, один из арбитражных органов обязательно ICSID). Но, к сожалению, во многих из них ничего не говорится о принудительном исполнении арбитражных решений (например, с Индией, Узбекистаном, Нидерландами, Францией, Чехией, Кыргызской Республикой,

35 Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.).

36 Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.).

37 Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств – участников Содружества (Москва, 6 марта 1998 г.).

38 Казахстан участвует более чем в 50 Конвенциях.

Грузией, Азербайджаном, Малазией, Кореей, Ираном, Израилем, Великобританией, Венгрией, Монголией, Украиной).

В ряде Конвенций закреплена стандартная формула: «Арбитражное решение должно быть окончательным и обязательным для обеих сторон спора. Обе стороны должны обеспечить принудительное исполнение решения» (с Латвией, Кувейтом, Таджикистаном, Словакией, Польшей, США).

Другие Конвенции содержат более определенную позицию. Уточняется, что Договаривающаяся Сторона должна привести арбитражное решение в исполнение в соответствии своим законодательством (с Россией, Болгарией, Турцией, Вьетнамом, Катаром, Пакистаном, Швейцарией, Египтом, Китаем, Испанией, Германией).

Такая же формула закреплена в Соглашении о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах-членах Евразийского экономического сообщества от 12 декабря 2008г. (Беларусь, Казахстан, Кыргызская Республика, Россия, Таджикистан).

В некоторых Конвенциях к этому добавляется, что решение должно быть приведено в исполнение в соответствии с национальным законодательством Стороны, на территории которой решение исполняется компетентным органом Стороны с даты, указанной в решении (например, с Филиппинами, Канадой, Финляндией, Иорданией, Хорватией).

Более подробное положение содержится в Конвенции, заключенной Казахстаном со Швейцарией:

«Решение арбитражного суда имеет для сторон обязательную силу, обжалованию не подлежит, и быть решением иным, чем те, которые предусмотрены Вашингтонской Конвенцией, не может. Приведение решения суда в исполнение производится по законодательству, регулиющему исполнение суда той страны, где решение должно быть выполнено».

В Конвенции, заключенной со Швейцарией, содержится интересное положение:

«Стороны не привлекают к решению спора дипломатические каналы, за исключением случаев, когда другая сторона не выполняет или неправильно выполняет решение арбитражного суда».

Таким образом, не во всех Конвенциях закрепляется обязанность государства исполнять решение арбитража по инвестиционному спору. Но в принципе это не меняет ситуацию. К инвестиционным спорам применяются общие положения Нью-Йоркской конвенции, в частности, ст. III: «Каждое Договаривающее Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений...».

Государство через нормы международных договоров – двусторонние Конвенции и Нью-Йоркскую конвенцию – принимает на себя публично-правовое обязательство по признанию и исполнению вынесенного арбитражного решения. Неисполнение принимающим государством решения иностранного арбитражного суда провоцирует возникновение межгосударственного спора в связи с нарушением нормы международного публичного права³⁹.

Кроме того, в ряде Конвенций закрепляется следующее положение:

«Сторона, которая является Стороной в споре не должна никогда ни при каких условиях в течение процедур, затрагивающих инвестиционные споры, утверждать как защиту ее неприкосновенности, тот факт, что инвестор получил компенсацию согласно страховому контракту, покрывающую весь понесенный ущерб или потери либо их часть (например, с Румынией, Арменией, Пакистаном, Грецией, Болгарией, Израилем, Монголией, Польшей, Литвой, Германией, США).

Очень важно положение содержится в Соглашении между государством Кувейт и РК о поощрении и взаимной защите инвестиций от 31 августа 1997 г.:

«В ходе любого разбирательства, судебного, арбитражного либо иного или при принудительном исполнении любого решения или определения относительно инвестиционного спора между До-

³⁹ См.: Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: Изд. БЕК, 2002. С. 150-151.

говаривающимся Государством и инвестором другого Договаривающегося Государства, Договаривающееся Государство не использует в качестве защиты свою суверенную неприкосновенность».

§ 2. Порядок принудительного исполнения внутренних арбитражных решений

В соответствии с п. 1 ст. 253 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения:

- по месту рассмотрения спора арбитражем либо
- по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица,
- если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

Возможность обращения в суд по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, или по месту нахождения имущества должника существенно облегчает процедуру принудительного исполнения решения арбитража, что очень удобно в том случае, когда, например, спор был рассмотрен арбитражем в Алматы, а истец и ответчик находятся в других городах Казахстана. И практика КМА показывает, что в последние годы «география» спорящих сторон неуклонно расширяется.

Пункт 1 ст. 253 ГПК содержит указание на то, что сторона вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения, если оно не исполнено добровольно в установленный в нем срок. Однако, на практике не всегда в арбитражном решении устанавливается срок для его добровольного исполнения, что иногда расценивается судами как основание для отказа в принудительном исполнении такого арбитражного решения в виду преждевременности обращения заявителя в суд.

Так, Определением Суда № 2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения по-

стоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

В мотивировочной части Определения суд сослался на то, что: «В решении арбитража срок добровольного исполнения решения, предоставленный должнику, не установлен».

При вынесении данного Определения Суд не принял во внимание положения п. 3 ст. 45 и п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже. Согласно п. 3 ст. 45 Закона об арбитраже арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами). В соответствии с п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже, если в арбитражном решении срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению.

Таким образом, в случае отсутствия в арбитражном решении срока для добровольного исполнения, оно подлежит немедленно исполнению.

В соответствии с п. 2 ст. 253 ГПК к заявлению о выдаче исполнительного листа прилагаются:

- 1) подлинник или копия арбитражного решения. Копия решения постоянно действующего арбитража заверяется руководителем этого арбитража, копия арбитражного решения для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверенной;
- 2) подлинник или нотариально заверенная копия арбитражного соглашения, заключенного в установленном законом порядке (п. 2 ст. 253 ГПК).

Следует отметить, что данные нормы ГПК полностью соответствуют требованиям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в части требования о предъявлении в компетентный суд только двух документов – самого решения и арбитражной оговорки.

Судебной практике известны случаи нарушения норм п. 2 ст. 253 ГПК, повлекшие за собой отмену судебных актов.

Так, Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 3 октября 2017 года

№ 6001-17-00-3гп/610 Определение районного суда № 2 Казыбекбийского района города Караганды от 3 июля 2017 года и Определение судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 8 августа 2017 года по заявлению ТОО «М» о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения арбитражного решения о взыскании задолженности с гр. К. были отменены. Дело было направлено на новое рассмотрение в судебную коллегию по гражданским делам Карагандинского областного суда в ином составе судей.

В соответствии с частью 5 статьи 438 ГПК основаниями к пересмотру в кассационном порядке вступивших в законную силу судебных актов являются существенные нарушения норм материального и процессуального права, предусмотренные статьей 427 ГПК, которые привели к вынесению незаконного судебного акта.

По мнению судебной коллегии ВС РК, к числу таких нарушений по данному делу относится и то, что суд апелляционной инстанции в определении указал, что заявитель не представил договор микрокредита и график погашения кредита, тогда как перечень представляемых в суд документов, указанный в части 2 статьи 253 ГПК, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. Согласно требованиям части 8 статьи 253 ГПК суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Согласно п. 3 ст. 253 ГПК заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения.

Заявление о выдаче исполнительного листа, поданное с пропуском установленного срока, к которому не были приложены ходатайство о восстановлении срока и подтверждающие документы, возвращается судом без рассмотрения, о чем выносится определение. На определение может быть подана частная жалоба, принесено ходатайство прокурором в суд апелляционной инстанции, решение которого является окончательным (п. 4 ст. 253 ГПК).

Суд вправе восстановить срок на подачу заявления о выдаче

исполнительного листа, если признает причины пропуска указанного срока уважительными (п. 5 ст. 253 ГПК).

Заявление о выдаче исполнительного листа рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления заявления в суд (п. 6 ст. 253 ГПК).

В соответствии с п. 7 ст. 253 ГПК о поступившем заявлении взыскателя о принудительном исполнении арбитражного решения, а также месте и времени его рассмотрения в судебном заседании суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

Как показал анализ судебной практики, нередко стороны, надлежащим образом уведомленные судом о месте и времени судебного заседания, на слушание тем не менее не являются. Суды в таком случае, ссылаясь на данный пункт, проводят заседание в отсутствие сторон. Вместе с тем, отказывая в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, суды нередко берут на себя бремя доказывания наличия предусмотренных ст. 255 ГПК оснований для отказа в выдаче исполнительного листа.

Пример 1. Определением Суда № 2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

Как следует из Определения, стороны, надлежащим образом уведомленные о дате и времени, на заседание не явились. С одной стороны, согласно п. 7 ст. 253 ГПК, действительно, неявка взыскателя, должника в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления.

Однако, с другой стороны, согласно подпункту 1) п. 1 ст. 255 ГПК, подпункту 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже бремя доказы-

вания наличия оснований для отказа в признании и (или) принудительном исполнении арбитражного решения лежит не на суде, а на стороне, против которой было принято арбитражное решение.

В данном случае суд, отказывая в выдаче исполнительного листа, фактически взял на себя бремя доказывания.

Пример 2. Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 3 октября 2017 года № 6001-17-00-3гп/610 Определение районного суда № 2 Казыбекбийского района города Караганды от 3 июля 2017 года и Определение судебной коллегии по гражданским делам Карагандинского областного суда от 8 августа 2017 года по заявлению ТОО «М» о выдаче исполнительного листа для принудительного исполнения арбитражного решения о взыскании задолженности с гр. К. были отмерены. Дело было направлено на новое рассмотрение в судебную коллегию по гражданским делам Карагандинского областного суда в ином составе судей.

К числу существенных нарушений норм материального и процессуального права, предусмотренных статьей 427 ГПК, которые привели к вынесению незаконного судебного акта, выявленных судебной коллегией по данному делу, было отнесено также следующее. Суды первой инстанции со ссылкой на подпункт 1) части 1 статьи 255 ГПК указали в качестве основания для отказа заявителю в выдаче исполнительного листа, что заявителем не представлено достаточных доказательств, свидетельствующих о надлежащем уведомлении гр. К. об арбитражном разбирательстве, в связи с чем гр. Калиев С. был лишен права предоставления своих объяснений арбитражу.

Суд апелляционной инстанции со ссылкой на подпункты 1) и 2) части 1 статьи 255 ГПК согласился с выводами суда первой инстанции, указав дополнительное основание для отказа заявителю в выдаче исполнительного листа – приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан.

Однако по смыслу статей 255 ГПК и 57 Закона об арбитраже доказательства ненадлежащего уведомления о назначении арбитра или

об арбитражном разбирательстве обязана представить сторона, против которой вынесено арбитражное решение, в данном случае гр. К.

Между тем, должник в суд не явился, доказательств ненадлежащего уведомления о назначении арбитром или об арбитражном разбирательстве не представил. В свою очередь, ТОО «М» в соответствии с пунктом 4.5.3 арбитражного соглашения представило суду апелляционной инстанции детализацию SMS-сообщений и распечатку с АО «Казпочта» об отправке уведомления должнику К. о времени и месте арбитражного разбирательства. Однако, суд апелляционной инстанции не исследовал эти доказательства.

Важное правило закреплено в п. 8 ст. 253 ГПК: суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Согласно п. 9 ст. 253 ГПК по результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче. Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению. При этом отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения возможен только по основаниям, предусмотренным ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона об арбитраже. Перечень оснований носит исчерпывающий характер.

Между тем судебной практике известны случаи отказа в выдаче исполнительного листа без указания судом конкретного основания, предусмотренного ст. 255 ГПК и ст. 57 Закона об арбитраже.

Например, Определением Суда № 2 г. Уральска ЗКО от 10 апреля 2017 года заявителю ИП «Т» было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения постоянно действующего арбитража по ЗКО от 21 февраля 2017 г. по иску ИП «Т» к гр. Н. о взыскании долга и неустойки по договору займа от 1 мая 2016 г.

Суд, отказывая в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа по причине непредставления доказательства надлежащего вручения арбитражного решения должнику, прямо не указал какой именно нормой, он руководствовался.

С одной стороны, действительно, ни Закон об арбитраже, ни ГПК не содержат такого основания для отказа в выдаче исполнительного листа, как «невручение арбитражного решения стороне».

Однако, с другой стороны, невозможно требовать принудительного исполнения решения, которое не было вручено стороне. Какими нормами в данном случае мог бы руководствоваться суд? Подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже содержит такое основание для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения, как «состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона».

Пункт 1 ст. 45 Закона об арбитраже содержит следующее положение:

«1. После исследования обстоятельств дела арбитраж большинством голосов арбитров, входящих в состав арбитража, принимает решение.

Решение объявляется на заседании арбитража. Арбитраж вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам в течение десяти календарных дней со дня объявления резолютивной части решения, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон».

Соответственно, не направление арбитражного решения сторонам можно расценивать как несоответствие арбитражной процедуры разбирательства требованиям закона.

Однако в данном случае еще раз следует обратить внимание на то, что наличие данного основания является бременем доказывания стороны, а не суда.

Как показал проведенный нами анализ судебной практики, имеют место случаи, когда суды отказывают в выдаче исполнительного листа, в том случае, когда заявление подается стороной до окончания месячного срока, предусмотренного п. 1 ст. 464 ГПК для отмены арбитражного решения.

Так, Определением Суда № 2 г. Уральска ЗКО от 13 апреля 2017 года заявление ТОО «Д» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения постоянно действующего арби-

траста по ЗКО от 13 февраля 2017 г. по иску ТОО «Д» к гр. М. о взыскании долга и неустойки по договору о предоставлении займа.

Суд в данном случае неверно истолковал нормы п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже: «2. Ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 51 настоящего Закона, со дня вынесения арбитражного решения по этой просьбе.»

Данная норма устанавливает срок, в течение которого может быть подано ходатайство об отмене арбитражного решения. И не касается вопросов принудительного исполнения арбитражных решений.

В соответствии с подп. 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, если решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено.

Согласно п. 1 ст. 55 Закона об арбитраже, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, то оно подлежит принудительному исполнению.

В соответствии с п. 3 ст. 253 ГПК заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения.

Согласно п. 3 ст. 45 Закона об арбитраже арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами).

При этом в соответствии с п. 2 ст. 54 Закона об арбитраже, если в арбитражном решении срок не установлен, то оно подлежит немедленному исполнению.

Таким образом, ни Закон об арбитраже, ни ГПК не содержат норм о том, что заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано только по окончании месячного срока для отмены арбитражного решения.

Глава 20 ГПК «Исполнение арбитражного решения» не содержит отдельных норм относительно дополнительных расходов, связанных с принудительным исполнением арбитражного решения. Данному вопросу посвящена ст. 56 Закона об арбитраже. Однако суды при вынесении определения об удовлетворении заявления о принудительном исполнении арбитражного решения иногда не только не разрешают вопрос о возмещении должником, понесенных взыскателем расходов, но и неверно применяют положения ст. 109 ГПК, вместо ст. 56 Закона об арбитраже.

Например, Определением Павлодарского городского суда от 14 ноября 2017 года заявление ТОО «Д» о принудительном исполнении решения Арбитражного суда и выдаче исполнительного листа от 06 октября 2017 г. по гражданскому делу по иску ТОО «Д» к гр. А. о взыскании задолженности было удовлетворено. В целом суд правильно удовлетворил заявление о выдаче исполнительного листа.

Вместе с тем, в мотивировочной части определения суд неверно применил ст. 109 ГПК: «В соответствии со ст. 109 ГПК стороне, в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны все понесенные по делу судебные расходы. Если иск удовлетворен частично, то расходы присуждаются истцу пропорционально размеру удовлетворённых судом исковых требований, а ответчику – пропорционально той части исковых требований, в которых истцу отказано.

Отказывая в данной части, суд обращает внимание заявителя на то, что, заключая соглашение с ответчиком о рассмотрении споров в Арбитражном суде, он должен был знать о возможном обращении в суд для принудительного исполнения решения Арбитражного суда, соответственно, о несении дополнительных расходов».

Во-первых, ГПК в данном случае не применяется. Во-вторых, применению подлежат положения гл. 5 Закона об арбитраже «Расходы, связанные с разрешением спора в арбитраже», а также соответствующего Регламента. В-третьих, согласно ст. 56 Закона об арбитраже «Взыскание расходов, связанных с принудительным исполнением арбитражного решения» дополнительные расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения, возлагаются на сторону, не исполнившую решение добро-

вольно. И, наконец, в-четвертых, арбитражное решение может быть исполнено сторонами добровольно. Поэтому при вынесении решения арбитраж не может взыскать расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения на будущее, поскольку не может знать будет ли оно исполнено принудительно или добровольно.

Данный вывод нашел свое закрепление в рекомендациях Верховного Суда РК: «9. В соответствии со статьей 56 Закона дополнительные расходы, связанные с принудительным исполнением арбитражного решения, возлагаются на сторону, не исполнившую решение добровольно, в связи с чем, при вынесении определения об удовлетворении заявления о принудительном исполнении арбитражного решения суд обязан разрешить вопрос о возмещении должником, понесенных взыскателем расходов».

§ 3. Порядок принудительного исполнения иностранных арбитражных решений

В соответствии со ст. III Нью-Йоркской Конвенции «Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях».

В п. 3 ст. 54 Конвенции ICSID закреплено, что порядок исполнения арбитражного решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается».

В соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 501 ГПК решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности. Условия и порядок признания и исполнения актов, указанных в части первой настоящей

статьи, определяются законом, если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, не установлено иное. Порядок же принудительного исполнения арбитражного решения, выдача исполнительного листа и основания к отказу в его выдаче устанавливаются статьей 503 ГПК РК.

Статья 5 Закона РК от 2 апреля 2010 г. «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» устанавливает, что порядок исполнения в РК решений международных и иностранных судов, а также арбитражей определяется соответствующими международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, и настоящим Законом.

Глава 7 Закона РК «Об арбитраже» также регулирует порядок признания и приведения в исполнение в РК арбитражных решений, а также основания отказа в таком признании и исполнении.

Кроме того, необходимо отметить положения Нормативного постановления Верховного суда РК от 11 июля 2003 г. № 5 «О судебном решении»⁴⁰. В соответствии с п. 30 Нормативного постановления решения иностранных судов и арбитражей, согласно статье 501 ГПК, могут быть предъявлены к принудительному исполнению в Республике Казахстан в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу, если это предусмотрено законом или международным договором Республики Казахстан. Приведение в исполнение такого решения производится по ходатайству заинтересованной стороны определением суда Республики Казахстан в соответствии с правилами о подсудности, определенной Гражданским процессуальным кодексом по месту исполнения решения.

Признание и исполнение решений иностранных арбитражей на территории Казахстана осуществляется в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года.

Согласно ст. 4 Нью-Йоркской конвенции сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение решения арбитража, при подаче такой просьбы представляет:

а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового;

40 Бюллетень Верховного суда Республики Казахстан. 2003. № 8. С. 29.

б) подлинное соглашение, упомянутое в ст. 2, или должным образом заверенную копию такового.

Если арбитражное решение или соглашение изложены не на официальном языке той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения, сторона, которая просит о признании и приведении в исполнение этого решения, представляет перевод этих документов на такой язык. Перевод заверяется официальным или присяжным переводчиком или дипломатическим или консульским учреждением.

В соответствии с п. 30 Нормативного постановления о судебном решении к ходатайству, как правило, прилагаются:

- должным образом заверенная копия решения, о принудительном исполнении которого испрашивается разрешение;
- официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это обстоятельство не видно из текста решения;
- доказательства, подтверждающие надлежащее извещение стороны или ее представителя в случае процессуальной недееспособности стороны, против которой вынесено решение, о процессе;
- исполнительный документ с отметкой о частичном исполнении решения при наличии такового;
- по делам договорной подсудности документ, подтверждающий соглашение сторон по этому вопросу.

Примечательно то, что в данном пункте Нормативного постановления не проводится разграничение документов, которые прилагаются к ходатайству о принудительном исполнении решений иностранных судов и решений иностранных арбитражей. А между тем, как известно, Нью-Йоркская конвенция сократила перечень документов, которые должны представляться для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, до двух документов, а именно: само арбитражное решение или его заверенная копия; оригинал арбитражного соглашения или его заверенная копия⁴¹.

41 Международный коммерческий арбитраж. Учебник / Под ред.: В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 40-42.

В этой связи расширение в Нормативном постановлении перечня документов не соответствует требованиям Нью-Йоркской конвенции, а потому, на наш взгляд, нуждается в уточнении. В настоящее время положение спасает имеющаяся в п. 30 Нормативного постановления фраза о том, что перечисленные документы прилагаются к ходатайству «как правило», а не в обязательном порядке.

Как показал проведенный нами анализ судебной практики, зачастую суды помимо арбитражного соглашения и арбитражного решения, требуют предоставления отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу.

Так, Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2017 года № 6001-17-00-3гп/396 Определение СМЭСа города Алматы от 6 декабря 2016 года, определение судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года было отменено.

ПАО «Ф» обратилось в суд с заявлением о признании и разрешении принудительного исполнения на территории Республики Казахстан решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) от 24 августа 2016 года о взыскании с АО «И» в пользу ПАО «Ф» суммы основного долга 109 434 920,41 рублей, неустойки в сумме 10 711 969,56 рублей, расходов по уплате арбитражного сбора в сумме 1 488 734 рублей (далее – Решение). Определением СМЭС города Алматы от 6 декабря 2016 года в удовлетворении заявления отказано. Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года определение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Отменяя эти судебные акты, судебная коллегия установила следующие грубые нарушения. Местные суды, отказывая в удовлетворении заявления ПАО «Ф», указали на отсутствие в Решении отметки о его вступлении в законную силу, а также срока добровольного исполнения.

Указанные выводы местных судов судебная коллегия считает несостоятельными. В соответствии с пунктами 1 и 2 параграфа 44

Регламента МКАС решение МКАС является окончательным и обязательным с даты его вынесения и исполняется сторонами добровольно в установленный в решении срок, а если срок исполнения в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению. При этом Регламентом МКАС не предусмотрено проставление отметок на решениях о вступлении их в законную силу.

В свою очередь, ПАО «Ф» к заявлению были приложены справка МКАС от 19 октября 2016 года, подписанная первым заместителем ответственного секретаря Беновым А.Г., о вступлении решения от 24 августа 2016 года в законную силу.

Заявление о принудительном исполнении арбитражного решения (выдаче исполнительного листа) может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения, однако срок, пропущенный по уважительной причине, суд вправе восстановить (п. п. 3 и 5 ст. 503 ГПК).

Согласно ГПК РК такое заявление рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати дней со дня поступления заявления в суд. О поступившем заявлении суд уведомляет должника, а также взыскатель и должник уведомляет о месте и времени его рассмотрения в судебном заседании. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание. При рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитража суд не вправе пересматривать решение арбитража по существу (п. п. 6-8 ст. 503).

Суды РК в целом понимают и признают Нью-Йоркскую конвенцию и в случае отказа в исполнении иностранного арбитражного решения пытаются обосновать этот отказ ссылками на Нью-Йоркскую конвенцию.

Например, определением Восточно-Казахстанского областного суда от 2 декабря 2004 г. было принято к принудительному исполнению решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Коллегия по гражданским делам Верховного суда РК от 27

января 2005 г. №3а-13-05 отменила это определение, отметив при этом следующее:

Как видно из материалов дела, представители ответчика участия в рассмотрении Международным коммерческим арбитражным судом дела не принимали.

По пояснениям представителей ответчика, это произошло из-за того, что они не получили каких-либо письменных сообщений о дне и месте рассмотрения дела. Кроме того, им не была вручена копия искового заявления. В связи с этим нарушены их права на защиту и они не имели возможности дать объяснения по сути спора.

При рассмотрении дела о признании и принудительном исполнении решения суд принял во внимание представленные истцом документы, которые, по его мнению, свидетельствуют о надлежащем извещении ЗАО «Семей СУ» о дне и месте рассмотрения дела. Однако в доставочных карточках службы доставки указаны фамилии лиц, получивших корреспонденцию, которые по данным ответчика в штате на тот момент не значились. Судом вышеуказанные лица в судебное заседание не вызывались и по вопросу получения вышеуказанных документов и передаче их руководству ответчика не допрашивались.

При таких обстоятельствах коллегия считает, что определение судом вынесено на непроверенных данных и в соответствии с требованиями ст. 5 Конвенции «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10.06.58 г.), где одним из оснований отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения иностранного государства является ненадлежащее уведомление одной из сторон, а также в соответствии со ст. 425 ГПК и п.30 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан № 5 от 11. 07. 03 г., является основанием для его отмены и направления дела на новое рассмотрение.

§ 4. Основания отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 Гражданского процессуального кодекса.

В соответствии со ст. 504 ГПК отказ в выдаче и выдача исполнительного листа на принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляются по правилам, предусмотренным главой 20 настоящего Кодекса. В данном случае ст. 504 отсылает к ст. 255 ГПК, содержащей исчерпывающий перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами.

Так, согласно ст. 255 ГПК:

«1. Суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если:

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

- арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан;

- арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу;

- одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;

- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения;

- имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

- вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда;

- состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона;

- решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено;

2) суд установит, что приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан или что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом.

2. Если арбитражное решение по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение той части арбитражного решения, которая охватывается арбитражным соглашением, не может быть отказано».

Судебной практике известны случаи неверного применения положений ст. 255 ГПК к отказу в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного государственным арбитражным судом, а не иностранным международным коммерческим арбитражем.

Например, Апелляционная судебная коллегия по гражданским делам Алматинского городского суда в своем Определении за № 2а-6040 от 27 октября 2017 г. применяет предусматривающие основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения положения ст. 255 ГПК «Отказ в выдаче исполнительного листа» к решению, вынесенному Арбитражным судом Омской области. В то время как этот суд является государственным судом Российской Федерации. Нормы ст. 255 ГПК подлежат применению только в отношении арбитражных решений, вынесенных коммерческими арбитражами (внутренними и иностранными), но никак не государственными.

Какие проблемы возникают в судебной практике при приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Казахстане? Рассмотрим это на примере применения отдельных оснований для отказа в признании и принудительном исполнении, предусмотренных ст. 255 ГПК.

1) Арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан.

Доктрина и национальное законодательство большинства государств придерживаются принципа самостоятельности арбитражного соглашения (признавая его самостоятельным договором).

Именно поэтому стороны вправе самостоятельно выбрать право, применяемое к арбитражному соглашению. Это право может быть иным, чем право, которое стороны выбрали в качестве применимого к основному договору.

Вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, возникает тогда, когда решается вопрос о действительности арбитражного соглашения.

Действительность арбитражного соглашения определяется по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено. Это правило содержится в ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ст. 34 (2) (a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Европейская конвенция в ст. IX (1) (a) таким же образом урегулировала вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, указав, что к арбитражному соглашению применяется закон, выбранный сторонами, а при отсутствии такого – право страны, в которой должно быть вынесено решение. В случае же, если стороны не указали право, применимое к арбитражному соглашению и невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, суд должен определить применимое право на основании коллизионной нормы страны, в которой возбуждено дело.

В соответствии с подпунктом 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, подпунктом 1) п. 1 ст. 255 ГПК действительность арбитражного соглашения (при отсутствии указания сторон о применимом к арбитражному соглашению праве) определяется по законам Республики Казахстан.

Поскольку Закон об арбитраже регулирует деятельность арбитражей, созданных и действующих на территории РК, то местом вынесения решения такими арбитражами является Республика Казахстан.

Эти нормы Закона об арбитраже соответствуют общепринятым в международной практике положениям относительно определения действительности арбитражного соглашения в отношении арбитражных решений внутренних арбитражей.

Однако когда речь идет о принудительном исполнении на территории Республики Казахстан иностранного арбитражного решения, нормы данной статьи о действительности арбитражного соглашения (при отсутствии указания сторон о применимом к арбитражному соглашению праве) противоречат V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции, ст. IX (1) (a) Европейской конвенции.

Дело в том, что подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона РК и подпункт 1) п. 1 ст. 255 ГПК отсылают к применению законов Республики Казахстан, в то время как Конвенции – к праву страны, где решение было вынесено.

Очевидно, что в данном случае применяться должны нормы Конвенций и действительность арбитражного соглашения должна определяться по закону страны, где было вынесено иностранное арбитражное решение, а не по Закону об арбитраже, который к тому же предусматривает совершенно необоснованно расширенный перечень существенных условий арбитражного соглашения⁴².

Законопроект предусматривает приведение подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона РК и подпункта 1) п. 1 ст. 255 ГПК в соответствие с положениями ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и ст. 34 (2) (a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

2) Основания, противоречащие Нью-Йоркской конвенции

Согласно п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже (подп. 1) п. 1 ст. 255 ГПК) суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, по следующим основаниям, если:

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основа-

⁴² См., например, Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34860793

ниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда.

Подобное расширение оснований противоречит положениям Нью-Йоркской конвенции, а также Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

На практике такое противоречие может повлечь за собой определенные проблемы, в первую очередь для судов. Подобных оснований для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения нет не только в международных документах, но и во внутреннем законодательстве иных стран.

В силу прямой отсылки, предусмотренной ст. 504 ГПК, по основаниям, указанным в ст. 255 ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

В данном случае, на наш взгляд, применению подлежат нормы Нью-Йоркской конвенции. В противном случае Казахстан станет неблагоприятной юрисдикцией для принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, что отрицательно скажется на инвестиционной привлекательности страны в целом.

3) Состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона

Изложенное в абзаце восьмом подпункта 1) ст. 255 ГПК (абзац девятый подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже) основание отказа в выдаче исполнительного листа по своему содержанию уже аналогичного основания, предусмотренного Нью-Йоркской конвенцией.

Согласно указанным нормам ГПК и Закона об арбитраже в выдаче исполнительного листа может быть отказано в случае, когда сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона.

В то время как подпункт о) п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции более широко формулирует такое основание, упоминая не только несоответствие требованиям закона, а в первую очередь несоответствие соглашению сторон: «состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали Соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место Арбитраж».

Как сформулировано это же основание в Типовом законе ЮНСИТРАЛ? В подпункте iv) п. 1) ст. 36 Типового закона читаем: «состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, в отсутствие такового, не соответствовали законодательству той страны, где проводился арбитраж».

В обоих международных документах в первую очередь речь идет о несоответствии соглашению сторон, что полностью соответствует природе арбитража как альтернативного способа разрешения гражданско-правовых споров, основанного на соглашении сторон. И только при отсутствии соглашения сторон, требования к составу арбитража или арбитражной процедуре должны определяться в соответствии с законом той страны, где имел место арбитраж.

В связи с такой небрежной формулировкой, допущенной в абзаце восьмом подпункта 1) ст. 255 ГПК и абзаце девятом подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, возникает закономерный вопрос – о несоответствии требованиям какого закона в указанных нормах идет речь? О несоответствии требованиям закона Республики Казахстан или закона той страны, где имел место арбитраж? Этот вопрос имеет важное практическое значение для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

В отношении арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами на территории Республики Казахстан, речь, по всей видимости, должна идти о несоответствии требованиям закона Республики Казахстан.

Как быть с иностранными арбитражными решениями? О каком законе в этом случае должна идти речь?

Предположим, что решение было вынесено Лондонским международным арбитражным судом и подлежит признанию и приведению в исполнение на территории Республики Казахстан.

Недобросовестная сторона, против которой было принято арбитражное решение, воспользовавшись подобной неоднозначной редакцией абзаца восьмого подпункта 1) ст. 255 ГПК, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям Закона Республики Казахстан.

И легко сможет такие несоответствия найти, поскольку решение было вынесено в Великобритании, где, ясное дело, наш Закон об арбитраже не применяется.

В данном случае суд должен применить положения подпункта о) п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции. Суд сначала должен проверить соответствие состава арбитража или арбитражной процедуры соглашению сторон, а затем уже при отсутствии соглашения сторон проверить на соответствие закону той страны, где имел место арбитраж (то есть Закону Англии «Об арбитраже» 1996 года, а не Республики Казахстан).

4) Противоречие публичному порядку

Оговорка о публичном порядке широко распространена в международном частном праве. Она в тех или иных вариациях содержится в законодательстве практически всех стран, имеющих кодификации по международному частному праву, в том числе сохранилась в законодательстве Советского Союза и Казахской ССР.

Закон об арбитраже (подпункт 1) ст. 2) определяет публичный порядок Республики Казахстан как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 1090 ГК иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан.

При этом отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 1090 ГК).

Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судейское усмотрение.

Оговорку о публичном порядке называют «предохранительным клапаном», «каучуковым параграфом» и т.п.

Важным является уточнение в п. 2 ст. 1090 ГК, что оговорку о публичном порядке нельзя использовать только на основании различий политической или экономической системы.

Оговорка о публичном порядке может быть применена, когда применение иностранного права противоречило бы основам правопорядка РК, правовым принципам, породило бы последствия, недопустимые с точки зрения нашего правосознания.

Юристами разных стран делались попытки выработать перечень всех принципов и норм, которые раскрывали бы понятие «публичный порядок». Однако эти попытки не увенчались успехом, и это вполне объяснимо, ибо этому институту изначально присущи изменчивость и гибкость.

В литературе высказано мнение, что понятие «основы правопорядка (публичный порядок)» включает в себя четыре взаимосвязанных элемента:

а) основополагающие фундаментальные принципы права данной страны, прежде всего конституционные, а также частноправовые и гражданско-процессуальные;

б) общепринятые принципы морали, на которые опирается правопорядок;

в) законные интересы граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

г) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью правовой системы страны, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Одно ясно: неприменение иностранного права на основе нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях».

Поэтому каждый такой случай должен серьезно обосновываться и не может сводиться к любому нарушению, пусть даже и серьезному, норм национального права.

Отказ в исполнении возможен только по процедурным нарушениям, заранее оговоренным. Исходя из этого, в подавляющем

большинстве стран мира арбитражные решения никогда не проверяются компетентными судами по существу и являются окончательными.

Почти нигде в мире суд не проверяет законодательные основания рассмотрения спора, потому что толкование закона может быть разным. Потому что это гражданско-правовой спор, а в гражданско-правовом споре всегда есть разные взгляды на закон. На этом построена судебная система любой страны, в том числе Казахстана.

Но арбитраж не входит в судебную систему. Компетентный суд может проверять только процессуальные моменты.

Если эти принципы не соблюдаются, то такая организация, называемая арбитражем, на самом деле таковым не является. Она превращается в придаток судебной системы, причем совершенно не нужный.

СПИСОК НОРМАТИВНЫХ АКТОВ И МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОКУМЕНТОВ

1. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V.
2. Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже».
3. Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами» от 18 марта 1965 г.
4. Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности. Киев, 20 марта 1992 г.
5. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Минск. 22 января 1993 г.
6. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Кишинев, 7 октября 2002 г.
7. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йорк от 10 июня 1958 г.
8. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже. Женева, 21 апреля 1961 г.
9. Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов. Гаага, 5 октября 1961 г.
10. Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже». Принят Комиссией ООН по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ) 21 июня 1985 г. (в редакции с изменениями от 07 июля 2006 г.).

Подписано к печати 06.11.2018
Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная, печать офсетная.
Усл. п.л. 11. Тираж 600 экз. заказ № 843

Отпечатано в типографии ТОО «Дэме»
010000, г. Астана, ул. Бигельдинова, 10
тел.: 42 54 67