



Kazakhstan Chamber of Arbitration

050008, Қазақстан Республикасы, Алматы қ., Тимирязев к., 15 «Б», офис 3, тел.: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org
050008, Республика Казахстан, г. Алматы, ул. Тимирязева 15 «Б», офис 3, тел.: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org
050008, Republic of Kazakhstan, Almaty, 15 B Timiryazev st., office 3, tel.: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org

№ 4/05 25.07.2019

**Председателю
Совета по защите прав
предпринимателей и
противодействию коррупции НПП РК
«Атамекен» г-ну Сулейменову К.Ш.**

**Копия:
Министерство юстиции РК
Директору департамента
законодательства г-ну Данабекову О.**

Уважаемый Каирбек Шошанович!

Проанализировав представленные Вами документы (письмо за № 7511/36 от 25.06.2019 г.), сообщаем следующее.

1. В **Справке о состоянии защиты прав предпринимателей в договорных отношениях с государственными органами»** (далее – **Справка**) правильно показаны многочисленные и зачастую коррупционные нарушения государственными органами прав предпринимателей.

В то же время в ряде случаев в Справке неверно расставлены акценты.

В соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан (п. 2 ст. 105 ГК) и Законом о государственном имуществе (статьи 163-164) государственные органы могут функционировать только в форме государственного учреждения. Поэтому когда авторы Справки приводят в качестве примера отношений с государственными органами отношения предпринимателей с республиканскими государственными предприятиями (РГП), они совершают ошибку.

Напротив, надо было четко разделить государственные органы от государственных юридических лиц, не являющихся государственными органами. К последним относятся все государственные предприятия (на праве хозяйственного ведения и казенные) и государственные учреждения, не являющиеся государственными органами (см. Закон о государственном имуществе, статьи 122-165). К юридическим лицам, не являющимся государственными органами, но выступающим в ряде случаев от имени государства, можно также отнести контролируемые государством АО и ТОО (п. 2 ст. 171 Закона о государственном имуществе).

Следовательно, Справку надо было назвать «в отношениях предпринимателей с государственными органами, государственными юридическими лицами и контролируемыми государством АО и ТОО», и выделить два раздела: 1) отношения с госорганами и 2) отношения с другими государственными юридическими лицами и контролируемыми государством АО и ТОО. Во второй группе отношений также есть проблемы, ибо государственные предприятия пользуются явной или неявной поддержкой госоргана, который это РГП создал.

Следует при этом иметь в виду, что в различных законах наблюдается различный подход к определению стороны в договоре, выступающей от имени государства.

В Законе РК от 31 октября 2015 года «О государственно-частном партнерстве» закреплено:

«государственный партнер – Республика Казахстан, от имени которой выступают государственные органы, государственные учреждения, государственные предприятия и товарищества с ограниченной ответственностью, акционерные общества, пятьдесят и более процентов долей участия в уставном капитале или голосующих акций которых прямо или косвенно принадлежат государству, заключившие договор государственно-частного партнерства» (подпункт 5) ст. 1 Закона).

В соответствии с Законом РК от 14 декабря 2015 года «О государственных закупках» «заказчики – государственные органы, государственные учреждения, а также государственные предприятия, юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированные с ними юридические лица, за исключением:

национальных управляющих холдингов, национальных холдингов, национальных управляющих компаний, национальных компаний и аффилированных с ними юридических лиц;

Национального Банка Республики Казахстан, его ведомств, организаций, входящих в структуру Национального Банка Республики Казахстан, и юридических лиц, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат Национальному Банку Республики Казахстан или находятся в его доверительном управлении, и аффилированных с ними юридических лиц;

государственных предприятий как имущественных комплексов, юридических лиц, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированных с ними юридических лиц, переданных в доверительное управление физическим или негосударственным юридическим лицам с правом последующего выкупа» (подпункт 27) ст. 2 Закона).

Другой подход в Законе РК от 7 июля 2006 года «О концессиях»: «концедент – государственные органы Республики Казахстан, заключившие договоры концессии в соответствии с настоящим Законом и (или) прямое

соглашение с кредиторами концессионера» (подпункт 4) ст. 2 Закона). То есть по договору концессии государственные юридические лица концедентом выступать не могут.

Следовательно, государственные юридические лица и контролируемые государством АО и ТОО могут выступать от имени государства в договорах государственных закупок и в договорах государственно-частного партнерства, кроме договора концессии.

Эти особенности следует учитывать при разработке предложений по защите прав предпринимателей.

В частности, это касается предложений о передаче споров в органы административной юстиции.

В Справке правильно отмечается, что предусмотренное ст. 111 ГК РК равенство государства и бизнеса в договорных отношениях является декларацией. Однако вместо того, чтобы предложить меры по обузданию произвола государственных органов, в п. 2.2 **Решения Совета по защите прав предпринимателей и противодействию коррупции НПП РК «Атамекен» от 13 июня 2019 года (далее – Решение)** предлагается передать в органы административной юстиции рассмотрение споров, вытекающих из гражданско-правовых договоров, одной из сторон которых является государственный орган (учреждения, предприятия).

Тем самым окончательно будет закреплено придание публичного характера гражданско-правовым отношениям, что законодательно закрепит диктат госорганов. И совсем абсурдным выглядит предложение передавать на рассмотрение органам административной юстиции споры между предпринимателями и госпредприятиями, а тем более контролируемые государством АО и ТОО, которые являются такими же юридическими лицами, как остальные АО и ТОО, и споры между ними являются чисто гражданско-правовыми спорами.

2. В п. 2.1 Решения предлагается:

«2.1. Верховному Суду Республики Казахстан совместно с Министерством юстиции Республики Казахстан и Арбитражной палатой Казахстана в целях обеспечения объективности при рассмотрении споров между государственными органами и предпринимателями, вытекающими из договоров о государственных закупках, государственно-частном партнерстве, концессии, приватизации и др., а также для реализации прав сторон договора по определению подсудности рассмотрения споров по этим договорам проанализировать возможность передачи таких споров на рассмотрение арбитража или третейского суда».

Следует отметить, что и в настоящее время споры предпринимателей с государственными органами могут передаваться на рассмотрение арбитража. Более того, это право прямо закреплено в ряде законов.

Например, в ст. 57 Закона о государственно-частном партнерстве закреплено:

«1. Споры, связанные с исполнением и прекращением договора государственно-частного партнерства, разрешаются в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан и договором государственно-частного партнерства.

2. Если споры, связанные с исполнением и прекращением договора государственно-частного партнерства, не могут быть разрешены в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, то стороны договора государственно-частного партнерства вправе разрешить спор в соответствии с требованиями законодательства Республики Казахстан в судебном порядке, а также путем обращения в арбитраж в соответствии с Законом Республики Казахстан «Об арбитраже». В отношении проектов государственно-частного партнерства особой значимости в случае, когда частный партнер является нерезидентом Республики Казахстан, арбитраж определяется по соглашению сторон договора государственно-частного партнерства».

В п. 5 ст. 43 Закона о государственных закупках говорится:

«В случае если договор о государственных закупках предусматривает передачу возникших или могущих возникнуть споров по указанному договору на рассмотрение в арбитраж, к нему должно прилагаться письменное согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества) на заключение арбитражного соглашения.».

Согласно п. 10 ст. 8 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон 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 - 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 безотзывном 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.

Насколько нам известно, данная норма не работает на практике. За все время ее существования известен только один случай выдачи уполномоченным органом такого согласия. Наличие этой нормы фактически сделало невозможным рассмотрение арбитражем 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 – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

Мы считаем, что пункт 10 ст. 8 необходимо исключить из Закона об арбитраже, что мы пытались сделать при подготовке в 2018 году последних изменений в Закон об арбитраже.

Поэтому мы прекрасно отдаем себе отчет в том, что в настоящее время это трудно сделать. Однако надо хотя бы сделать следующее:

1) привести редакцию данного пункта в соответствие с Законом о государственном имуществе. Слова «уполномоченного органа соответствующей отрасли» заменить словами «уполномоченного органа, определяемого в соответствии с Законом Республики Казахстан «О государственном имуществе» (уполномоченный орган в отношении государственного юридического лица или юридического лица с государственным участием, или какой то иной термин, может просто уполномоченный орган по государственному имуществу)». Выбранный в скобке термин использовать по всему законопроекту.

Кроме того, в Закон о государственном имуществе нужно добавить компетенцию соответствующего органа, осуществляющего управление государственным предприятием или пакетом акций АО и ТОО с государственным участием, или в компетенцию Советов директоров АО с государственным участием, компетенцию по даче согласия на арбитражную оговорку;

2) определить уполномоченный орган 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 соответствии с Конституцией и Законом о государственном имуществе является Правительство;

3) исключить требование о прогнозируемых расходах на арбитражное разбирательство, поскольку на стадии заключения арбитражной оговорки определить сумму прогнозируемых расходов невозможно.

Практикующими юристами уже высказаны опасения относительно того, каким образом можно заранее спрогнозировать размер арбитражных расходов и каким образом требование п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже впоследствии может повлечь за собой споры о действительности согласия уполномоченного органа.

Есть несколько вариантов передачи споров на рассмотрение арбитража.

1. Предоставить право выбирать арбитраж самим сторонам. Это право есть у них и сейчас, но стороны его не используют, так как для государственных органов более выгодно решение споров в государственных судах, которые традиционно их поддерживают.

В случае, если арбитраж станет обязательным, у варианта 1 есть существенные недостатки. С вероятностью 90% можно предсказать, что госорганы создадут или выберут «карманный» арбитраж, который все дела будет решать в их пользу. Это для них будет даже лучше, чем суды, так как решение арбитража окончательное и обжалованию по существу спора не подлежит.

2. Передать рассмотрение споров конкретному арбитражу. Этот вариант имеет существенный недостаток, заключающийся в том, что с вероятностью 90% таким арбитражем станет Арбитражный центр НПП РК «Атамекен». Я даже подозреваю, что именно это является конечной целью реализации данного предложения.

3. Создать список наиболее авторитетных арбитражей (3-4 арбитража), из которых госорганы и предприниматели могли бы выбрать арбитраж для рассмотрения споров. Недостатки этого варианта заключаются в том, что:

а) трудно подобрать критерии отбора таких арбитражей (в любом случае таким критерием не может быть количество рассмотренных дел, больше всего дел было как раз у «левых» или «карманных» арбитражей);

б) госорганы могут выбрать из этого списка один арбитраж, заключить с ним договор и постараться сделать его «карманным».

4. Предложение члена Правления Арбитражной палаты Казахстана Н. Хана: создать при Арбитражной палате Казахстана (АПК) специальный арбитраж для рассмотрения споров между предпринимателями и госорганами. При всей трудности реализации в этом варианте есть определенный смысл: такой арбитраж будет находиться под контролем АПК, независимой, самостоятельной и равноудаленной от предпринимателей и госорганов организации.

**Председатель Правления
Арбитражной палаты Казахстана,
академик НАН РК**



М. Сулейменов