



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

№ 22 ағ 14, 02.2020 г.

Председателю Верховного Суда
Республики Казахстан
г-ну Асанову Ж.К.

копия: Аминовой Г.А.

Уважаемый Жакип Кажманович!

В рамках проектов по снижению конфликтности в обществе, оптимизации судебной нагрузки активизировано взаимодействие судов и арбитражей по пропаганде и развитию институтов внесудебного разрешения споров. В последние годы совместными усилиями Верховного Суда Республики Казахстан и арбитражного сообщества во главе с Арбитражной палатой Казахстана (далее – АПК) такое взаимодействие удалось наладить. Об этом, в частности, свидетельствует принятие в 2019 году Специализированной судебной коллегией Верховного Суда Республики Казахстан Обобщения судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года.

Поводом для настоящего письма послужило Обращение г-жи Аминовой Г.А. к Верховному Суду по вопросу доступа к правосудию, регулирования деятельности арбитражей и подведомственности споров (далее – Обращение), поступившее в АПК 10 февраля 2020 года.

Арбитражная палата Казахстана, внимательно ознакомившись с данным Обращением, считает необходимым сообщить, что изложенные в нем факты не соответствуют действительности. Предложенное автором Обращения толкование отдельных норм арбитражного законодательства является ошибочным, что свидетельствует о низком уровне знания автором особенностей и правовой природы арбитража как альтернативного способа разрешения гражданско-правовых споров.

1. По вопросу понятия «арбитражный суд»

Госпожа Аминова Г.А. обращает внимание на присутствие в названии арбитражей слова «суд», однако никаких противоречий или нарушений действующего законодательства здесь нет, поскольку любой арбитражный институт использует слово «суд» только в словосочетании со словом «арбитражный» или ранее «третейский».

До принятия Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) в Казахстане действовали два Закона от 28 декабря 2004 года – «О третейских судах» и «О международном коммерческом арбитраже».

Понятия «третейский суд» и «арбитражный суд» – это одно и то же, разграничение компетенции между третейским судом и международным арбитражем проводилось не между конкретными арбитражными органами (один суд – только третейский, другой – только международный арбитраж).

Указанное не противоречит и общемировой практике, поскольку третейский суд или арбитраж имеют сходные значения. Например, третейские суды есть в России и в Германии.

Понятие «арбитражный суд» применяется в международных конвенциях, например, в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 года, к которой Казахстан присоединился Указом Президента Республики Казахстан от 04 октября 1995 года № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в городе Женеве 21 апреля 1961 года».

2. По вопросу об организационно-правовой форме постоянно действующих арбитражей

Автор Обращения пишет о том, что арбитражные учреждения создаются в виде ТОО и извлекают прибыль, хотя деятельность арбитража должна отвечать только принципам законности и справедливости, что несовместимо с коммерческой деятельностью.

Вопрос о том, могут и должны ли арбитражи создаваться в предусмотренных гражданским законодательством организационно-правовых формах юридического лица или нет, должны ли они быть коммерческими или некоммерческими юридическими лицами, во всех странах решается по-разному.

Например, в Грузии в 1997 г. был принят Закон «О частном арбитраже», в соответствии с которым постоянно действующий третейский суд может существовать только в виде коммерческой организации (общество с ограниченной ответственностью, общество с солидарной ответственностью, акционерное общество и т.д.) либо как индивидуальный предприниматель. При этом такой третейский суд (в терминологии грузинского закона – арбитраж) должен быть зарегистрирован согласно нормам, установленным Законом Грузии «О предпринимателях».

Что касается Казахстана, то арбитражи согласно Гражданскому кодексу РК и Закону об арбитраже могут быть созданы как:

1) постоянно действующие: а) в виде самостоятельного юридического лица в предусмотренных Гражданским кодексом организационно-правовых формах, б) в виде структурного подразделения юридического лица, его создавшего;

2) специально образованные для рассмотрения конкретного спора (ad hoc).

Что касается использования арбитражами термина «международный коммерческий арбитраж», то это общемировая практика. Во всем мире использование слова «коммерческий» применяется для отграничения от международного арбитража, призванного разрешать публично-правовые споры.

До изменений, внесенных Законом Республики Казахстан 3 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» Закон от 28 декабря 2004 года так и назывался «О международном коммерческом арбитраже». Однако в 2013 году термин «международный коммерческий арбитраж» был заменен на термин «международный арбитраж». По своей нелепости эти изменения превосходят многие несуразности, допущенные в наших законах. Вместо того, чтобы всячески отграничивать международный коммерческий арбитраж, призванный решать частные споры, от международного публичного арбитража, призванного решать споры между государствами, наши законодатели эту разницу просто стерли. Во всем мире термин «международный арбитраж» применяется к органу, рассматривающему споры между государствами, а термин «международный коммерческий арбитраж» - к гражданско-правовым спорам. Название Закона «О международном арбитраже» вызывало непонимание и недоумение, поэтому новый Закон назвали просто Законом об арбитраже.

Категоричные утверждения автора Обобщения неосновательны, поскольку все арбитражные учреждения и в Казахстане, и за рубежом извлекают прибыль из своей деятельности. Возьмите любой арбитраж за рубежом, Лондонский, Парижский, все они выставляют достаточно солидные арбитражные сборы за свои услуги. То же самое и с Международным Арбитражным Судом при Международной Торговой Палате в Париже.

В Казахстане арбитражи также могут являться коммерческими и являются налогоплательщиками, пополняющими бюджет страны за счет уплаты налогов с доходов от арбитражной деятельности (НДС, КПП, ИПН и др.). Никакого ограничения по организационно-правовой форме юридического лица нет и быть не может.

Что касается принципов законности и справедливости, то они никак не могут пострадать, поскольку само арбитражное учреждение не выносит решения, оно лишь администрирует арбитражное разбирательство, а решения выносят независимые арбитры, избираемые самими спорящими сторонами, которые при вынесении решения и должны руководствоваться вышеуказанными принципами.

3. По вопросу об арбитражных оговорках в договорах займов с физическими лицами

Совершенно непонятно, откуда взялась статистика, которой оперирует заявительница о тысячах обращений об отмене арбитражных решений. Как справедливо было замечено, в Закон об арбитраже были внесены соответствующие изменения, касающиеся договоров займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем.

В 2017 году Казахстанским Международным Арбитражем совместно с НИИ частного права Каспийского университета по просьбе Арбитражной палаты Казахстана были подготовлены предложения по внесению изменений и дополнений в Закон об арбитраже и Гражданский процессуальный кодекс РК от 31 октября 2015 года.

Значительная часть разработанных нами предложений после обсуждения на заседаниях Общего собрания членов АПК была одобрена и включена в Закон Республики Казахстан от 21.01.2019 № 217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам усиления защиты собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки, дальнейшей гуманизации уголовного законодательства».

Согласно 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), **а также по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем**, действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Указанное дополнение было предложено членом АПК – Арбитражным центром Национальной палаты предпринимателей РК «Атамекен» в целях защиты физических лиц, являющихся заемщиками по договорам займа, которым более сильная сторона договора – займодавец навязывала заключение так называемого договора потребительского займа с арбитражной оговоркой о разрешении спора в определенном арбитраже, фактически тем самым лишая заемщика права на свободный выбор способа защиты. Применение этой нормы на практике позволит комплексно решить проблему с разрешением споров из договоров потребительского кредитования, а также в целом в борьбе с недобросовестными арбитражами за качество арбитражного разбирательства.

Таким образом, была полностью нивелирована возможность рассмотрения споров по договорам присоединения и договорам займа в арбитраже, если только стороны не заключат арбитражное соглашение непосредственно, когда спор уже возник.

Также статьей 725-1 ГК РК полностью отрегулирован механизм заключения договора займа и взыскания по нему вознаграждения неустоек, индексации.

В настоящее время если арбитраж вынес незаконное решение, не приняв во внимание положения п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже, то оно подлежит отмене в суде, по основаниям, предусмотренным ст. 52 Закона об арбитраже. Если же арбитраж вынес определение о невозможности рассмотрения дела в порядке арбитражного разбирательства, поскольку арбитражное соглашение недействительно (ничтожно), то суд обязан принять к рассмотрению спор.

По отдельным возникающим в судебной практике вопросам применения положений п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже Арбитражной палатой Казахстана 20 января 2020 года было направлено в Верховный Суд письмо за № 3.

4. По вопросу деятельности ТОО «Евразийский Экономический Арбитражный Суд»

Согласно п. 1.1. Устава Арбитражная палата Казахстана является независимой, некоммерческой организацией, представляющей собой добровольное объединение постоянно действующих арбитражей и арбитров.

Таким образом, не все функционирующие в Республике Казахстан постоянно действующие арбитражи являются членами Палаты.

Реестр членов АПК размещен на официальном сайте Арбитражной палаты <https://palata.org/registry/>.

Евразийский Экономический Арбитражный Суд членом Арбитражной палаты Казахстана не является и никогда не являлся.

5. По вопросу о ликвидации Международного арбитражного суда РК «Адилет»

В Обращении автор ссылается на ликвидацию «лже-судьи Арбитража «Адилет». Однако автор глубоко ошибается.

Дело в том, что решением СМЭС г. Алматы от 13 мая 2019 года по делу № 7527-19-00-2/3219 был принудительно ликвидирован не Арбитраж «Адилет», а Полное товарищество «Международный арбитражный суд Республики Казахстан «Адилет» (зарегистрированное 08 сентября 2018 года, БИН 180940009388, РК, 050056, г. Алматы, Бостандыкский район, пр. Аль-Фараби, здание 71/10, учредитель, первый руководитель и председатель арбитража Аскаркызы Айнур).

Международный арбитражный суд РК «Адилет» членом Арбитражной палаты никогда не являлся.

Членом Палаты является Арбитраж «Адилет» (Республика Казахстан, г. Алматы, ул. Кабанбай батыра, д. 112, тел.: +7 (701) 913 65 88; +7 (701) 938 39 24, эл.: ад.: info@adiletsud.kz; сайт: www.adiletsud.kz, Председатель – Туkenова Асия), который никакого отношения к ликвидированному арбитражу не имеет.

Деятельность псевдоарбитража совершенно справедливо прекращена по решению суда. К арбитражу и арбитражной деятельности указанный псевдоарбитраж не имеет никакого отношения.

Автор Обращения не знает, что деятельность этого псевдоарбитража была прекращена в том числе благодаря помощи Арбитражной палаты Казахстана, в полномочия которой согласно подпунктам 2) и 7-1) п. 1 ст. 12 Закона об арбитраже входят мониторинг состояния арбитражной деятельности в Республике Казахстан, а также представление экспертных заключений по отдельным вопросам законодательства Республики Казахстан об арбитраже и практике его применения, которые носят рекомендательный характер.

Председателем АПК по результатам изучения поступивших в Палату в 2018-2019 гг. жалоб адвокатов были выявлены грубейшие нарушения действующего законодательства Республики Казахстан, что послужило поводом для обращения в Генеральную прокуратуру Республики Казахстан (копию письма АПК прилагаем).

Таким образом, делать выводы о состоянии арбитражей по одной организации, не имеющей никакого отношения к арбитражной деятельности, крайне некорректно.

6. По вопросу о лицензировании арбитражей и ответственности арбитров

Вопрос об ответственности арбитров поднимался при разработке проекта Закона Республики Казахстан от 21 января 2019 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства».

По предложению Генеральной прокуратуры РК в этот законопроект были включены нормы об ответственности арбитров и постоянно действующих арбитражей следующего содержания:

«Статья 58. Ответственность

2. Вред, причиненный вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения постоянно действующим арбитражем функций по администрированию арбитража или связанных с осуществлением им обязанностей, предусмотренных регламентом, возмещается на общих основаниях, предусмотренных гражданским законодательством. Постоянно действующий арбитраж не несет гражданско-правовую ответственность перед сторонами арбитражного разбирательства за убытки, причиненные действиями ими бездействием состава арбитража.

3. Вред, причиненный незаконными действиями (бездействием) состава арбитража при осуществлении арбитражного разбирательства, кроме случаев, предусмотренных частью первой пункта 2 настоящей статьи, возмещается на общих основаниях, предусмотренных гражданским законодательством. Регламентом постоянно действующего арбитража может быть предусмотрена возможность снижения гонорара арбитра в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им своих функций».

Предложение о дополнении статьи 58 Закона об арбитраже новыми пунктами 2 и 3 вызвало массу замечаний со стороны постоянно действующих арбитражей и цивилистов, поскольку оно необоснованно, а ссылка авторов поправок в обоснование необходимости их принятия на наличие аналогичных норм в законодательстве Российской Федерации вводило в заблуждение депутатов.

Принятие предложенных поправок могло повлечь за собой крайне негативные последствия для развития арбитража в Казахстане, поскольку арбитры в массовом порядке стали бы отказываться от выполнения функций по рассмотрению споров в арбитраже под страхом необоснованного привлечения их к ответственности.

При подготовке и обсуждении на общем собрании членов Арбитражной Палаты Казахстана законопроекта вопросы о внесении изменений и дополнений в ст. 58 Закона об арбитраже также поднимались.

Однако инициатором данных изменений – председателем одного из постоянно действующих арбитражей – вопрос ставился об ограничении ответственности арбитражных институтов и арбитров. Но эти предложения не были поддержаны членами АПК, поэтому они не были включены в текст законопроекта.

Ссылка в обосновании Генеральной прокуратуры на наличие аналогичных норм в законодательстве Российской Федерации вводила в заблуждение, поскольку не соответствовала действительности.

Федеральный закон от 29 декабря 2015 года №382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» содержит по этому вопросу две статьи следующего содержания:

«Статья 50. Ответственность некоммерческой организации, при которой создано действующее арбитражное учреждение.

В случае, если правилами постоянно действующего арбитражного учреждения не устанавливается ответственность некоммерческой организации, при которой оно создано, перед сторонами арбитражного соглашения в большем размере, чем предусмотрено настоящим Федеральным законом, некоммерческая организация, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, несет гражданско-правовую ответственность перед сторонами арбитража только в виде возмещения убытков, причиненных им вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения постоянно действующим арбитражным учреждением своих функций по администрированию арбитража или связанных с осуществлением им своих обязанностей, предусмотренных правилами постоянно действующего арбитражного учреждения, при наличии умысла или грубой неосторожности. Некоммерческая организация, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, не несет гражданско-правовой ответственности перед сторонами арбитража за убытки, причиненные действиями (бездействием) арбитра.

Статья 51. Ответственность арбитра

Арбитр не несет гражданско-правовой ответственности перед сторонами арбитража, а также перед постоянно действующим арбитражным учреждением в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением функций арбитра и в связи с арбитражем, за исключением ответственности в рамках гражданского иска по уголовному делу, который может быть предъявлен к арбитру в соответствии в уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации в целях возмещения ущерба, причиненного преступлением, в совершении которого арбитр будет признан виновным в установленном законом порядке. При этом правилами постоянно действующего арбитражного учреждения может быть предусмотрена возможность снижения гонорара арбитра в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им своих функций».

Как видно из содержания данных норм, речь в них идет совершенно о другом, а именно – об установлении исключений из общих оснований ответственности по гражданскому законодательству. Предлагаемые Генеральной прокуратурой поправки, наоборот, были направлены на установление ответственности.

В итоге после многочисленных встреч и обсуждений указанные поправки удалось исключить из Законопроекта.

Не так давно в Российской Федерации была проведена излишне жесткая реформа правового регулирования деятельности арбитражей и третейских судов.

Последствия этой реформы крайне негативным образом отразились на развитии арбитражей в России. До ее начала в целом в России, по различным оценкам, их насчитывалось 1,5–3 тыс., а общее количество дел, которые рассматривались, составляло 7–8 тыс. ежегодно. В настоящее время, согласно сайту Министерства юстиции РФ, в стране действуют семь внутренних арбитражей и два иностранных¹.

После введения излишне жестких требований к созданию арбитражей и третейских судов с обязательным получением от Совета при Министерстве юстиции РФ права на администрирование арбитражных и третейских разбирательства на территории России вместо нормально функционирующих постоянно действующих арбитражей и третейских судов получили новую еще более масштабную и сложную проблему – появление многотысячной армии так называемых арбитров *ad hoc*.

¹ Подробнее см.: Третейский арбитраж переживает последствия реформы / Альтернатива. Юридические итоги года. Приложение №16 от 30.01.2020. С. 29 // <https://www.kommersant.ru/doc/4233292>

Как отмечают российские юристы «...те, кого Минюст больше всего хотел убрать с рынка, уже нашли лазейки. Если министерство не смягчит политику и не допустит больше игроков, на смену сотням ликвидированных третейских судов придут сотни отдельных арбитров, которые будут продолжать судить под старыми вывесками. То есть реформа окажется просто фикцией.

Фактически борьба Минюста с мошенниками, ради которой, по официальной версии, затевалась реформа, обернулась масштабной ликвидацией третейских судов, которую юристы уже успели окрестить «арбитрацидом». При этом еще год назад многие предсказывали уход сомнительных третейских судов за рубеж либо превращение их в суды ad hoc (не требующий лицензии арбитраж, созданный для рассмотрения конкретного спора) вне контроля Минюста. Замминистра юстиции Михаил Гальперин на вопрос «Ъ» о том, как бороться с такими дельцами, ответил, что решать проблему должны госсуды, которые могут признавать или отказывать в признании третейских решений. По мнению чиновника, мошенники должны были просто исчезнуть. Но эти радужные надежды не сбылись. Те, кто не прошел фильтр министерства, сумели выкрутиться»¹.

В связи с этим сейчас в России активно инициируется пересмотр положений федерального законодательства об арбитраже и третейских судах в сторону его смягчения.

Касательно лицензирования – предложение абсурдно, поскольку как уже было отмечено, арбитраж не выносит решения, а лишь администрирует арбитражное разбирательство, решения выносят независимые арбитры, которые ими становятся лишь на время арбитражного разбирательства. Поэтому никакого смысла в лицензировании нет.

Нельзя допустить, чтобы Казахстан перенял этот негативный российский опыт. Развитие арбитража как альтернативы государственному суду во всех странах рассматривается как положительное явление, способствующее, в частности, значительному облегчению бремени, лежащего на государственном 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.

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 государственных судов.

С надеждой на плодотворное сотрудничество,

**Председатель
Арбитражной палаты Казахстана,
академик НАН РК, д.ю.н.,
профессор**



Сулейменов М.К.

¹ Подробнее см.: https://souz-u-t-s.ru/details/novosti_syda/Sudy-AD-HOC-vyhodyat-na-pervyj-plan/