

«20» марта 2020 г.

**Директору ТОО**

**«Юридическая компания**

**«DN GROUP» г-же Ибраевой З.Д.**

**Уважаемая Зульфия Далгатовна!**

Арбитражная палата Казахстана, рассмотрев Ваш запрос, поступивший по электронной почте 18 марта 2020 года, сообщает следующее.

В соответствии с подпунктами 2) и 7-1) п. 1 ст. 12 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) в полномочия Арбитражной палаты входит 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.

В связи имеющимися в судебной практике проблемами в правильном применении положений п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже Арбитражная палата Казахстана в феврале текущего года обратилась в Верховный Суд Республики Казахстан с письмом, содержащим разъяснения в том числе по данному вопросу. С текстом письма можно ознакомиться на сайте Арбитражной палаты[[1]](#footnote-1).

**1. Относительно применения пункта 4 статьи 8 Закона об арбитраже (арбитражное соглашение по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем)**

Законом РК от 21.01.2019 г. № 217-VI «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» (далее – Закон от 21.01.2019 г.) пункт 4 статьи 8 Закона об арбитраже был изложен в следующей редакции:

«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».

Такое дополнение было направлено на защиту слабой стороны в договоре займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, и введено в действие с 3 февраля 2019 года. Согласно 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. В связи с тем, что Закон от 21.01.2019 г. не содержит оговорки об обратной силе, данные изменения распространяются только на те арбитражные соглашения, которые были заключены, начиная с 3 февраля 2019 года.

Таким образом, начиная с 3 февраля 2019 года в случае включения арбитражной оговорки в договор займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, до возникновения оснований для предъявления иска, такое арбитражное соглашение является недействительным.
Однако судебной практике известны случаи, когда суды необоснованно возвращали исковые заявления по таким спорам, ссылаясь в соответствии с подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК на наличие заключенного между сторонами арбитражного соглашения несмотря на то, что такое соглашение является недействительным.

Между тем, подпункт 7) п. 1 ст. 152 ГПК предусматривает, что 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 данном случае иное предусмотрено ст. 10 Закона об арбитраже, согласно которой 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.

Таким образом, согласно подп. 7) п. 1 ст. 152 ГПК с учетом ст. 10 Закона об арбитраже суды не должны возвращать исковые заявления при наличии следующих обстоятельств:

1) договор займа был заключен между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем;

2) арбитражная оговорка была включена в такой договор займа до возникновения оснований для предъявления иска;

3) такой договор займа, содержащий арбитражную оговору, был заключен в период с 3 февраля 2019 года;

4) истец не заявляет самостоятельного требования о недействительности арбитражного соглашения.

Последнее обстоятельство нуждается в отдельном пояснении. Дело в том, что арбитражное соглашение и договор займа являются самостоятельными гражданско-правовыми договорами (сделками).

В соответствии с 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.

Поскольку п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже прямо не предусматривает ничтожности такого арбитражного соглашения, оно является недействительной оспоримой сделкой. Поэтому в том случае, если истец оспаривает действительность арбитражного соглашения, то органом, компетентным рассматривать такой спор является не суд, а согласно предусмотренному Законом об арбитраже принципу «компетенции-компетенции» арбитраж, указанный в оспариваемом арбитражном соглашении.

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, 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 этом в силу п. 2 ст. 20 Закона об арбитраже сторона вправе заявить об отсутствии у арбитража полномочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора. Таким образом, если сторона представляет свои пояснения или возражения по существу спора, считается что тем самым, она «ввязывается в процесс», признав наличие компетенции у арбитража.

При этом следует иметь в виду, что в соответствии с п. 2 ст. 9 Закона об арбитраже арбитражное соглашение также считается заключенным в письменной форме, если оно заключается путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Таким образом, арбитражное соглашение по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, может быть заключено путем обмена иском и отзывом на иск.

В том случае, если арбитраж придет к выводу о недействительности арбитражного соглашения, он согласно подпункту 2) п. 2 ст. 49 Закона об арбитраже должен вынести определение о прекращении арбитражного разбирательства, поскольку переданный на рассмотрение в арбитраж спор не относится к его компетенции в связи с недействительностью арбитражного соглашения.

Следует обратить внимание, что изложенное в настоящем письме на арбитражные соглашения по договорам займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, заключенные до 3 февраля 2019 года, не распространяется.

**2. Относительно недействительных арбитражных оговорок**

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.

Арбитражная оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Указанная норма своими идейными истоками имеет зарубежное законодательство о третейском (арбитражном) разбирательстве, которое также формулирует процессуальные конструкции, защищающие экономически более слабые стороны. Следует отметить, что во многих странах Европейского союза споры по защите прав потребителей вообще являются не арбитрабельными именно по причине необходимости защиты слабой стороны в договоре, которой, как правило, является потребитель.

Стороны договора присоединения могут заключить арбитражное соглашение после возникновения оснований для предъявления иска и передать дело на рассмотрение выбранному арбитражу.

**3. Относительно неисполнимых арбитражных оговорок**

В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона об арбитраже спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения, под которым согласно подпункту 4) ст. 2 Закона об арбитраже понимается письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений.

В том случае, когда арбитраж, предусмотренный в оговорке, к моменту возникновения спора прекратил свое существование, такое арбитражное соглашения является неисполнимым.

В соответствии со 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.

Таким образом, когда арбитражное соглашение не может быть исполнено, спор подлежит рассмотрению судом в соответствии с ГПК.

**Председатель Правления**

**Арбитражной палаты Казахстана,**

**академик НАН РК, д.ю.н.,**

**профессор /Сулейменов М.К./**

1. <https://palata.org/pismo-v-verhovnyj-sud-respubliki-kazahstan/> [↑](#footnote-ref-1)