



Kazakhstan Chamber of Arbitration

050008, Қазақстан Республикасы, Алматы қ., Тимирязев қ., 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

№ 450т 12.08.2024г.

Уважаемая г-жа А.Омарова,

Нами получено Ваше обращение в Арбитражную Палату Казахстана, в котором Вы поднимаете вопросы, касающиеся правильного Применения арбитражной оговорки в рамках договоров государственно-частного партнерства («ГЧП»), в том числе с применением регламента Международного арбитражного центра Международного финансового центра «Астана» («МАЦ МФЦА»).

Согласно п. 1.1. Устава Арбитражная палата Казахстана – это независимая, некоммерческая организация, представляющая собой добровольное объединение постоянно действующих арбитражей и арбитров.

В соответствии с подпунктом 7-1) п. 1 ст. 12 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» (далее – «**Закон об арбитраже**») в полномочия Палаты входит представление экспертных заключений по отдельным вопросам законодательства Республики Казахстан об арбитраже и практике его применения, которые носят рекомендательный характер.

В целом Арбитражная палата Казахстана не наделена правами предоставлять официальное толкование нормативных правовых актов или устанавливать порядок их применения. Однако мы полагаем возможным высказать свое мнение по поднятым Вами вопросам, которое может совпадать или не совпадать с позицией государственных органов исполнительной или судебной ветвей власти.

Первый вопрос: Возможен ли в рамках договоров ГЧП выбор МАЦ МФЦА для арбитражного разрешения спора между государственным партнером (Республикой Казахстан) и частным партнером – резидентом

Республики Казахстан, в уставном (акционерном) капитале которого отсутствует иностранный элемент.

Согласно нормам ст. 8 Закона об арбитраже при наличии арбитражного соглашения между сторонами их спор может быть передан на рассмотрение арбитража. При этом должны быть соблюдены установленные в этой же статье ограничения по предметному признаку (ряд категорий споров не подлежит разрешению в арбитраже), по субъектному признаку (не все стороны могут быть участниками арбитражного соглашения без специального согласия), и по времени заключения арбитражного соглашения (по некоторым категориям споров арбитражное соглашение должно заключаться только после возникновения спора). Ограничений по формам арбитражного разбирательства (институциональное или *ad hoc*), или ограничений по типам арбитражных институтов законом не устанавливается.

В связи с этим в рамках Закона об арбитраже любые стороны, имеющие право на рассмотрение их спора арбитражем, вправе, при соблюдении всех необходимых условий, избрать любое казахстанское арбитражное учреждение для рассмотрения спора, в том числе и МАЦ МФЦА, с применением его регламента для разрешения спора.

Согласно п. 2 ст. 57 Закона Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 379-V «О государственно-частном партнерстве» (далее – «**Закон о ГЧП**») стороны договора государственно-частного партнерства должны разрешать свои споры в судебном порядке, а также путем обращения в арбитраж в соответствии с Законом об арбитраже; при этом часть вторая п. 2 ст. 57 Закона о ГЧП уточняет, что если частный партнер или хотя бы один из акционеров (участников) частного партнера, владеющий 25 и более процентами голосующих акций (долей участия в уставном капитале), является нерезидентом Республики Казахстан, и при условии, что спор возник по проекту государственно-частного партнерства, стоимость которого превышает четыре миллиона МРП, то стороны могут избрать для разрешения не только арбитраж в Казахстане, но и в международный арбитраж.

Таким образом, Закон о ГЧП устанавливает особые условия для применения арбитражных оговорок в договорах государственно-частного партнерства с участием нерезидентов по сравнению с общим порядком, установленным Законом об арбитраже – например, установление размера проекта в качестве условия для разрешения спора в арбитраже. Однако

поскольку эти условия касаются участия нерезидентов, а Ваш вопрос фокусируется на резидентах, мы этот аспект здесь не рассматриваем.

Второй вопрос: Необходимость получения согласия государственных органов на арбитражную оговорку, заключаемую в рамках договоров государственно-частного партнерства, учитывая, что стороной таких договоров, согласно Закону о ГЧП, является сама Республика Казахстан, а не государственные органы, государственные предприятия, или юридические лица с государственным участием.

В Вашем обращении приводится аргумент, что из толкования Закона о ГЧП, в частности, его статьи 1 следует, что государственным партнером в договорах государственно-частного партнерства является сама Республика Казахстан, а государственные органы, государственные учреждения, государственные предприятия и юридические лица с определенной долей государственного участия являются лишь ее представителями при заключении договоров.

Из этого Вы делаете вывод, что так как ст. 8 Закона об арбитраже устанавливает обязанность получения согласия на заключение арбитражного соглашения для государственных органов, государственных учреждений, государственных предприятий и юридических лиц с определенной долей государственного участия, то можно утверждать, что такое согласие требуется для тех случаев, когда эти перечисленные лица выступают сами по себе, в качестве стороны арбитражного соглашения, а не в качестве представителей государства.

По нашему мнению, более реалистичной будет иная интерпретация положений п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, согласно которой получение согласия необходимо в любом случае, когда перечисленные выше лица участвуют в заключении арбитражного соглашения, независимо от того, действуют ли они в своём собственном интересе и от своего имени, или выступают лишь в качестве представителя Республики Казахстан. Стоит отметить, что государственные органы, действуя как участники договоров и соглашений при выполнении своих основных функций, как правило, выступают от имени государства, а случаи их участия в чисто гражданско-правовых отношениях ограничены.

На данный момент отсутствует практический опыт, который бы позволил утверждать, что та или другая интерпретация является преобладающей, но можем предположить, что позиция судов в случае, если правомерность заключения арбитражного соглашения (либо проведения арбитражного

разбирательства) без получения согласия в соответствии с п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже будут оспариваться, скорее всего, будет консервативной и суды будут склоняться к интерпретации, требующей согласия на заключения арбитражного соглашения.

Полагаем необходимым также отметить, что особым аспектом данной проблемы является вопрос о том, необходимо ли получение согласия, предусмотренного п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже, в случае если стороны арбитражного соглашения изберут для разрешения спора МАЦ МФЦА.

Этот вопрос также остается спорным, и существуют два взгляда, каждый из которых имеет свое обоснование.

Так, высказывалось мнение, что отношения между государственными органами, государственными предприятиями, субъектами квазигосударственного сектора и физическими и юридическими лицами Республики Казахстан по поводу порядка разрешения споров регулируются Законом об арбитраже, и что норма пункта 10 статьи 8 Закона об арбитраже носит императивный характер. На этом основании делался вывод, что получение предусмотренного этой нормой согласия является условием действительности любого арбитражного соглашения между резидентами Республики Казахстан и государственными органами, государственными предприятиями и субъектами квазигосударственного сектора вне зависимости от того, компетенция какого арбитража устанавливается таким соглашением.

Наше мнение таково, что Закон об арбитраже в целом, включая и положения пункта 10 комментируемой статьи, а также пункта 4 статьи 9, в отношении МАЦ МФЦА не применяются.

Действующее право МФЦА состоит из Конституционного Закона Республики Казахстан от 7 декабря 2015 года «О Международном финансовом центре «Астана» (далее – **«Конституционный закон»**), актов МФЦА, и действующего права РК, применимого в части, не урегулированной Конституционным законом и актами Центра¹.

¹ Пункт 1 статьи 4 Конституционного Закона гласит:

«1. Действующее право Центра основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из:

- 1) настоящего Конституционного закона;*
- 2) не противоречащих настоящему Конституционному закону актов Центра, которые могут быть основаны на принципах, нормах и прецедентах права Англии и Уэльса и (или) стандартах ведущих мировых финансовых центров, принимаемых органами Центра в пределах предоставленных настоящим Конституционным законом полномочий;*

Вопросы арбитражного разбирательства урегулированы пунктом 2 ст. 14 Конституционного Закона, согласно которому *«Международный арбитражный центр формируется и функционирует в соответствии с постановлением Совета «О Международном арбитражном центре»»*

В соответствии с Арбитражным регламентом МФЦА, утвержденным Постановлением Совета по управлению МФЦА от 5 декабря 2017 года, *«Положения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» не распространяются на арбитражи, осуществляемые в соответствии с настоящим Регламентом»*.

Поскольку положения о применимом в рамках МФЦА праве определяют, что право Республики Казахстан применяется в той мере, в какой регулируемые им вопросы не урегулированы правом МФЦА, и поскольку имеются акты МФЦА, регулирующие вопросы арбитража, это исключает применимость положений Закона об арбитраже к арбитражным разбирательствам в МАЦ МФЦА (включая требования о получении предварительного согласия).

Тем не менее, необходимо отметить, что на данный момент не имеется достаточного количества прецедентов применения любого из вариантов толкования, в связи с чем не представляется возможным подтвердить, что та или иная точка зрения получила практическое подтверждение своей правоты.

Благодарим Вас за обращение.



М.К. Судейменов

**Председатель Правления
Арбитражной палаты Казахстана
Академик НАН РК, д.ю.н., профессор
Член Международного совета при
Верховном Суде Республики Казахстан**

3) *действующего права Республики Казахстан, которое применяется в части, не урегулированной настоящим Конституционным законом и актами Центра.»*