



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

№ 112 от 28.11.2024.

Вице – министру юстиции
Республики Казахстан
г-же Мерсалимовой Л.К.

Копия:
Генеральная прокуратура
Республики Казахстан

Уважаемая Лаура Канатовна!

В ходе совещания по обсуждению разработанных Министерством юстиции поправок в законодательство об арбитраже, состоявшегося 22 ноября 2024 г., представителями Арбитражной палаты Казахстана были высказаны предложения по проблемам применения положений п. 4 ст. 8 и ст. 10 Закона об арбитраже.

Настоящим доводим до Вашего сведения развернутое обоснование решения указанных проблем, а также повторно направляем предложения НИИ частного права Каспийского общественного университета и Казахстанского Международного Арбитража по совершенствованию Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже).

I. По вопросу решения проблем, возникающих на практике в связи с применением п. 4 ст. 8 и ст. 10 Закона об арбитраже

Как правило, все договоры с участием потребителей заключаются в виде договоров присоединения. Согласно п. 1 ст. 389 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – 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.

Поэтому проблема защиты прав потребителей решается в Законе об арбитраже следующим образом. В соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже:

«4. 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».

Ранее аналогичная норма содержалась в Законе Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года «О третейских судах» (см. п. 3 ст. 7). Однако Законом Республики Казахстан от 03 июля 2013 года № 125-В 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 пункт 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.

Внесение такого изменения являлось спорным, поскольку указанная норма имела своей целью защиту более слабой стороны в договоре, которая, заключая договор присоединения с включенной в него третейской оговоркой, была лишена возможности свободного волеизъявления. Дело в том, что на практике, как правило, одной из сторон договора присоединения всегда является потребитель – физическое лицо, которое просто присоединяется к договору, разработанному продавцом (поставщиком услуг).

В Законе Республики Казахстан о международном коммерческом арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей – физических лиц.

Арбитражная оговорка, будучи включенной в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Указанная норма своими идеальными 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.

Поэтому данная норма была восстановлена в Законе об арбитраже 2016 г. Таким образом, стороны договора присоединения могут заключить арбитражное соглашение только после возникновения оснований для предъявления иска и передать дело на рассмотрение выбранному арбитражу.

Если же 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) было заключено до возникновения оснований для предъявления иска, то такое арбитражное соглашение согласно п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже является недействительным.

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. Поскольку односторонний отказ от арбитражного соглашения не допускается, потребитель может в случае наличия такого недействительного арбитражного соглашения защитить свои нарушенные права двумя различными способами:

1. На основании ст. 20 Закона об арбитраже заявить в арбитраж требование о недействительности арбитражного соглашения;
2. На основании ст. 10 Закона об арбитраже обратиться в суд с иском по существу спора, в котором ему достаточно указать суду на недействительность арбитражного соглашения.

1. В первом случае 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 спору из договора присоединения 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.

Если же арбитраж вынесет решение о действительности арбитражного соглашения, с которым потребитель будет не согласен, то последний вправе обратиться в суд с ходатайством об отмене такого арбитражного решения. Во всем мире функции содействия и контроля в отношении арбитража возлагаются на суды, как это предусмотрено ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принятым Комиссией ООН по праву международной торговли 21 июня 1985 года, с изменениями, принятыми 7 июля 2006 г. (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ). Республика Казахстан не является в этом исключением.

Таким образом, вопрос о действительности или недействительности арбитражного соглашения будет в конечном итоге рассматриваться судом при отмене арбитражного решения или его принудительном исполнении, поскольку суд может отменить арбитражное решение или отказать в его принудительном исполнении на основании недействительности арбитражного соглашения (см. подпункт 2) п. 1 ст. 52 и подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже).

2. Во втором случае потребитель при наличии недействительного арбитражного соглашения обратиться в суд на основании ст. 10 Закона об арбитраже. Но не с иском о признании арбитражного соглашения недействительным, а с иском о разрешении спора по существу, в котором он одновременно обосновывает, что несмотря на наличие арбитражного соглашения потребитель обращается в суд, а не в арбитраж, поскольку данное арбитражное соглашение является недействительным в соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже.

В соответствии со ст. 10 Закона об арбитраже (которая называется «Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде») 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.

Несмотря на предъявление иска, указанного в части первой настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть начато или продолжено, и арбитражное решение вынесено, пока суд рассматривает вопрос о подсудности ему предмета арбитражного разбирательства.

Эта статья направлена на разграничение компетенции между судом и арбитражем – при

наличии действительного, не утратившего силу и исполнимого арбитражного соглашения суд не вправе рассматривать спор, а должен направить стороны в арбитраж.

Статья воспроизводит положения целого ряда международных соглашений в сфере международного коммерческого арбитража.

Согласно п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее – Нью-Йоркская конвенция), согласно которому Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года (далее – Европейская конвенция), в развитие правила, установленного Нью-Йоркской конвенцией, о том, что государственный суд должен отказаться от рассмотрения спора, охваченного арбитражным соглашением, и «направить стороны в арбитраж», установила, что заявление об этом должно быть подано не позднее представления отзыва на исковое заявление по существу спора.

По общему правилу, если есть арбитражная оговорка, то суд не вправе рассматривать спор. Это правило закреплено в ст. 152 «Возвращение искового заявления» и ст. 279 ГПК «Основания оставления искового заявления без рассмотрения».

Согласно п. 1 ст. 152 ГПК судья возвращает исковое заявление, если: 6) в производстве этого же или другого суда либо арбитража имеется дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям; 7) между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

В соответствии со ст. 279 ГПК суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если: 4) в производстве этого или другого суда либо арбитража имеется возбужденное ранее дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям; 5) между сторонами в соответствии с законом заключено соглашение о передаче данного спора на разрешение арбитража, если иное не предусмотрено законом.

Но в обеих статьях есть формула «если иное не предусмотрено законом», которая фактически закрепляет исключение из общего правила. Эта формула имеет очень важное значение, прежде всего, для разрешения проблемы дефектных или патологических арбитражных оговорок. Что она означает? Иное может быть предусмотрено Законом об арбитраже. Подпункт 7) п. 1 ст. 152 и подпункт 5) ст. 279 ГПК следует толковать с учетом положений ст. 10 «Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде». Судья должен вернуть исковое заявление, если между сторонами в соответствии с законом заключено арбитражное соглашение, только если такое соглашение является действительным, не утратило силу и может быть исполнено.

Если же судья найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено, то он не должен возвращать иск или оставлять его без рассмотрения. Выражение «если не найдет» означает, что определение того, является ли спор арбитрабельным, является функцией суда *ex officio* (то есть в силу служебного долга самостоятельно), также, как и выяснение наличия оснований, предусмотренных в п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения и оснований, предусмотренных в подпункте 2) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже для отказа в признании и принудительном исполнении арбитражного решения.

Статья называет три случая, когда, несмотря на наличие заключенного между сторонами арбитражного соглашения, спор не может быть рассмотрен арбитражем:

1) арбитражное соглашение недействительно (вопрос о действительности арбитражного соглашения, как и любого другого договора, должен решаться по праву, применимому к нему. Соответственно, этот вопрос должен разрешаться по праву, которому стороны подчинили соответствующее арбитражное соглашение или по праву места арбитража);

2) арбитражное соглашение утратило силу (от недействительности арбитражного соглашения следует также отличать случаи, когда арбитражное соглашение утратило силу. Наиболее распространенными частными случаями, когда арбитражное соглашение утрачивает силу, являются случаи истечения срока действия арбитражного соглашения и наступление отменительного условия. При этом в силу принципа автономности арбитражного соглашения отмена, изменение или признание недействительным основного соглашения не приводят к прекращению, изменению или признанию недействительной арбитражной оговорки);

3) арбитражное соглашение не может быть исполнено (невозможность исполнения арбитражного соглашения на практике может выражаться, например, когда в арбитражной оговорке предусмотрено постоянно действующее арбитражное учреждение, которое к моменту возникновения спора прекратило свое существование).

Таким образом, на основании ст. 10 Закона об арбитраже судья сам в силу служебного долга должен установить является ли арбитражное соглашение с потребителем действительным или нет. Если суд найдет, что такое арбитражное соглашение является в соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже недействительным, то он не должен возвращать иск потребителю, а должен рассмотреть спор по существу».

II. По вопросу о действительности арбитражного соглашения, включенного в типовой договор на туристское обслуживание

В Арбитражную палату Казахстана систематически поступают запросы с вопросом о том, является ли Типовой договор на туристское обслуживание, утвержденный Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81¹ (далее – Типовой договор), договором присоединения, так как в нем отражаются все существенные условия в стандартах и формулярах, обязательные для всех договоров такого типа?

Согласно п. 1 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.

Пунктом 1 ст. 17 Закона РК «О туристской деятельности в Республике Казахстан» предусмотрено что: «Оказание туристских услуг осуществляется на основании договора. Договор на туристское обслуживание заключается в письменной форме, за исключением договоров, заключаемых гидом и экскурсоводом, и должен соответствовать законодательству Республики Казахстан. Существенные условия договора на туристское обслуживание устанавливаются типовым договором, утвержденным Правительством Республики Казахстан».

Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81 «Об утверждении типового договора на туристское обслуживание» утвержден типовой договор на туристское обслуживание.

В то же время главой 7 типового договора предусмотрено что допускается дополнение договора на туристское обслуживание иными условиями, не противоречащими действующему законодательству Республики Казахстан.

Таким образом, законодатель допускает внесение дополнений в типовой договор и, заключая договор на туристическое обслуживание, стороны подписывают уже другой отличающийся от типового договора документ. При этом необходимо учитывать способ заключения договора: если обычный договор заключается путем обмена письмами, согласования условий договора, то условия договора присоединения вырабатываются одной стороной и определяются в стандартных формах (бланк, формуляр и т.п.). Другая сторона не

¹Зарегистрирован в Министерстве юстиции РК 1 апреля 2015 года № 10604.

может вносить в договор никаких изменений. Если она это сделает, договор перестает быть договором присоединения и превращается в обычный договор.

Также следует учитывать, что главой 6 указанного Типового договора установлено, что: «споры, вытекающие из Договора, подлежат разрешению в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан». Таким образом, в Типовом договоре предусмотрено разрешение споров в соответствии с законодательством, т.е. стороны имеют право на обращение в суд общей юрисдикции за защитой своих прав и законных интересов.

Главой 7 утвержденного типового договора установлено, что: «При заключении договора на туристское обслуживание не допускается исключение положений, предусмотренных в Типовом договоре, утвержденном приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81. Допускается дополнение договора на туристское обслуживание иными условиями, не противоречащими действующему законодательству Республики Казахстан. Все дополнения и (или) изменения к Договору составляются письменно путем заключения дополнительного соглашения, подписываются обеими Сторонами и являются неотъемлемой частью Договора».

Таким образом, исключение из типового договора на туристское обслуживание положения о порядке рассмотрения споров судом и замена данного условия на арбитражную оговорку является нарушением условий, установленных приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81 «Об утверждении типового договора на туристское обслуживание».

В соответствии с п. 1 ст. 157 ГК 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.

Согласно п. 2 ст. 157 ГК сделка признается недействительной при нарушении требований, предъявляемых к форме, содержанию и участникам сделки, а также к свободе их волеизъявления по основаниям, установленным настоящим Кодексом или иными законодательными актами.

В соответствии с п. 1 ст. 158 ГК сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства, а также сделка, совершенная с целью, заведомо противоречащей основам правопорядка, является оспоримой и может быть признана судом недействительной, если настоящим Кодексом и иными законодательными актами Республики Казахстан не установлено иное.

Статья 161 ГК предусматривает возможность признания судом недействительной не всей сделки, а только какой-либо ее незаконной части, без которой сделка сохранит свое значение для сторон. Так, недействительность части сделки не влечет за собой недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части.

Таким образом, суд на основании п. 1 ст. 158 ГК в соответствии со ст. 161 ГК по иску заинтересованного лица может признать недействительной ту часть типового договора на туристское обслуживание, которая касается порядка разрешения споров, в связи с ее несоответствием требованиям законодательства.

Кроме того, поскольку арбитражная оговорка, даже включенная в текст договора в качестве «одного из его условий», по своей правовой природе является самостоятельной гражданско-правовой сделкой, юридическая судьба которой в силу предусмотренного подп. 7) ст. 5 и п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже принципа автономности арбитражного соглашения, не зависит от юридической судьбы договора, обращаем Ваше внимание на следующее.

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), 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.

Таким образом, арбитражная оговорка, включенная в Типовой договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, может быть признана недействительной в соответствии с п. 1 ст. 158 ГК как сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства об арбитраже.

Несмотря на это, суды нередко возвращают исковые заявления со ссылкой на подп. 7) п. 1 ст. 152 и подп. 5) ст. 279 ГПК, несмотря на недействительность арбитражного соглашения, включенного в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска.

В данной ситуации существует два пути решения проблемы:

1) если истец при подаче иска на разрешение спора по существу не заявляет в суд самостоятельных требований о признании арбитражного соглашения, включенного в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, недействительным, то суд должен, применить ст. 10 Закона об арбитраже и рассмотреть спор по существу. В этом случае функция суда *ex officio* (то есть в силу служебного долга самостоятельно) заключается в том, что суд усматривает недействительность такой арбитражной оговорки;

2) если истец при подаче иска на разрешение спора по существу одновременно заявляет требование о признании арбитражного соглашения, включенного в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, недействительным, то суд должен направить стороны в арбитраж на основании ст. 20 Закона об арбитраже.

Так, 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.

В том случае, если арбитраж неверно принял решение относительно наличия своей компетенции относительно рассмотрения спора из договора на туристское обслуживание при наличии недействительной арбитражной оговорки в соответствии с п. 4 ст. 8 Закона об арбитраже суд может отказать в принудительном исполнении такого арбитражного решения (п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже) либо отменить его (подп. 2) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже).

Так, согласно п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Спор не может быть предметом арбитражного разбирательства, если, во-первых, отсутствует арбитражное соглашение, оно недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (согласно п. 1 ст. 8 Закона об арбитраже спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения), и, во-вторых, арбитраж не вправе рассматривать определенную категорию споров (п. п. 8 и 9 ст. 8 Закона об арбитраже).

Аналогичная норма предусмотрена в подп. 2) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже.

При этом судам необходимо иметь в виду, что согласно 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, заявляющая о недействительности арбитражного соглашения одновременно с этим заявляет требования по существу спора, возникшего из

договора на туристское обслуживание, который был заключен в виде договора присоединения, то такая сторона фактически признает компетенцию арбитража и в силу п. 2 ст. 9 Закона об арбитраже стороны фактически заключают арбитражное соглашение после возникновения оснований для предъявления иска путем обмена иском и отзывом на иск.

III. Касательно вопросов, возникающих из споров, разрешаемых в Казахстане, по поводу того, каким арбитражем будет рассматриваться спор.

Например, в арбитражной оговорке указано, что споры рассматриваются в Арбитраже, указан город, но не указан конкретный арбитраж, который уполномочен рассмотреть спор.

Для начала нужно убедиться, что арбитраж действительно существует, согласно ст. 12 Закона РК «Об арбитраже». Арбитражная палата Казахстана ведет Реестр постоянно действующих арбитражей, являющихся членами Арбитражной палаты, который расположен на сайте Арбитражной палаты по адресу <https://palata.org/registry/>.

Также для информации, Арбитражная палата Казахстана публикует известную ей информацию об арбитражах, не являющихся членами арбитражной палаты по ссылке <https://palata.org/arbitrazhi-ne-yavlyayushhiesya-chlenami-arbitrazhnoj-palaty-kazahstana/>.

Если название арбитража совпадает с названием юридического лица, учредившего арбитраж, то можно осуществить поиск путем запроса информации посредством Е-gov.

Как вариант: сторонам спора необходимо прийти к соглашению и заключить арбитражное соглашение на действующий арбитраж или же исключить оговорку на арбитражный суд.

Если стороны не могут прийти к соглашению, то дальнейшие действия можно разбить на группы алгоритмов:

1. В спорах между резидентами указан арбитраж, местонахождение которого неизвестно;
2. В спорах между резидентом и нерезидентом, где указан арбитраж, местонахождение которого неизвестно и ответчик не является резидентом РФ;
3. В спорах между резидентом и нерезидентом, где указан арбитраж, местонахождение которого неизвестно, но указано, что спор рассматривается в арбитражном суде и ответчик является резидентом РФ.

В первом случае в арбитражной оговорке не указан арбитраж или указан неизвестный или несуществующий арбитраж, или правила формирования арбитража ad hoc, но обе стороны спора являются резидентами РК.

Согласно подпункту 2) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если иск подан в арбитраж, не предусмотренный в арбитражном соглашении, поэтому действия арбитражей в г. Алматы считаем обоснованными.

В данном случае мы предлагаем обратиться в государственный суд, руководствуясь подпунктом 7) п. 1 ст. 152 ГПК РК, согласно которому 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.

Иное предусмотрено п. 1 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».

Во втором случае в арбитражной оговорке не указан арбитраж или правила формирования арбитража ad hoc, указано что спор разрешается в Казахстане или ответчик находится в Казахстане, одна из сторон спора является иностранным лицом, поэтому мы считаем, что в данном случае подлежит применению Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже.

В соответствии с подп. а) п. 1 ст. 1 Европейской конвенции она 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 являются участником Европейской конвенции.

Страна, резидентом которой является другая сторона спора, должна также являться участником Европейской конвенции.

21 июля 2014 года при Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» был образован Центр арбитражного и третейского разбирательства (ныне – Арбитражный центр), 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 г. сообщило о том, что «функции, изложенные ст. IV Европейской конвенции, осуществляются Арбитражным центром НПП РК».

В соответствии с п. 6 ст. IV Европейской конвенции: «Если в арбитражном соглашении не содержится указаний относительно того, каким из видов арбитража – постоянно действующим или ad hoc – должен быть решен спор между сторонами, и если стороны не пришли к соглашению по этому поводу, то истец сможет направить просьбу о решении этого вопроса в соответствии с положениями пункта 3 настоящей статьи. Председатель или Специальный комитет может либо отослать стороны к постоянному арбитражному органу, либо им предписать назначить своих арбитров в срок, указанный председателем или Специальным комитетом, и принять в этот же срок меры, необходимые для осуществления арбитражного процесса. В последнем случае применяются пункты 2, 3 и 4 настоящей статьи».

Так, согласно п. 2 ст. IV Европейской конвенции: «Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc и если в течение 30 дней с даты извещения ответчика о передаче дела в арбитраж одна из сторон не назначила своего арбитра, то, если стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении иного, арбитр этой стороны назначается, по просьбе другой стороны, председателем компетентной торговой палаты страны, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж проживает или имеет свое местонахождение не назначившая арбитра сторона. Этот пункт равным образом применяется к замещению арбитров, назначенных одной из сторон или председателем вышеуказанной торговой палаты».

В соответствии с п. 3 ст. IV Европейской конвенции: «Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc, состоящий из единоличного арбитра или из нескольких арбитров, но если в арбитражном соглашении не содержится необходимых для осуществления арбитражного процесса данных, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, то, если стороны не пришли к соглашению на этот счет и с оговоркой относительно случая, указанного в пункте 2, соответствующие меры будут приняты уже назначенными арбитром или арбитрами. Если стороны не договорились о назначении единоличного арбитра или если назначенные арбитры не могли достигнуть договоренности о мерах, которые должны быть приняты, истец должен будет обратиться с просьбой о принятии этих мер в том случае, если стороны договорились о месте арбитража, по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо к 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; если стороны о месте арбитража не договорились, то истец может обратиться по своему выбору либо к 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 к Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении

к настоящей Конвенции. Если истец не воспользовался правами, предоставленными ему настоящим пунктом, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры».

При этом согласно п. 4 ст. IV Европейской конвенции: «Председатель или Специальный комитет, к которому направлена просьба, может, в зависимости от характера просьбы:

- а) назначить единоличного арбитра, если это было согласовано сторонами, арбитра-председателя, суперарбитра или третьего арбитра;
- б) произвести замещение арбитра (или арбитров), назначенных в ином порядке, чем это предусмотрено в пункте 2 настоящей статьи;
- с) устанавливать местонахождение арбитражного суда, причем решением арбитров может быть избрано другое место арбитража;
- д) устанавливать либо непосредственно, либо путем ссылки на регламент какого-либо постоянного арбитражного органа правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если последние, за отсутствием договоренности между сторонами, сами не установили правил своей процедуры».

Таким образом, если стороны не достигнут соглашения относительно детализации условий арбитражного соглашения для разрешения возникшего между сторонами спора из Соглашения, и истцом будет являться турецкая компания, то он имеет право обратиться к Председателю Арбитражного центра НПП РК, компетентному в соответствии со ст. IV Европейской конвенции, с просьбой определить арбитраж – постоянно действующий или ad hoc – уполномоченный разрешить спор между сторонами.

В третьем случае арбитражная оговорка заключена с участием резидента РФ, но споры рассматриваются в Казахстане, а решение подлежит исполнению в РФ, например: «арбитражный суд по месту нахождения истца».

В Российской Федерации и Республике Казахстан по-разному понимается термин «Арбитражный суд». В Казахстане в отличие от России нет государственных арбитражных судов, они ликвидированы. Все суды входят в систему Верховного Суда РК. Существуют специализированные межрайонные экономические суды (СМЭС), однако они входят в общую систему судов.

В соответствии с подпунктами 2) и 3) ст. 2 Закона об арбитраже под судом понимается суд судебной системы РК, который в соответствии с гражданским процессуальным законодательством РК уполномочен рассматривать дела о спорах, возникающих из гражданско-правовых отношений по первой инстанции; а под арбитражем – арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж.

В соответствии с подпунктом 4) ст. 2 Закона об арбитраже арбитражное соглашение – это письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений.

Закон об арбитраже не предусматривает такого понятия как «Арбитражный суд». Вместе с тем некоторые постоянно действующие в Казахстане арбитражи содержат в своем наименовании слова «Арбитражный суд». Поэтому в Казахстане под «Арбитражным судом» может пониматься и коммерческий арбитраж как альтернативный судебному способ разрешения споров.

Если в соглашении не указан конкретный арбитраж, куда необходимо обратиться, при этом согласно подпункту 2) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если иск подан в арбитраж, не предусмотренный в арбитражном соглашении, поэтому существует риск, что в случае обращения в арбитраж, исковое заявление будет возвращено, а в случае вынесения арбитражного решения, оно будет подлежать отмене, т.е. если толковать данный текст как арбитражную оговорку, то она не может быть исполнена.

В Российской Федерации под термином арбитражный суд понимается государственный суд, решения арбитражей, вынесенных по подобным оговоркам, без указания конкретного арбитража, на практике в РФ не исполнимы.

На наш взгляд, в данном случае речь идет не об арбитражном соглашении, а пророгационном. Пророгационное соглашение – это соглашение о подсудности дел с участием иностранных лиц. Такое соглашение изменяет общее правило о подсудности и определяет по выбору сторон компетентный суд иностранного государства, к юрисдикции которого отнесено разрешение спора.

Если Истцом будет являться казахстанское юридическое лицо, то компетентным Арбитражным судом будет являться соответствующий СМЭС в Республике Казахстан.

В соответствии с подпунктом 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.

Иное предусмотрено п. 1 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 в данном случае необходимо обратиться в соответствующий СМЭС по месту нахождения истца.

Большое количество обращений связано с тем, что в отношении заявителя вынесено арбитражное решение без его извещения либо ему не предоставлена возможность участвовать в формировании состава арбитража.

Хотелось бы отметить, что в силу ст. ст. 464 ГПК РК ходатайство об отмене арбитражного решения подается в соответствующий суд апелляционной инстанции Республики Казахстан по месту рассмотрения спора арбитражем в течение одного месяца со дня получения решения.

Перечень оснований, по которым решение арбитража может быть отменено, изложен в ст. 52 Закона об арбитраже, среди которых имеются следующие основания:

- 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.

- 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 при отсутствии такого соглашения не соответствовали настоящему Закону.

Иными словами, в первом случае ответчик должен доказать, что он не получал извещений о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве.

Во втором случае ответчик должен доказать, что нарушена процедура формирования состава арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствует закону, регламенту или арбитражной оговорке.

Если срок на обжалование был пропущен, то одновременно с подачей ходатайства об отмене арбитражного решения необходимо будет подать заявление о восстановлении пропущенного срока.

При этом если решение арбитража к моменту его отмены будет исполнено, то в силу п. 37 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 2 ноября 2023 года № 3 «О некоторых вопросах применения судами арбитражного законодательства» и ст. 953 ГК РК необходимо будет обратиться к взыскателю с требованием о возврате необоснованно взысканной суммы, а в случае отказа обратиться в государственный суд по месту нахождения взыскателю с иском о взыскании неосновательного обогащения.

Дополнительно хотелось отметить, что ввиду объемности текстов мы включили разъяснения по наиболее часто встречающимся вопросам, ответы на другие вопросы размещены в открытом доступе на сайте Арбитражной палаты Казахстана <https://palata.org/>.

IV. Предложения НИИ частного права Каспийского университета и Казахстанского Международного Арбитража по дальнейшему совершенствованию Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже»

Закон об арбитраже «грешит» неоправданно многочисленными заимствованиями отдельных норм из ГПК, которые не только противоречат природе арбитража как альтернативного способа разрешения споров, но и наносят большой вред практике применения Закона. Отдельные институты были просто вырваны из ГПК и механически включены в Закон об арбитраже без учета особенностей арбитража, отличающих его от государственного судопроизводства.

Крайне важным с точки зрения необходимости совершенствования Закона об арбитраже является проведение сравнительного анализа его положений прежде всего с международными документами – Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, Европейской и Нью-Йоркской конвенциями.

Без такого сравнительного исследования анализ является неполным, а смысл отдельных положений Закона об арбитраже, заимствованных из этих международных документов, становится неясным и вызывает вопросы. Все встает на свои места тогда, когда есть понимание международных конвенций, принятых в сфере международного коммерческого арбитража.

При разработке Закона об арбитраже была поставлена одна из главных задач – разработать единые нормы для разрешения арбитражами споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами.

Но при этом Закон об арбитраже был буквально «нашпиован» нормами из ГПК, в то время как цель международного коммерческого арбитража заключается в максимально возможном исключении влияния национального права, в создании некоего универсального единого механизма для разрешения споров, независимо от того, в какой именно стране проводится арбитраж, в том числе с тем чтобы такое арбитражное решение впоследствии могло быть исполнено на территории всех государств – участников Нью-Йоркской конвенции.

Приведение Закона об арбитраже в соответствие с широко признанным во всем цивилизованном мире Типовым законом ЮНСИТРАЛ будет отвечать конкретным потребностям международного коммерческого арбитража и установит международный стандарт с решениями, приемлемыми для сторон из различных государств и правовых систем. Только тогда Казахстан может стать одним из привлекательных мест для арбитража с участием иностранных субъектов, поскольку арбитражное разбирательство будет связано с меньшими трудностями.

Вхождение Казахстана в число развитых стран мира невозможно без создания благоприятного инвестиционного климата, в том числе путем приведения Закона об арбитраже и отдельных норм ГПК в соответствие с положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ, Нью-Йоркской и Европейской конвенций.

В связи с этим Закон об арбитраже нуждается в совершенствовании по следующим основным направлениям.

1. Терминология Закона об арбитраже

Закрепленная в ст. 2 Закона об арбитраже терминология не соответствует основным понятиям Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, что на практике порождает трудности, связанные с путаницей из-за различного понимания термина «арбитраж».

В главе 4 «Ведение арбитражного разбирательства» говорится, например: арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (компетенции) рассматривать спор (п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже), арбитраж принимает решение, проводить ли устное слушание либо осуществлять разбирательство только на основе

документов и других материалов (п. 1 ст. 26 Закона), документы и иные материалы арбитража вручаются лицам, участвующим в деле, на языке арбитражного разбирательства (п. 4 ст. 28 Закона) и т.п.

Ясно, что в этих статьях речь должна идти не о постоянно действующем арбитраже, а о составе арбитров или единоличном арбитре.

На наш взгляд, в Законе об арбитраже можно было бы использовать следующую терминологию: а) арбитражное разбирательство, б) арбитраж как состав арбитров, в) постоянное арбитражное учреждение.

2. Уточнение полномочий Арбитражной палаты Казахстана

В соответствии с подпунктом 5) п. 1 ст. 12 Закона об арбитраже к полномочиям Арбитражной палаты Казахстана отнесено утверждение правил хранения дел в постоянно действующих арбитражах.

Однако этот подпункт противоречит п. 2 ст. 16 Закона об арбитраже, поскольку в соответствии с последним пунктом постоянно действующий арбитраж осуществляет хранение дел по рассмотренным спорам в порядке, определенном его регламентом, а не правилами, утвержденными Арбитражной палатой.

Поэтому следует исключить из полномочий АПК полномочия по утверждению правил хранения дел в постоянно действующих арбитражах.

3. Получение сторонами письменных сообщений

В соответствии с подпунктом 1) ст. 30 Закона об арбитраже «Получение сторонами письменных сообщений», если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично, по его постоянному месту жительства или почтовому адресу, когда почтовые не могут быть установлены 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.

Слова «с уведомлением о его вручении» необходимо заменить словами «или иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения, в том числе» в целях приведения этой нормы в соответствие со ст. 3 Типового Закона. Ранее действовавший Закон РК от 28 декабря 2004 года «О международном арбитраже» (подпункт 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 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 не доставки, и дальше состав арбитража мог проводить слушание с вынесением решения даже без участия ответчика, таким образом уведомленного, поскольку считалось, что сообщение было получено. Это нормальная международная практика.

По Закону об арбитраже из-за фразы «с уведомлением о его вручении» весь механизм, заложенный в норму ст. 3 Типового закона, ст. 24 ранее действовавшего Закона об арбитраже, направленный на то, чтобы можно было провести процесс без участия стороны, вообще не имеет смысла. Ведь теперь даже в том случае, когда невозможно по объективным причинам найти ответчика, нужно отправить ему документы заказным письмом с уведомлением о его

вручении. А каком вручении может идти речь, если ответчик скрывается? Высок риск отмены в последующем такого арбитражного решения.

В действующей редакции норма, заложенная в подпункт 1) ст. 30 Закона об арбитраже, позволяет недобросовестной стороне, намеренно скрывающей свое место нахождения, либо отказывающейся от получения 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).

4. Сроки подготовки дела к арбитражному разбирательству, рассмотрения и разрешения споров

Статья 35 Закона об арбитраже «Сроки подготовки дела к арбитражному разбирательству, рассмотрения и разрешения споров» заимствована из ГПК и не имеет никакого отношения к арбитражному разбирательству, имеющему иную правовую природу.

Как известно, арбитраж от государственных судов отличается, кроме всего прочего, еще и сроками. Точнее тем, что в арбитраже нет и не должно быть таких же жестких сроков, как в ГПК. Арбитраж может и очень быстро рассмотреть спор, а может и очень долго. Главное – это разобраться в деле и вынести правильное решение. Кроме того, вопрос о сроках (за исключением отдельных императивных норм, прямо предусмотренных Законом об арбитраже) всегда решается в Регламентах постоянно действующих арбитражей.

Кроме того, сроки при проведении разбирательства с участием иностранных физических и юридических лиц и без их участия могут быть различными, поскольку в случае с участием иностранных лиц, находящихся за пределами РК, сроки могут быть увеличены, например, за счет так называемого «времени почтового пробега документов» и т.п. Вопрос о сроках должен решать арбитраж либо сами стороны по соглашению между собой.

Что касается отвода арбитра, задерживающего разбирательство, то отвод ничего не даст сторонам в плане ускорения рассмотрения спора, а наоборот еще больше затянет его, поскольку после отвода нужно будет заново проводить процедуру избрания арбитра и заново проводить все слушания по делу в связи с избранием нового арбитра (ст. 19 Закона об арбитраже).

На практике по сложным делам мы вынуждены бесконечно выносить определения о продлении срока арбитражного разбирательства, чтобы не нарушить требования ст. 35 Закона об арбитраже. Необходимо исключить эту статью из Закона об арбитраже как несоответствующую природе арбитражного разбирательства.

5. Протокол заседания арбитража

Закон об арбитраже содержит ряд норм, которых нет ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже», ни в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. Это статьи 36, 37 и 38, касающиеся протокола заседания арбитража. Применение этих норм на практике вызывает ряд проблем.

При рассмотрении дел в государственных судах протокол судебного заседания имеет прежде всего значение письменного доказательства, поскольку предполагается возможность последующего обжалования судебных актов, принимаемых нижестоящими государственными судами.

Для арбитража протокол, по сути, не нужен, поскольку арбитражное решение окончательно и пересмотру по существу спора не подлежит. Кроме того, при арбитражном разбирательстве ведение либо неведение протокола не влечет никаких процессуальных последствий. А потому статьи 36, 37 и 38 необходимо исключить из Закона об арбитраже.

6. Обеспечение расходов, связанных с разрешением споров в арбитраже

Статья 43 Закона об арбитраже является крайне неудачной новеллой, поскольку все пункты этой статьи без какой бы то ни было адаптации к Закону об арбитраже были

затемствованы из главы «Арбитражные расходы» Закона Швеции об арбитраже (ст. ст. 37 – 42). В результате такой «рецепции» эта статья противоречит ст. 41 Закона об арбитраже

Разработчики Закона об арбитраже упустили из виду положения ст. 37 Закона Швеции об арбитраже, согласно которой «стороны солидарно отвечают за выплату компенсации в разумных пределах произведенной арбитрами работы и понесенных ими издержек». В этой статье, по сути, содержится разъяснение того, что именно в последующих статьях Закона Швеции об арбитраже будет относиться к арбитражным расходам в отношении арбитров. Это фактически гонорар арбитра (компенсация произведенной арбитрами работы) и расходы, понесенные арбитром в связи с арбитражным разбирательством (издержки).

Разработчики Закона об арбитраже в п. 1 ст. 43 Закона об арбитраже механически заменили используемое в ст. 38 Закона Швеции об арбитраже понятие «причитающаяся арбитрам компенсация» на используемое в ст. 41 Закона об арбитраже понятие «расходы, понесенные арбитрами в связи с разрешением споров в арбитраже», не подвергнув анализу то различное содержание, которое вкладывают в эти понятия Закон Швеции об арбитраже и Закон РК об арбитраже. На наш взгляд, статья 43 подлежит исключению из Закона об арбитраже.

7. Мировое соглашение и урегулирование спора в порядке медиации

В отличие от п. 1 ст. 46 Закона об арбитраже, аналогичные нормы ранее действовавшего Закона о международном арбитраже (п. 1 ст. 27) и Закона о третейских судах (п. 3 ст. 34) в большей степени соответствовали п. 1 ст. 30 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, предусматривающем следующее: «Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, арбитражный суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях».

Пункт 1 ст. 43 Закона об арбитраже, помимо мирового соглашения, называет медиацию как способ урегулирования спора, к которому могут прибегнуть стороны в ходе арбитражного разбирательства. Однако, как правило, к медиации стороны прибегают до начала арбитражного разбирательства, а не во время арбитража. И только в случае невозможности проведения процедуры медиации или недостижении сторонами медиативного соглашения по спорному вопросу, стороны обращаются к арбитражному разбирательству.

При разработке Закона об арбитраже п. 1 ст. 46 был дополнен указанием на медиацию по аналогии со ст. 179 ГПК, согласно п. 1 которой стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

В соответствии с п. 4 ст. 179 ГПК медиация в суде первой инстанции может быть проведена как другим, так и этим же судьей. Согласно п. 5 ст. 179 ГПК медиация в суде проводится в соответствии с Законом о медиации и с особенностями, установленными ГПК. Пункт 5 ст. 27 Закона о медиации предусматривает, что при утверждении судом соглашения об урегулировании спора, достигнутого сторонами при проведении медиации в ходе гражданского процесса, уплаченная государственная пошлина подлежит возврату плательщику в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом.

Согласно п. 4 ст. 180 ГПК исполнение соглашения об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, утвержденного судом, производится по правилам исполнения мирового соглашения, установленным ст. 178 ГПК, п. 2 которой предусматривает, что мировое соглашение, не выполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению на основании исполнительного листа, выдаваемого судом по ходатайству лица, заключившего мировое соглашение.

Обращение сторон к проведению медиации в ходе гражданского процесса, действительно, имеет смысл для сторон, поскольку они обращаются к альтернативному по отношению к суду способу урегулирования спора. При этом возможен возврат уплаченной

государственной пошлины, а соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации обеспечивается возможностью принудительного исполнения.

В соответствии с подпунктом 2) п. 3 ст. 9 Закона о медиации осуществлять деятельность медиатора на непрофессиональной основе могут судьи при проведении примирительных процедур в суде в соответствии с ГПК. При этом в соответствии со ст. 22 на платной основе за вознаграждение проводить медиацию могут только профессиональные медиаторы. Согласно п. 6 ст. 22 Закона о медиации непрофессиональным медиаторам возмещаются только расходы, понесенные ими в связи с проведением медиации, в том числе расходы на оплату проезда к месту рассмотрения спора, проживание и питание.

Для суда медиация, как и иные предусмотренные в гл. 17 ГПК примирительные процедуры, также имеет важное значение, поскольку способствует разгрузке судебной системы в целом.

Однако, при арбитражном разбирательстве обращение к медиации не столь популярно. Так, в арбитражной практике КМА не было ни одного случая, когда стороны в ходе арбитражного разбирательства прибегли бы к услугам медиатора, поскольку в этом нет практической необходимости, в отличие от медиации, проводимой в ходе гражданского процесса. Это связано с целым рядом причин:

1) арбитражное разбирательство, итак, является альтернативным способом разрешения спора, в отличие от суда;

2) как правило, медиацию должны проводить не арбитры, разрешающие спор по существу, а иные арбитры из списка Арбитров КМА, что в конечном итоге может существенно затянуть процесс рассмотрения спора;

3) при обращении к медиатору в ходе арбитражного разбирательства, в отличие от медиации в гражданском процессе, необходимо произвести оплату услуг медиатора в дополнение к уже понесенным арбитражным расходам. Расходы на арбитражное разбирательство в случае утверждения составом арбитража соглашения об урегулировании спора в порядке медиации в виде решения на согласованных условиях не будут возвращены сторонам, в отличие от возврата государственной пошлины.

Кроме того, Закон о медиации не дает точного ответа на вопрос о том, распространяется ли его сфера действия медиацию, проводимую постоянно действующими арбитражами? Мы считаем, нет.

В соответствии с п. 1 ст. 46 Закона об арбитраже урегулирование спора в ходе арбитражного разбирательства в порядке медиации невозможно в случаях, предусмотренных в ст. 1 Закона о медиации:

1) если спор затрагивает или может затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации (п. 2);

2) лиц, признанных судом недееспособными либо ограниченно дееспособными (п. 2);

3) когда одной из сторон является государственный орган (п. 3).

В отношении первых двух изъятий никаких проблем не возникает, поскольку согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы лиц, признанных в порядке, установленном законом недееспособными или ограниченно дееспособными, а в соответствии с подпунктом 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Что касается государственных органов, то при соблюдении определенных условий, они могут быть участниками арбитражного разбирательства. Но в связи с запретом, предусмотренным в п. 3 ст. 1 Закона о медиации, государственный орган, являющийся стороной арбитражного разбирательства, не может урегулировать спор в ходе арбитражного разбирательства в порядке медиации.

Таким образом, медиация как способ урегулирования спора, к которому могут прибегнуть стороны в ходе арбитражного разбирательства, должна быть исключена из ст. 46 Закона об арбитраже.

8. Пересмотр арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам

В соответствии с п. 1 ст. 51 Закона об арбитраже арбитражное решение может быть пересмотрено по заявлению одной из сторон арбитражного соглашения или иного лица, права которого затронуты по вновь открывшимся обстоятельствам, по основаниям, предусмотренным этой статьей. Указанная статья была заимствована из ГПК.

Однако во всем мире пересмотр арбитражного решения невозможен в связи с тем, что арбитражное решение является окончательным. Поэтому статью 51 следует исключить из Закона об арбитраже.

9. Основания отмены арбитражного решения

9.1 В соответствии с подпунктом 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже арбитражное решение может быть отменено судом, если сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства неподведомственности спора арбитражу.

В этой части данная норма не соответствует ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, согласно которому аналогичное основание (объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны) отнесено только к числу оснований, которые суд вправе применить по своему усмотрению.

В указанной статье такое основание для отмены арбитражного решения судом, как неподведомственность спора арбитражу, отнесено к числу оснований, подлежащих доказыванию стороной, ходатайствующей об отмене арбитражного решения, и одновременно к числу оснований для отмены арбитражного решения, которые суд применяет по своему усмотрению (подпункт 2) п. 2).

Такое дублирование оснований Закону об арбитраже досталось в «наследство» от ранее действовавшего Закона о третейских судах.

Дело в том, что Закон о третейских судах применялся только в отношении внутренних споров между резидентами РК и в значительно меньшей степени соответствовал Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Поэтому ст. 44 Закона о третейских судах, посвященная обжалованию решений третейских судов, не разделяла основания отмены на две группы, как это было сделано в Законе о международном арбитраже и как это принято в международной практике.

В соответствии с п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах решение третейского суда могло быть обжаловано лишь в случаях, если сторона либо лицо, права которых были затронуты, подавшие заявление об отмене решения третейского суда, представляют доказательства того, что:

1) решение третейского суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, а также вследствие неподведомственности спора третейскому суду (подпункт 2);

2) спор не мог быть предметом третейского разбирательства (подпункт 6).

Законом РК от 05.02.10 г. № 249-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам иммунитета государства и его собственности, совершенствования деятельности третейских судов и международного коммерческого арбитража» подпункт 6) п. 2 ст. 44 Закона о третейских судах был исключен как дублирующий подпункт 2) этого же пункта.

Однако в подпункте 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже эта ошибка была сохранена. В целях приведения этой нормы в соответствие с подпунктом а) п. 2 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, на наш взгляд, основание неподведомственности спора арбитражу должно быть исключено из перечня оснований, подлежащих доказыванию стороной, заявляющей ходатайство об отмене арбитражного решения.

9.2. Закон об арбитраже необоснованно расширяет перечень оснований для отмены и отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения. Согласно

подпункту 5) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения судом сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства о том, что 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.

Аналогичное основание предусмотрено п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже и в качестве одного из оснований для отказа судом в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения. Более того, это же основание предусмотрено подпунктом 10 п. 1 ст. 255 ГПК в качестве оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами. Причем по этим же основаниям в силу прямой ссылки, предусмотренной ст. 504 ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

Однако подобное расширение оснований противоречит положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ, ст. IX Европейской конвенции, а также Нью-Йоркской конвенции. Указанные основания должны быть исключены как Закона об арбитраже, так и из ГПК.

10. Ходатайство об отмене арбитражного решения

Пункт 2 ст. 53 Закона об арбитраже не соответствует подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, предусматривающему, что ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев с даты, когда сторона, заявляющая это ходатайство, получила арбитражное решение, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 33 – с даты вынесения арбитражным судом решения по этой просьбе.

Согласно п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня вынесения арбитражного решения по заявлению о пересмотре арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, поданному в соответствии со ст. 51 Закона об арбитраже.

В то время как, согласно подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев с даты вынесения арбитражным судом решения по просьбе об исправлении, толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения, заявленной в соответствии со ст. 33 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Смысл этой нормы Типового закона ЮНСИТРАЛ заключается в том, чтобы «приостановить» течение трехмесячного срока для подачи ходатайства об отмене полученного стороной арбитражного решения на тот период, пока арбитражный суд (состав арбитража) будет рассматривать просьбу стороны об исправлении, толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения.

С учетом того, что институт пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам в принципе чужд арбитражному разбирательству и неудачно заимствован казахстанским законодателем из ГПК, налицо явная ошибка законодателя. По смыслу подпункта 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в п. 2 ст. 53 ссылка должна быть не к ст. 51, а к ст. 50 Закона об арбитраже.

Следует отметить, что п. 3 ст. 31 ранее действовавшего Закона об арбитраже в этом вопросе полностью соответствовал подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, отсылая к ст. 30 «Исправление и толкование решения. Дополнительное решение» Закона о международном арбитраже.

Более того, п. 1 ст. 464 ГПК не соответствует п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже, поскольку ничего не говорит о сроке для подачи ходатайства об отмене арбитражного решения в случае пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.

На наш взгляд, законодателю необходимо в п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ссылку на ст. 51 заменить ссылкой на ст. 50 Закона об арбитраже, а п. 1 ст. 464 ГПК привести в соответствие с п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже.

11. Принудительное исполнение арбитражного решения

Статья 55 Закона об арбитраже в целом аналогична ст. 46 ранее действовавшего Закона о третейских судах, которая, впрочем, не предусматривала нормы, изложенной в п. 3 ст. 55 Закона об арбитраже. По своему содержанию п. 3 ст. 55 Закона об арбитраже частично дублирует п. 1 ст. 54 Закона об арбитраже, а с точки зрения юридической техники он должен быть расположен до п. 2, поскольку сначала подается заявление о принудительном исполнении арбитражного решения, а затем уже на основе выданного судом исполнительного листа осуществляется его принудительное исполнение.

**Председатель Правления Арбитражной палаты Казахстана,
председатель Казахстанского Международного Арбитража,
член Научно-консультативного совета при Конституционном Суде РК,
Член Международного совета при Верховном Суде РК,
Директор НИИ частного права Каспийского университета,
академик НАН РК, д.ю.н., профессор**



Сулейменов М.К.

(Исполнитель: Дуйсенова А.Е., моб. + 7 777 261 10 56)