



Доклад Д.А. Братусь, партнера юридической фирмы «LEX ANALITIK», на семинаре Арбитражного центра Атамекен «Правовые основы организации и деятельности арбитража», 24.02.2017.

## **ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Добрый день, уважаемые дамы и господа!

Благодарю Арбитражный центр Национальной Палаты Предпринимателей «Атамекен» и лично его исполнительного директора Аскара Куралбаевича Калдыбаева за честь выступить с докладом на этом семинаре.

Сегодняшняя наша встреча посвящена базовым положениям арбитража. Моя задача: осветить аспекты этого института альтернативного урегулирования споров по казахстанскому законодательству, не касаясь нюансов международного арбитражного права.

С другой стороны, арбитраж по своей юридической природе – наднациональный институт. Основы его организации и деятельности закреплены в авторитетнейших международных конвенциях, давно являющихся частью казахстанской юридической системы. Это, прежде всего, Нью-Йоркская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10.06.1958 г. (Нью-Йоркская конвенция)<sup>1</sup>, подписанная в Женеве Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21.04.1961 г. (Европейская конвенция)<sup>2</sup> и Вашингтонская Конвенция об урегулировании споров в области инвестиций между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18.07.1965 г. (Вашингтонская конвенция)<sup>3</sup>.

Наш специальный нормативный правовой акт – Закон от 08.04.2016 г. «Об арбитраже» – лишь развивает, унифицирует применительно к местному правопорядку давно известные мировому сообществу установления по арбитражу и связанные с ними процедуры.

### **1. Базовые условия организации и деятельности арбитража**

#### **1.1. Допустимость и конституционность арбитражного разбирательства**

История казахстанского арбитража интересна, уникальна и поучительна. Она подробно описана в работах наших мэтров – проф. Басина Ю.Г. и проф. Сулейменова М.К. Повторение известного описания – малопродуктивное занятие. Остановлюсь на знаковых и актуальных моментах.

Арбитраж в Казахстане начинался с Типового положения о третейском суде, утвержденного постановлением Кабинета Министров РК от 04.05.1993 г. № 356, и с Арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате РК (прообраз нынешней Национальной палаты предпринимателей) – негосударственной структуры, традиционно консолидирующей предпринимателей, местных и иностранных.

С 1994 г. в ГК закреплена концептуально неизменная, но технически усовершенствованная с принятием Закона «Об арбитраже» норма (п. 1 ст. 9) о защите субъективных гражданских прав «судом, арбитражем». Перечисленные в ней способы защиты

<sup>1</sup> Указ Президента РК от 04.10.1995 г. о присоединении к ней.

<sup>2</sup> Указ Президента РК от 04.10.1995 г. о присоединении к ней.

<sup>3</sup> Ратифицирована Законом РК от 09.07.2004 г.

прав и законных интересов и другие меры, «предусмотренные законодательными актами», равным образом подведомственны суду и арбитражу. Это базовое установление, системно и логически связанное с другим фундаментальным постулатом ГК (п. 1 ст. 8): «граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им правами, в том числе правом на их защиту».

Стороны гражданского правоотношения свободны выбирать, кто будет рассматривать спор – суд или арбитраж. Такой выбор вытекает из естественного права сторон, подтвержденного:

во-первых, основополагающей гарантией п. 1 ст. 13 Конституции о возможности защиты «всеми не противоречащими закону способами», в том числе путем обращения в арбитраж;

во-вторых, прямо прописанным в Основном Законе запретом на ограничение естественных прав. Пункт 3 ст. 39 Конституции гласит: «Ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные...» и в числе прочих положений раздела II Конституции называет её тринадцатую статью.

## **1.2. Законность арбитражного разбирательства**

### **А) Общие положения**

При *действительном, действующем и исполнимом* арбитражном соглашении (арбитражной оговорке, третьей записи), дело не может быть рассмотрено судом.

В данном случае иск, предъявленный в суд, подлежит оставлению без рассмотрения *по общему правилу* (пп. 7 ч. 1 ст. 152, пп. 5 ст. 279 ГПК, п. 3 ст. 8 Закона «Об арбитраже»). При этом суд должен распорядиться о возврате истцу государственной пошлины (ч. 1 ст. 290 ГПК). Шанс успешно обжаловать в частном порядке (ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 280, ст. 429 ГПК) подобное определение практически нулевой. Апелляционный вердикт по частной жалобе будет окончательным.

Однако, норма гражданского процесса о возврате иска по делу, подлежащему рассмотрению в арбитраже, все же является диспозитивной: иск возвращается, «если иное не предусмотрено законом». Что означает это изъятие из общего правила пп. 5 ст. 279 ГПК? Оно тем более представляется странным, поскольку речь, повторю, идет о естественном праве выбора альтернативного способа урегулирования спора. Какие тут могут быть исключения? Разумное и, думается, справедливое, надежно апробированное в международной арбитражной практике объяснение имеется. Подпункт 5 ст. 279 ГПК должен пониматься в нормативном единстве со ст. 10 Закона «Об арбитраже».

*Дерогационный эффект* арбитражного соглашения (исключение арбитражных споров из юрисдикции судов) нивелируется при совпадении следующих условий процессуального и материального свойства. Суд определением об оставлении иска без рассмотрения отказывает в рассмотрении арбитражного по сути спора, если:

- 1) об этом просит любая из сторон;
- 2) такая просьба состоялась не позднее первого заявления по существу спора;
- 3) не найдет арбитражное соглашение: (а) недействительным, (б) утратившим силу или (в) неисполнимым.

### **Б) Процессуальные условия законности арбитражного разбирательства**

Первые два критерия – сугубо процедурные. Для суда они не являются императивными, не сковывают широкие возможности судейского усмотрения и поэтому, как правило, не комментируются в специальной литературе. Независимо от факта и момента заявления заинтересованной стороной просьбы о направлении дела в арбитраж, суд изучает арбитражное соглашение на предмет недействительности, действия в данный момент времени и исполнимости.

Процедурные условия сковывают не суд, а ту сторону, которая вовлекается в

классическое судебное разбирательство в первой инстанции (раздел 2 ГПК), но не желает участвовать в нем, имея в виду компетенцию арбитража. Обоснование отказа от разбирательства дела в суде должно быть заявлено *незамедлительно* («не позднее представления своего первого заявления по существу спора») и, обращаю внимание, только *стороной* – истцом или ответчиком (пп. 7 ст. 2 Закона «Об арбитраже», абз. 1 ч. 1 ст. 47 ГПК).

Поскольку ГПК обязывает истца заблаговременно направить копию иска ответчику (пп. 1 ч. 1 ст. 149 ГПК), предполагается, что у последнего будет время заявить о неподсудности до принятия иска к производству и возбуждения по нему гражданского дела. Такое заявление приемлемо и по возбужденному гражданскому делу, но не позднее стадии предварительного разбирательства.

Принципиально значимы три материально-правовых аспекта: суд направляет стороны в арбитраж, «если не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено» (ст. 10 Закона «Об арбитраже»). Эта норма воспроизводит п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции.

Исследование данной триады – действительность, действие, исполнимость арбитражного соглашения – в одинаковой степени важно как для суда при определении подведомственности спора, так и для арбитража при исследовании арбитрабельности дела.

Арбитраж в силу принципа независимости, автономности (пп. 3 ст. 5, ст. 7 Закона «Об арбитраже») и права самостоятельно решать вопрос о своей компетенции (п. 1 ст. 20 Закона «Об арбитраже», п. 3 ст. 5 Европейской конвенции, ст. 41 Вашингтонской конвенции), как бы крамольно это ни звучало, не связан преюдициальным значением определения суда об оставлении иска без рассмотрения. Речь в данном случае не идет о нарушении принципа обязательности судебного акта (п. 3 ст. 76 Конституции, ч. 4 п. 3 ст. 1 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», ч. 1 ст. 21, ч. 2 ст. 76, ч. 6 ст. 240 ГПК) или каком-либо изъятии из него. Имеется в виду система особого, альтернативного разрешения споров, которая имплементирована нашим законодателем путем присоединения к комплексу международных конвенций, порождающих для государства соответствующие международные обязательства.

Если арбитраж приходит к выводу об отсутствии у него полномочий (компетенции) рассматривать спор по существу, иск в любом случае (невзирая на ранее вынесенное определение об оставлении иска без рассмотрения) рассматривается уполномоченным судом.

## **В) Недействительность арбитражного соглашения**

Вопрос о *недействительности* или действительности арбитражного соглашения (ст. 8 – ст. 10 Закона «Об арбитраже», пп. «а» п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции, п. 2 ст. 6 Европейской конвенции) охватывает, по моему мнению, все относящиеся к нему юридические аспекты, включая такие, как:

- форма арбитражного соглашения;
- надлежащий состав сторон;
- должные полномочия представителей сторон;
- соблюдение процедуры и оснований при заключении арбитражного соглашения в порядке цессии;
- надлежащий предмет арбитражного соглашения.

Этим вопросам должно уделяться самое пристальное внимание при заключении соглашения, его рассмотрении судом на предмет действительности / недействительности и оценке арбитрабельности спора.

Арбитражу подведомственны имущественные и связанные с ними споры в области гражданского права. Например, требование о взыскании денежной компенсации за ущерб, причиненный деловой репутации, – личное неимущественное, связанное с имущественным, – охватывается компетенцией арбитража. А споры по поводу права на имя, фирменное наименование, неприкосновенности изображения и т.п. неарбитрабельны (п. 9 ст. 8 Закона «Об арбитраже»).

Трудовые споры неподведомственны арбитражу – для них предусмотрен особый порядок досудебного альтернативного урегулирования.

Споры, связанные с возмещением имущественного вреда, причиненного преступлением арбитрабельны.

Хоть и с допустимыми изъятиями, но по прежнему строго оговаривается возможность участия в арбитраже субъектов публично-правовых отношений. Споры между естественными монополиями и потребителями (по профильным вопросам, пример спортклуба «КТС» в Актау), по делам о реабилитации и банкротстве компетенцией арбитража также не охватываются, без изъятий (п. 8 ст. 8 Закона «Об арбитраже»).

Предусмотренный Законом (п. 8 ст. 8) запрет участия в арбитраже государственных органов и субъектов *квазигосударственного сектора* (компании, доля участия / пакет акций которых в размере от 50 % и выше принадлежит государству) преодолим при предоставлении «уполномоченным органом соответствующей отрасли» (видимо, имеется в виду центральный исполнительный орган) или местным исполнительным органом согласия на участие в арбитраже (п. 10 ст. 8 Закона «Об арбитраже»).

Пп. 31 п. 1 ст. 3 Бюджетного кодекса РК: «субъекты квазигосударственного сектора – государственные предприятия, товарищества с ограниченной ответственностью, акционерные общества, в том числе национальные управляющие холдинги, национальные холдинги, национальные компании, учредителем, участником или акционером которых является государство, а также дочерние, зависимые и иные юридические лица, являющиеся аффилированными с ними в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан».

Споры, связанные с защитой прав и законных интересов социально уязвимых лиц (несовершеннолетние, недееспособные, ограниченно дееспособные), арбитражу не подведомственны.

Устанавливая нарушение указанных выше условий суд, по сути, делает вывод о *ничтожности* (наиболее подходящий английский термин «null and void» в официальном английском тексте Нью-Йоркской конвенции) арбитражного соглашения, каким бы спорным ни представлялось данное понятие в отечественной доктрине гражданского права. Ведь отдельный процесс о недействительности сделки по общему правилу никем не иницируется. Учитывая автономность арбитражного соглашения отдельный иск о его недействительности не имеет смысла. У суда в этой части какая-либо процессуальная инициатива тоже отсутствует.

Лексическое толкование позволяет специалистам сделать следующий вывод: «Авторы Конвенции хотели в данном случае воспользоваться концепцией ничтожности...»<sup>4</sup>.

Пример: арбитраж по иску не стороны, но участника инвестиционного контракта с арбитражной оговоркой. При исполнении инвест. контракта участник выступал представителем одной из сторон, а затем заявил от своего имени иск к другой стороне, не исполнившей денежное обязательство. До оставления арбитражем иска без рассмотрения он был отозван истцом с утратой части уплаченного арбитражного сбора.

### **Г) Утрата силы арбитражного соглашения**

«*Утрата силы*» (п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции, ст. 10 Закона «Об арбитраже») означает прекращение действия ранее действительного, законного арбитражного соглашения.

В этой связи привлекает внимание технически и по общему смыслу некорректная норма Закона «Об арбитраже» о возможности отказа от арбитражного соглашения «до возникновения спора» (п. 5 ст. 9): «Стороны имеют право до возникновения спора в одностороннем порядке в

<sup>4</sup> Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2008. – С. 101.

соответствии со статьей 404 Гражданского кодекса Республики Казахстан отказаться от арбитражного соглашения, уведомив об этом вторую сторону в разумные сроки»<sup>5</sup>.

«Свобода договора, но не свобода от договора», - говорил проф. Басин Ю.Г.

Суд и арбитраж на этапе подготовки дела должны уточнять возник ли арбитражный спор в принципе и дату, с которой этот спор надлежит считать «возникшим». На мой взгляд, предъявление претензии еще не свидетельствует о возникновении арбитражного спора. Право на отказ от соглашения однозначно погашается предъявлением арбитражного иска.

Кроме того, конечно, должно быть проверено как соблюдение процедуры отказа от арбитражного соглашения (п. 3 ст. 401, ст. 404 ГК) – формальный аспект, так и, например, добросовестность действий лица, отказывающегося от арбитражного соглашения (п. 3 – п. 5 ст. 8 ГК) – содержательный аспект. В целях блокирования попыток злоупотребления правом на отказ такую процедуру необходимо тщательно прописывать в арбитражных соглашениях и оговорках. В случае злоупотребления правом, в т.ч. правом на отказ от договора, суд (арбитраж) «может отказать лицу в защите принадлежащего ему права» (п. 5 ст. 8 ГК РК). Авторы комментария к аналогичной норме ГК РФ (п. 2 ст. 10) обоснованно утверждают: «представляется крайне спорным отождествление отказа в защите права и отказа в иске»<sup>6</sup>, на этом основании делается вывод о всеобщем значении данной санкции, сводящемся не только к резолюции суда (арбитража) по иску, но и означающей реакцию суда на любое злоупотребление правом. В нашем случае одной из форм такой реакции суда (арбитража) может быть отказ ответчику по арбитражному иску в признании арбитражного соглашения прекратившим свое действие.

Конкретные обстоятельства дела, конечно, должны учитываться.

#### **Д) Неисполнимость арбитражного соглашения**

Под «неисполнимостью» арбитражного соглашения в ст. 10 Закона «Об арбитраже» и п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции понимаются паталогические арбитражные оговорки:

- отсылающие, например, к несуществующему суду;
- не позволяющие составить точное представление о предмете арбитражного разбирательства;
- не позволяющие идентифицировать стороны арбитражного процесса.

В нашей практике «классическим» примером паталогической арбитражной оговорки является упоминание в той или иной вариации некоего «Арбитражного суда...» («...города Алматы», «...города Астаны», «...в месте нахождения истца» или «...в месте нахождения ответчика» и т.д.).

При наличии такой паталогической оговорки спор, тем не менее, передается в суд не автоматически, а после исчерпания средств, предусмотренных п. 5 – п. 6 ст. 4 Европейской конвенции и п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции, если эти средства применимы.

<sup>5</sup> Доклад был написан до внесения изменений в Закон «Об арбитраже» об исключении указанной нормы.

<sup>6</sup> Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. П.В. Крашенинникова. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Статут, 2012. – С. 55.