
ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ
В ИСПОЛНЕНИЕ
ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ
РЕШЕНИЙ В РОССИИ
И СТРАНАХ БЫВШЕГО СССР



КАЗАХСТАН¹

ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Республика Казахстан (далее – РК или Казахстан) присоединилась к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года) на основании указа Президента РК от 4 октября 1995 года № 2485. Аналогичным указом Президента того же дня за № 2482 Казахстан присоединился к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года) (далее – Европейская конвенция). Грамоты о присоединении были депонированы Казахстаном у Генерального Секретаря ООН 20 ноября 1995 года. Соответственно, 18 февраля 1996 года в Казахстане обе конвенции были введены в действие².

Статус присоединения Казахстана к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям и их положение в иерархии нормативных правовых актов является предметом незавершенной и сложной в конституционно-правовом смысле дискуссии среди юристов. Дело в том, что в период присоединения Казахстана к данным конвенциям в Республике отсутствовал высший представительный орган: досрочное прекращение конституционных полномочий Верховного Совета XII созыва в результате самороспуска³ и роспуск Верховного совета XIII созыва⁴ оставили Казахстан без действующего парламента на период с марта 1995 года по январь 1996 года.

В указанный период Президент РК имел право издавать два вида нормативных правовых актов:

¹ Авторы – В. Ж. Шайкенов и А. Т. Идаятова. Авторы выражают благодарность доценту Каспийского университета (г. Алматы, Казахстан) Арману Шайкенову за помощь в подготовке настоящей статьи.

² Статус текстов Нью-Йоркской конвенции. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Статус текстов Европейской конвенции. URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en.

³ Малиновский В. А. Рожденная в противостоянии // Юрист. – 2005. – № 8. URL: <https://journal.zakon.kz/203580-rozhdennaja-v-protivostojanii.html>.

⁴ В соответствии с постановлением Конституционного суда РК от 6 марта 1995 года «О нелегитимности Верховного Совета РК, избранного 7 марта 1994 года».

- указы, имеющие силу закона (среди прочего с целью ратификации и денонсации международных договоров) – на основании Закона от 10 декабря 1993 года № 2576-ХІІ «О временном делегировании Президенту РК и главам местных администраций дополнительных полномочий»; и
- указы, не имеющие силы закона и, соответственно, не приравненные к актам высшего представительного органа.

Некоторые казахстанские юристы высказывали мнение о том, что указы Президента о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям следует толковать как указы, имеющие силу закона, поскольку Президент якобы не мог присоединить Казахстан к международному договору иначе как на основе своих полномочий действовать вместо высшего представительного органа. Нам этот вывод представляется ошибочным, поскольку Президент в силу пункта 11 статьи 44 Конституции РК 1995 года, а также подпункта а) пункта 2 статьи 7 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года⁵ имел полномочия представлять государство в международных отношениях и заключать от имени Республики международные договоры в своем статусе главы государства, а не только как субъект, временно осуществляющий функции высшего представительного органа. Поэтому, издав указ, не имеющий силы закона, Президент, очевидно, реализовал свое полномочие главы государства – высшего должностного лица, но не высшего представительного органа⁶.

Наш вывод согласуется с позицией Конституционного Совета РК, который в своем нормативном постановлении от 18 мая 2006 года № 2 «Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции» постановил:

«2. ...В этой связи международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятыми высшим представительным органом

⁵ К Венской конвенции Казахстан присоединился на основании постановления Верховного Совета РК от 31 марта 1993 года № 2059-ХІІ.

⁶ Данное мнение авторы настоящей статьи также высказывали в статье: Шайкенов В. Ж., Идаятова А. Т. Проблема выбора применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению права с точки зрения казахстанского законодательства // Вестник института законодательства Республики Казахстан. – 2017. – № 1 (46). – С. 124. URL: http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/upload-files/na_sayt_vestnik_no146-1017.pdf.

Республики, осуществляющим законодательные функции (Верховным Советом, Парламентом Республики Казахстан) и указами Президента Республики Казахстан, имеющими силу закона, приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам.

3. *Нератифицированные международные договоры Республики Казахстан приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики. В случае коллизии между ними стороны договоров имеют возможность в соответствии с Законом Республики Казахстан от 30 мая 2005 года № 54-III “О международных договорах Республики Казахстан”, а также нормами международного права разрешать ее путем согласительных процедур и принятия иных мер по преодолению коллизии».*

Данный вывод имеет практические последствия: хотя Нью-Йоркская и Европейская конвенции и являются частью казахстанского законодательства, поскольку они не были ратифицированы высшим представительным органом, они не имеют приоритета перед казахстанскими законами (пункт 3 статьи 4 Конституции РК)⁷. Вывод о том, что Нью-Йоркская и Европейская конвенции не были ратифицированы и поэтому не имеет

⁷ 10 июля 2008 года Конституционный Совет РК в своем нормативном постановлении № 1 постановил, что «акты Республики Казахстан о ратификации международных договоров и акты Республики Казахстан о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе и правовым последствиям». Поскольку указ Президента РК от 4 октября 1995 года № 2485 постановляет «Республике Казахстан присоединиться к Конвенции...», кто-то может возразить, что в данном случае имеет место явное противоречие между формой (наименованием) и содержанием акта Президента (указывающим на присоединение к Конвенции), причем противоречие должно быть разрешено в пользу содержания, то есть присоединения к данному международному договору. В поддержку данного вывода наши оппоненты могут сослаться на имевшую место практику ратификации присоединения к ряду других международных договоров указами Президента, которые в своих наименованиях не содержат слов «имеющий силу закона» (например, указами от 15 сентября 1995 года № 2461 «О ратификации Соглашения “О Таможенном союзе”», от 1 ноября 1995 года № 2591 «О ратификации Соглашения между Правительством Республики Казахстан и Правительством Кыргызской Республики о свободной торговле» и др.). Хотя мы специально не анализировали соответствующие акты о «ратификации», мы полагаем, что они потенциально могут быть расценены либо как порочные, либо как покрываемые полномочиями Президента в качестве представителя исполнительной ветви власти. В последнем случае эти акты по своей

приоритета перед законами РК, разделяется некоторыми другими авторами⁸. Поскольку действующие Гражданский процессуальный кодекс РК от 31 октября 2015⁹ (ГПК) (введенный в действие 1 января 2016 года) и Закон РК «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года (далее – Закон «Об арбитраже»), введенный в действие 19 апреля 2016 года, предусматривают более широкий перечень оснований для отказа в признании и исполнении арбитражных решений по сравнению с Нью-Йоркской и Европейской конвенциями, вопрос о том, имеют ли конвенции преимущественную перед указанными законодательными актами силу, приобретает особую актуальность.

Тем не менее на сегодняшний день нам не известны случаи в судебной практике, когда суд отказал бы в признании или исполнении иностранного арбитражного решения со ссылкой на отсутствие ратификации Нью-Йоркской или Европейской¹⁰ конвенции.

юридической силе могут быть включены в действующее законодательство, но не иметь преимущественной силы перед законами Республики.

⁸ См., например, Arman Shaikenov. Arbitration Law in Kazakhstan. International Aspects // Forbes Казахстан. Март 2017. URL: https://forbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_kazakhstan_international_aspects/; Тлеулина Л. С. Признание и исполнение решений коммерческих арбитражей и иностранных судов в Казахстане // Legal Insight. – 2015. – № 6 (42). – С. 31; Patricia Nacimiento, Mukhit Yeleuov. Kazakhstan: Overview of Investment Treaty Programme // *Global Arbitration Review*. Сентябрь 2016. URL: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1004667/kazakhstan>.

⁹ Хотя в комментарии к ГПК РК, подготовленном под общей редакцией Председателя Верховного суда РК К. А. Мами, Б. А. Жуламанов применительно к статье 255 ГПК отмечает, что «указанные основания для отказа полностью соответствуют статье V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, ратифицированной Казахстаном Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2485», мы не находим подтверждения ни первому, ни второму утверждению: основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений в ГПК РК не полностью совпадают с основаниями, предусмотренными в статье V Конвенции; обоснования факта ратификации Конвенции автор не приводит. (Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан. Астана: Библиотека Верховного суда Республики Казахстан, 2016. С. 466.)

¹⁰ Что касается сферы применения Европейской конвенции, примечательно решение казахстанского суда в деле «Симан Франсе» против ОАО «Холдинговая Компания «Сибирский цемент»», в котором апелляционная судебная коллегия Мангистауского областного суда под председательством судьи Тимохиной О. В. своим определением от 8 мая 2012 года ограничила применение Европейской конвенции исключительно спорами, возникающими при осуществлении операций по внешней торговле. При этом понятие внешней торговли судья Тимохина

Казахстан не сделал каких-либо оговорок при присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям.

Судебная практика

Сильно затрудненный с технической точки зрения поиск в базе данных судебных актов делает невозможным полноценный и всеобъемлющий анализ казахстанской судебной практики по конкретным вопросам и категориям споров. Кроме того, единообразие в толковании и применении судами норм права казахстанскими судами зачастую не соблюдается.

В 2019 году Верховным судом РК впервые было опубликовано Обобщение судебной практики о признании и исполнении арбитражных решений – была обобщена практика за 2016, 2017 и первый квартал 2018 года (далее – Обобщение)¹¹. При всей полезности проведенной работы Обобщение тем не менее недостаточно информативно по следующим причинам.

Во-первых, как указано в самом Обобщении, *«в системах ЕАИС и АИС ТӨРЕЛІК¹² учет сведений о рассмотрении материалов о признании и исполнении указанных решений ведется в единой строке: “о выдаче исполнительного листа по решениям арбитража”*. В свою очередь, это не обеспечивает возможность проведения раздельного анализа данных материалов и достоверность статистических сведений. В этой связи имеется необходимость внесения изменений в систему статистического учета АИС ТӨРЕЛІК с раздельным отражением сведений о признании и исполнении решений иностранных арбитражей, внутренних арбитражей и иностранных судов».

Во-вторых, Обобщение ограничивается комментированием судебных актов, вскрывающим куда меньшие проблемы, чем те, которые на самом деле имеются. В настоящей статье мы постарались по возможности компенсировать этот недостаток анализом наиболее проблемных судебных решений, не охваченных Обобщением.

О. В. применительно к Европейской конвенции определила через Закон РК «О регулировании внешней торговли» как торговую деятельность, «связанную с вывозом из Республики Казахстан и (или) ввозом товаров в Республику Казахстан».

¹¹ Бюллетень Верховного суда Республики Казахстан № 3/2019, с. 69. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/byulleteni-za-2019-god>.

¹² Единая автоматизированная информационная система Верховного суда РК.

Приведенные в настоящей статье судебные акты в некоторых случаях были вынесены в период действия ныне утративших силу Законов РК «О международном арбитраже» и «О третейских судах» от 28 декабря 2004 года. Тем не менее, поскольку соответствующие судебные акты касаются толкования норм и правил, содержащихся и в нынешнем Законе «Об арбитраже», мы полагаем, что их анализ представляет интерес, учитывая, что схожие проблемы могут возникнуть при применении действующего закона.

Анализируемое законодательство об арбитраже

С момента введения в действие Закона «Об арбитраже» 19 января 2016 года в него вносились поправки дважды: 10 марта 2017 года была исключена норма об одностороннем отказе от арбитражного соглашения (пункт 5 статьи 9)¹³ и 3 февраля 2019 года одновременно были введены в действие поправки в двадцать четыре статьи Закона¹⁴. Некоторые поправки 2019 года оказались существенными, другие – уточняющими; остальные в буквальном смысле заключались в переносе текстов норм из одной части Закона в другую¹⁵. Закон от 21 января 2019 года также внес поправки в статью 255 ГПК РК по вопросам, касающимся признания и исполнения арбитражных решений. В данной статье мы остановимся только на самых важных изменениях Закона и ГПК.

Поскольку некоторые из ранее действовавших норм нам представляются потенциально существенными для будущей практики по спорам из ранее возникших отношений, мы посчитали

¹³ Поправка была внесена Законом РК от 27 февраля 2017 года № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» (введена в действие 10 марта 2017 года).

¹⁴ Поправки были внесены в соответствии с Законом от 21 января 2019 года № 217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» (далее – Закон от 21 января 2019 года) (введены в действие 3 февраля 2019 года).

¹⁵ Например, содержание второго абзаца пункта 2 статьи 21 перенесено в пункт 2-1 той же статьи; содержание пункта 1 статьи 25 перенесли в пункт 1 статьи 26, а первоначальный текст последнего вынесли в дополнительно созданный пункт 5 статьи 26; текст пункта 2 статьи 25 перенесли в дополнительно созданный пункт статьи 24 и т.д.

необходимым их прокомментировать параллельно с регулированием, действующим на момент подготовки настоящей статьи.

Качество юридической техники законодательства об арбитраже

Вопросы арбитража, в том числе признания и приведения в исполнение арбитражных решений, в Казахстане главным образом регулируются Законом «Об арбитраже» и ГПК. Юридическая техника отдельных положений Закона «Об арбитраже» и норм ГПК, касающихся арбитражных решений, оставляет желать лучшего: многие положения, если их толковать в соответствии с буквальным значением их словесного выражения, либо сводят на нет идею арбитража, либо идут вразрез не только с общепризнанными в международной практике стандартами арбитража, но и со здравым смыслом. Ситуация значительно осложняется скудностью доступной судебной практики. Положение, надо признать, несколько улучшилось с принятием поправок в указанные законодательные акты в феврале 2019 года, но эти поправки, однако, породили новые теоретические и практические вопросы; некоторые из них поставлены ниже.

В настоящей статье мы предлагаем читателю наше видение наиболее разумного, на наш взгляд, толкования казахстанского законодательства об арбитраже, отдельно указывая на некоторые его противоречия и связанные с этим практические риски.

Природа арбитражного соглашения и практические последствия ее квалификации

Определение природы арбитражного соглашения имеет важные последствия, основным из которых является возможность применения норм гражданского права к форме, порядку заключения, признанию недействительным, перемене лиц в обязательстве и другим аспектам арбитражного соглашения. Природа арбитражного соглашения также имеет важное значение для возможности установления применимого к нему права через нормы международного частного права, содержащиеся в особенной части ГК РК.

Ни казахстанское законодательство, ни судебная практика не дают однозначного ответа на вопрос о том, какова природа арбитражного соглашения. Так, например, Закон «Об арбитраже»

определяет арбитражное соглашение как *«письменное соглашение сторон о передаче на рассмотрение в арбитраж спора, который возник или может возникнуть из гражданско-правовых отношений»* (пункт 4 статьи 2). Законодательство не поясняет, однако, является ли такое соглашение гражданско-правовой или процессуальной сделкой.

Если арбитражное соглашение будет квалифицировано как процессуальная сделка, это создаст большие сложности толкования и правоприменения, поскольку в казахстанском праве институт процессуальных сделок не разработан.

Единственная норма в Законе «Об арбитраже», прямо отсылающая к Гражданскому кодексу¹⁶ в части регулирования арбитражного соглашения и тем самым намекающая на позицию законодателя относительно договорной природы арбитражного соглашения, содержалась в пункте 5 статьи 9 Закона и действовала с 19 апреля 2016 года по 10 марта 2017 года. Данная норма предусматривала возможность одностороннего отказа от арбитражного соглашения до момента возникновения спора. Хотя эта норма была отменена и прекратила свое действие 11 марта 2017 года, она содержалась в первоначальной версии Закона, что указывает на то, что, вероятно, законодатель с самого начала относился к арбитражному соглашению как к виду гражданско-правового договора.

В действительности же для определения природы арбитражного соглашения одного только законодательного указания может оказаться недостаточно. Как справедливо отмечал профессор О. С. Иоффе, при формировании отраслей законодательства классифицирующий критерий избирает законодатель (жилищное законодательство, гражданское законодательство, морское законодательство и т.п.), а при законодательном закреплении права все зависит от объективной природы правовых отраслей, и, стало быть, нельзя включить уголовно-правовую норму в гражданское право, а гражданско-правовую норму – в административное право и т.п.¹⁷

Развивая мысль О. С. Иоффе, можно утверждать, что для определения правовой природы арбитражного соглашения необходимо

¹⁶ Гражданский кодекс РК (Общая часть), принятый Верховным Советом РК 27 декабря 1994 года.

¹⁷ Иоффе О. С. Право частное и право публичное / Иоффе О. С. // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / под ред. А. Г. Диденко. – Вып. 20. – Алматы, 2004. – С. 22.

прежде установить содержание всего комплекса отношений, возникающих в результате его заключения. Рассмотрение этого предмета, однако, не входит в цели настоящей статьи. Как и в большинстве развитых правовых порядков, природа арбитражного соглашения должна быть выявлена судебной практикой и доктриной.

В свою очередь казахстанская судебная практика свидетельствует о позитивистском подходе судов к правоприменению, одной из характерных черт которого является отношение к отраслевому делению права как довольно абстрактной и малоприменимой в практическом смысле условности¹⁸.

Форма арбитражного соглашения

Закон «Об арбитраже» требует соблюдения письменной формы арбитражного соглашения. Он не воспринял в полном объеме рекомендованные формулировки Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в редакции 2006 года. В частности, Закон не содержит рекомендованной нормы о том,

¹⁸ Отдельно следует отметить, что зачастую казахстанские судьи до сих пор плохо понимают природу коммерческого арбитража даже на самом базовом уровне. Так, например, в деле *Winpeg Finance Limited (Кипр) против ТОО «Финтрансойл»* определением от 1 июня 2016 года Специализированный межрайонный экономический суд (далее – СМЭС) г. Алматы признал и выдал исполнительный лист на принудительное исполнение решения арбитража Швейцарских торговых палат Торговой палаты Цюриха на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 года и (!) Соглашения о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств – участников Содружества (Москва, 6 марта 1998 года) (далее – Московское соглашение). Очевидно, что Московское соглашение было неприменимо, поскольку оно регулирует исключительно взаимное исполнение иностранных судебных актов, но не решений арбитражных трибуналов (не говоря уже о том, что даже если бы речь шла об исполнении судебного решения, вынесенного швейцарским судом, Московское соглашение все равно бы не применялось). Аналогичные ошибки до сих пор допускаются даже на уровне высшей судебной инстанции. Так, например, в своем постановлении от 11 июля 2017 года судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РК по делу ПАО «Фармстандарт» против АО «Интерфарма-К» об исполнении решения Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Российской Федерации, оценивая доказательства о вступлении арбитражного решения в силу и устанавливая срок для его добровольного исполнения, применило статью 53 Минской конвенции «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» от 31 марта 1993 года, которая регулирует порядок исполнения решений государственных судов стран – участниц конвенции, но не касается решений коммерческих арбитражей.

что «*арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если его содержание зафиксировано в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств*».

Закон «Об арбитраже» (собственно, как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ) не отвечает на вопрос о последствиях несоблюдения требований, предъявляемых к форме арбитражного соглашения. Отнесение арбитражного соглашения к гражданско-правовой сделке решило бы этот (и некоторые другие вопросы) путем применения последствий, описанных в Гражданском кодексе. Мы сами склонны толковать арбитражное соглашение как сделку¹⁹, но казахстанская судебная практика по-прежнему не дает окончательной квалификации арбитражного соглашения и, соответственно, не описывает последствия несоблюдения письменной его формы. По общему правилу несоблюдение письменной формы не влечет недействительности сделки, но лишает стороны права в случае спора подтверждать ее совершение, содержание или исполнение свидетельскими показаниями. Стороны, однако, вправе подтверждать совершение, содержание или исполнение сделки письменными или иными, кроме свидетельских показаний, доказательствами (пункт 1 статьи 153 Гражданского кодекса). Насколько экстраполяция данного правила возможна на арбитражные соглашения, судебной практике предстоит установить.

Закон «Об арбитраже» считает письменную форму арбитражного соглашения соблюденной при наличии арбитражной оговорки в документе, подписанном сторонами, либо при обмене письмами, телеграммами, телефонограммами, факсами, электронными документами или иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявления (пункт 1 статьи 9). Учитывая, что казахстанская судебная практика довольно ограничительно подходит к толкованию электронных документов, отсутствие в Законе более широкого определения понятий «электронное сообщение» или «сообщение данных» (как, например, в Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 23 ноября 2005

¹⁹ Данное мнение разделяют некоторые другие казахстанские авторы. См., например, Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже. URL: <http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i- nedostatki-novogo-zakona.html>.

года), к которой Казахстан не присоединился) создает риски, связанные с потенциальной невозможностью отнесения к надлежащим способам оформления арбитражных соглашений обмена информацией посредством SMS, мессенджеров, электронной почты и других электронных каналов связи.

Закон «Об арбитраже» допускает возможность заключения арбитражного соглашения путем отсылки в договоре к документу, содержащему условие о передаче спора на разрешение арбитража, при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает арбитражное соглашение частью договора (пункт 3 статьи 9)²⁰.

²⁰ В деле АО «НГСК КазСтройСервис» против ТОО «Пундж Ллойд Казахстан» (по заключенности арбитражной оговорки) истец обратился в СМЭС Атырауской области с заявлением о признании незаключенным одного из пунктов договора субподряда, содержащего арбитражную оговорку, предусматривавшую рассмотрение спора в г. Лондоне по Регламенту Лондонского международного арбитражного суда. Основной довод АО «НГСК КазСтройСервис» состоял в том, что заключение арбитражного соглашения путем отсылки к арбитражной оговорке в договоре генерального подряда не может рассматриваться как заключение арбитражного соглашения в надлежащей форме. Суд первой инстанции согласился с данным доводом истца и удовлетворил его иск в полном объеме, признав арбитражную оговорку незаключенной в своем решении от 18 октября 2012 года. В обоснование своего решения суд указал, что отсылка к тексту другого договора не может рассматриваться для сторон «как договор о передаче дела на разрешение третейского или международного коммерческого арбитража, так как он заключен между Заказчиком и Генеральным подрядчиком, устанавливающий права и обязанности только для этих сторон». СМЭС Атырауской области далее указал, что поскольку договор субподряда является самостоятельным гражданско-правовым договором, «условия о договорной подсудности в нем должны быть четко отображены в виде конкретного соглашения». По мнению указанного суда, письменная форма арбитражного соглашения может выражаться только путем включения арбитражной оговорки в текст самого договора (в данном случае договора субподряда) либо в виде отдельного документа, подписанного обеими сторонами. Решение суда первой инстанции оставлено в силе апелляционным судом (постановление от 12 декабря 2012 года) и кассационной инстанцией (постановление от 30 января 2013 года). Однако Верховный суд РК своим постановлением от 17 апреля 2013 года отменил решения нижестоящих судов и признал арбитражную оговорку заключенной.

В описанном деле примечательны три момента.

Выбор места арбитража. Местом арбитража был выбран г. Лондон, что в развитых правовых системах, в том числе Англии, обычно означает выбор английского права, применимого к арбитражному соглашению. Это, в свою очередь, могло означать, что вопросы формы и заключенности арбитражного соглашения должны были оцениваться с точки зрения английского, а не казахстанского права. Однако суды не рассматривали данный вопрос под предложенным углом зрения и оценивали заключенность арбитражной оговорки исключительно с точки зрения казахстанского права.

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 (пункт 2 статьи 9 Закона).

Содержание арбитражного соглашения. Действие пункта 4 статьи 9 Закона «Об арбитраже» во времени в связи с поправками, введенными Законом от 21 января 2019 года

В период с 19 января 2016 года по 2 февраля 2019 года пунктом 4 статьи 9 Закона «Об арбитраже» предъявлялись, на наш взгляд, двусмысленные требования к содержанию арбитражного соглашения. Хотя все требования к содержанию, кроме указания на согласие уполномоченного органа, были упразднены Законом от 21 января 2019 года, их анализ сохраняет актуальность для ранее заключенных арбитражных соглашений. В частности, если исходить из гражданско-правовой природы арбитражного соглашения и, соответственно, руководствоваться правилом статьи 383 ГК РК о соотношении договора и изменений в законодательстве²¹, то арбитражные соглашения, заключенные с 19 янва-

Требование к форме арбитражной оговорки. В действовавшем на момент заключения арбитражной оговорки Законе «О третейских судах» от 28 декабря 2004 года содержалась норма о том, что «ссылка в договоре на документ, содержащий условие о передаче спора на разрешение третейского суда, является третейским соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме, и данная ссылка такова, что делает третейское соглашение частью договора» (пункт 2 статьи 10). На наш взгляд, даже если исходить из применимости к форме арбитражного соглашения казахстанского права, приведенная норма Закона «О третейских судах» вполне могла быть применена к спорному отношению либо напрямую, либо по аналогии закона, чего сделано не было.

Выход за пределы заявленных требований. Верховный суд в своем постановлении от 17 апреля 2013 года, признав арбитражную оговорку заключенной и отменив судебные акты нижестоящих инстанций, в то же время сделал вывод, который впоследствии сыграл ключевую роль в признании этой же арбитражной оговорки недействительной. Хотя данный вопрос выходил за предмет исковых требований, Верховный суд отметил, что поскольку «обе стороны... являются резидентами Республики Казахстан..., споры между этими юридическими лицами не подлежат передаче на разрешение международного коммерческого арбитража, в частности, Лондонского Международного арбитражного суда (LCIA)».

²¹ Пункт 2 статьи 383 ГК РК гласит: «Если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора

ря 2016 года по 2 февраля 2019 года, следует оценивать с точки зрения требований, предъявлявшихся в указанный период.

Согласно редакции Закона «Об арбитраже», действовавшей до 3 февраля 2019 года, арбитражное соглашение должно было содержать:

- 1) намерение сторон о передаче спора в арбитраж;
- 2) указание предмета, который подлежит рассмотрению арбитражем;
- 3) указание конкретного арбитража.

Проанализируем каждое из установленных требований.

Намерение сторон о передаче спора в арбитраж, очевидно, должно подтверждаться фактом наличия самой арбитражной оговорки. Значительно большие сложности толкования вызывают другие требования к содержанию арбитражного соглашения.

Предмет арбитражного разбирательства. Совершенно невозможно на этапе заключения арбитражного соглашения прогнозировать все многообразие возможных предметов арбитражного разбирательства (за исключением случаев, когда такое соглашение заключается уже после возникновения спора). Если под предметом арбитражного разбирательства понимать любые разногласия из договора, то такое самое широкое понимание предмета потенциального разбирательства представляется нам само собой разумеющимся и не требующим специального упоминания в Законе. Тем не менее, несмотря на избыточность такого требования, предложенное толкование анализируемой нормы нам кажется наиболее разумным, поскольку иное толкование ставило бы под угрозу существование арбитража как такового, ибо всякая арбитражная оговорка, не описывающая конкретный предмет будущего арбитражного разбирательства, оказывалась бы под угрозой признания недействительной.

Указание конкретного арбитража. Если данное требование толковать самым широким образом, то оно представляется разумным. Сторонам надлежит выбрать правила, по которым они желают вести арбитражное разбирательство, и решить, нужда-

сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров».

ются ли они в услугах арбитражного института для целей администрирования арбитражной процедуры (institutional arbitration) или желают администрировать спор собственными усилиями (*ad hoc arbitration*). Видимо, из такого широкого толкования исходят авторы, которые считают, что требование об указании конкретного арбитража было необходимым²².

Однако более строгий взгляд на текст Закона указывает на его внутреннюю противоречивость. Дело в том, что под термином «арбитраж» Закон понимает *«арбитраж, образованный специально для рассмотрения конкретного спора, или постоянно действующий арбитраж»*, смешивая таким образом понятие арбитражного трибунала, рассматривающего спор, с понятием арбитражного института, администрирующего арбитражную процедуру и не являющегося субъектом рассмотрения спора.

Таким образом, при буквальном толковании нормы получается, что Закон требует указать в арбитражной оговорке либо конкретный состав арбитров, либо арбитражный институт, которому будет передано администрирование спора. Такое буквальное толкование текста Закона представляется неразумным по следующим основаниям.

Во-первых, выбор арбитров на этапе заключения арбитражного соглашения зачастую принципиально невозможен (например, хотя бы уже потому, что заранее невозможно предугадать, будет ли у соответствующего арбитра конфликт интересов на момент возникновения конкретного спора, о сути которого стороны не могут знать заранее), не говоря уже о том, что такой подход не согласуется с международной практикой арбитража и может нарушать интересы самих сторон договора.

Во-вторых, выбор арбитражного института не должен являться условием действительности арбитражного соглашения, поскольку стороны могут пожелать рассматривать свой спор без помощи администрирующего института или ограничить его роль назначением арбитров. В этом случае сторонам достаточно было бы выбрать арбитражный регламент, по правилам которого они хотят провести разбирательство.

В-третьих, даже если стороны не выбрали место арбитража, арбитражный институт или арбитражный регламент для прове-

²² Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Указ соч.

дения разбирательства, при определенных условиях может быть задействован механизм Европейской конвенции, позволяющий стороне обратиться в Специальный комитет при Европейской экономической комиссии или к председателю компетентной торговой палаты по месту страны ответчика²³ для содействия в выполнении пробела арбитражного соглашения.

Согласие компетентного органа на заключение арбитражного соглашения

Закон также – полагаем, по недоразумению – включает в перечень требований к содержанию арбитражного соглашения (а не его заключению) получение согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа на заключение с физическим или юридическим лицом арбитражного соглашения:

- 1) государственными органами;
- 2) государственными предприятиями;
- 3) юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству.

Согласно пункту 10 статьи 8 Закона «Об арбитраже» указанные субъекты, намеревающиеся заключить арбитражное соглашение, должны направить в уполномоченный орган соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местный исполнительный орган (в отношении коммунального имущества) запрос о даче согласия на заключение такого соглашения с указанием прогнозируемых сумм расходов на арбитражное разбирательство. Практические сложности, вызванные необходимостью прогнозировать расходы на арбитраж, отмечались в литературе²⁴.

²³ 11 сентября 2014 года Казахстан уведомил Генерального секретаря ООН о том, что функции, возложенные статьей 4 Европейской конвенции на председателей компетентных торговых палат, будет выполнять Арбитражный центр Национальной палаты предпринимателей РК. URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en.

²⁴ См., например, Тукулов Б. А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: внимание некоторым проблемным моментам. 27 мая 2016 года. URL: <https://www.zakon.kz/4795629-novyj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html>.

Представляет интерес природа установленного требования в отношении каждой из перечисленных категорий субъектов (госорганы, госпредприятия и частные юридические лица с прямым или косвенным участием государства).

Государственные органы. Согласно Гражданскому кодексу, государственные органы не являются самостоятельными субъектами гражданско-правовых отношений: они вступают в них либо от имени РК, либо от имени административно-территориальных единиц (статья 111). Соответственно, логичным представляется толкование, согласно которому полномочия по заключению арбитражного соглашения и принятию решения о его заключении от имени Республики или ее административно-территориальной единицы распределены между разными органами²⁵.

Государственные предприятия обладают ограниченной правосубъектностью. Так, например, государственные предприятия ограничены обладать правом собственности на имущество, что можно считать явным поражением дееспособности данного субъекта. Мы полагаем, что и необходимость получения согласия уполномоченного органа на заключение арбитражного соглашения также покрывается правосубъектностью государственного предприятия. Этот вывод имеет важное значение, поскольку он означает, что применимость данного требования определяется статутом юридического лица и с точки зрения международного частного права зависит от места его создания. Это, в свою очередь, означает, что выбор иностранного права в качестве применимого к арбитражному соглашению, стороной которого является казахстанское госпредприятие, не отменяет требования о получении согласия уполномоченного органа. Если бы данное требование было отнесено к форме арбитражного соглашения, то его можно было бы легко обойти, применив к арбитражному соглашению иностранное право.

Юридические лица с прямым или косвенным участием государства в размере, равном или превышающем пятьдесят процентов, также должны получать согласие уполномоченного органа на заключение арбитражного соглашения. Мы полагаем, что и данный случай является примером ограничения дееспособности юридического лица и покрывается его статутом. Соответственно, выбор

²⁵ Arman Shaikenov. Arbitration Law in Kazakhstan. General Overview // Forbes Казахстан. Июнь 2017. URL: https://forbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_kazakhstan_general_overview/.

иностранного права в качестве применимого к арбитражному соглашению или разбирательству не отменяет применимость данного требования к порядку заключения арбитражных соглашений так называемыми квазигосударственными организациями.

Односторонний отказ от арбитражного соглашения и действие нормы об одностороннем отказе во времени

В период с 19 апреля 2016 года по 10 марта 2017 года в пункте 5 статьи 9 Закона «Об арбитраже» содержалась следующая весьма экзотическая норма:

«Стороны имеют право до возникновения спора в одностороннем порядке в соответствии со статьей 404 Гражданского кодекса Республики Казахстан отказаться от арбитражного соглашения, уведомив об этом вторую сторону в разумные сроки.»

Хотя эта норма была отменена и прекратила свое действие 11 марта 2017 года²⁶, в период ее действия многие контрагенты предпринимали попытки выхода из арбитражных соглашений путем направления уведомлений об одностороннем отказе. Соответственно, встал вопрос о применимости этой нормы к арбитражным соглашениям, заключенным до введения ее в действие, то есть до 19 апреля 2016 года.

Если исходить из гражданско-правовой природы арбитражного соглашения, то нам представляется, что должна применяться статья 4 ГК РК, которая гласит, что *«акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие. Юридическая сила акта гражданского законодательства на отношения, возникшие до введения его в действие, распространяется в случаях, когда это прямо им предусмотрено»*. Поскольку Закон «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года не имеет обратной силы, он не должен применяться к отношениям из одностороннего отказа от арбитражной оговорки. Поэтому, на наш взгляд, нет правовых оснований для отказа от арбитражных оговорок, заключенных до введения в действие Закона «Об арбитраже».

²⁶ Норма была упразднена Законом РК от 27 февраля 2017 года № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности».

Кто-то может возразить, что уведомление об отказе от оговорки было направлено после вступления Закона «Об арбитраже» в силу – следовательно, к этим отношениям должен применяться именно этот Закон. Такое утверждение было бы ошибочным, поскольку права и обязанности по арбитражной оговорке суть содержание регулируемого отношения. На это, в частности, указывает статья 383 ГК РК, пункт 2 которой гласит, что *«если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров»*. Поскольку право на односторонний отказ является императивным правилом, применимым к арбитражным соглашениям, становится ясным, что отношение по одностороннему отказу возникли из договора, который должен регулироваться законодательством, действовавшим на момент его заключения²⁷.

Односторонний отказ от оговорок, подчиненных иностранному праву

Отдельно встает вопрос о применимости нормы об одностороннем отказе к арбитражным соглашениям, подчиненным иностранному праву. Мы полагаем, что указанная норма может применяться только к арбитражным соглашениям, подчиненным казахстанскому праву, поскольку она регулирует отношения, вытекающие из арбитражного соглашения.

Однако судебная практика показывает, что суды допускают принципиальную возможность применения нормы об одностороннем отказе к иностранным арбитражным оговоркам. Так, в арбитражном соглашении по делу № 7199-17-00-2а/371 «ТОО «Қамқор Локомотив» против ТОО «Alstom Kazakhstan»» стороны выбрали Правила примирения и арбитража Международной торговой палаты и Женеву в качестве места проведения арбитража. В определении по данному делу казахстанский суд не стал выяснять, право какой страны должно регулировать арбитражное со-

²⁷ К аналогичному выводу, пусть и без детального обоснования, приходит суд города Астаны в своем определении от 1 февраля 2017 года по делу № 7199-17-00-2а/371 «ТОО «Қамқор Локомотив» против ТОО «Alstom Kazakhstan»».

глашение, а сразу перешел к вопросу о действии казахстанского Закона «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года во времени. Хотя суд и не применил данный Закон к арбитражному соглашению, в качестве единственного основания неприменимости Закона был указан факт заключения арбитражного соглашения до введения Закона в действие. Сказанное означает, что, если бы арбитражное соглашение было заключено в период действия Закона «Об арбитраже», суд бы мог признать односторонний отказ от данного соглашения действительным несмотря на то, что местом арбитража была выбрана Швейцария. Мы полагаем, что суду надлежало в первую очередь выяснить, правопорядок какой страны регулировал арбитражное соглашение.

Субъект рассмотрения спора об отказе от арбитражной оговорки

Рассмотрим следующую ситуацию. Сторона А решила воспользоваться правом одностороннего отказа от арбитражной оговорки, в определенный период предоставлявшимся Законом «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года, направив уведомление об этом стороне Б. Сторона Б ответила на уведомление, что спор уже возник и отказ от арбитражной оговорки на этом основании, по ее мнению, невозможен. Сторона А подает заявление в государственный суд о признании арбитражной оговорки прекращенной.

Вопрос заключается в том, должен ли суд принять к рассмотрению данный спор о прекращении арбитражной оговорки или ему следует отправить стороны в арбитраж для разрешения спора.

Ответ на этот вопрос содержится в пункте 1 статьи 20 Закона «Об арбитраже», который гласит, что *«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»*. Исходя из данной нормы всякий вопрос о наличии у арбитражного трибунала компетенции должен, на наш взгляд, рассматриваться самим трибуналом. Спор о действительности арбитражной оговорки является частным случаем спора о наличии компетенции у трибунала. В рассматриваемой ситуации вопрос о наличии у трибунала компетенции возник в связи со спором о прекращении арбитражной

оговорки в результате одностороннего отказа от нее. Поэтому, по нашему мнению, именно арбитражный трибунал, а не суд, обладает компетенцией для разрешения данного спора.

Нормы, применимые к существу спора. Природа отношений, регулируемых нормами статьи 44 Закона «Об арбитраже». Действие указанных норм по времени с учетом поправок по Закону от 21 января 2019 года

Закон «Об арбитраже» пытается регулировать не только отношения, вытекающие из арбитражного соглашения и арбитражного разбирательства, но и отношения по существу спора. В период с 19 января 2016 года по 2 февраля 2019 года Закон, в частности, императивно устанавливал, что при рассмотрении *споров* между следующими категориями субъектов должно применяться законодательство РК:

- 1) споров между физическими и (или) юридическими лицами РК;
- 2) споров, одной из сторон которых являются:
 - а) государственные органы;
 - б) государственные предприятия;
 - в) юридические лица, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству (пункт 1 статьи 44).

Исключения могут быть установлены ратифицированными международными договорами.

С 3 февраля 2019 года только первая категория споров, то есть споров между казахстанскими резидентами, согласно Закону, подлежит разрешению в соответствии с казахстанским законодательством.

Являются ли нормы статьи 44 Закона коллизионными? Следует ли данные ограничения толковать как неарбитрабельность споров, вытекающих из договоров, подчиненных иностранному праву, с участием указанных субъектов? Означают ли эти ограничения, что в описанном случае спор должен быть передан на рассмотрение казахстанского суда, даже если стороны заключили арбитражное соглашение? Следует ли данную норму толко-

вать как общий запрет указанным субъектам в отношениях друг с другом выбирать иностранное право? В ожидании ответа судебной практики на поставленные вопросы мы предложим собственное толкование.

Из содержания пункта 1 статьи 44 Закона следует, что законодатель явно не желает, чтобы указанные стороны рассматривали споры в арбитраже по иностранному праву. Само по себе это желание весьма трудно объяснить с рациональной точки зрения. Вряд ли можно предположить, что казахстанский суд имеет больше возможностей лучше разобраться в нормах иностранного права по сравнению с арбитражным трибуналом, квалифицированным в применимом праве (каковой может быть легко сформирован). Какие другие мотивы мог преследовать законодатель, нам неизвестно.

Но воля законодателя выражена в Законе и необходимо найти ей наиболее оптимальное толкование²⁸. Закон не запрещает выбирать иностранное право, но устанавливает, что при рассмотрении споров между указанными субъектами «...применяется законодательство Республики Казахстан». Невозможно, конечно, понудить арбитражный трибунал применять казахстанское право в ситуациях, где он считает применимым иное право, ибо это противоречило бы природе арбитража. Поэтому в ситуациях, где

²⁸ Нам представляется крайне спорной точка зрения, согласно которой обсуждаемая норма пункта 1 статьи 44 Закона «Об арбитраже» в редакции, действовавшей до 3 февраля 2019 года, вовсе не подлежала применению в силу противоречия пункта 1 статьи 1112 ГК РК – см. Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Изменения в законодательстве Республики Казахстан об арбитраже. URL: <https://www.zakon.kz/4957274-izmeneniya-v-zakonodatelstve-respubliki.html>.

Авторы указанной статьи исходят из того, что по буквальному смыслу Закона в старой редакции стороны вольны были выбрать иностранное право, но Закон вынуждал арбитражный трибунал не уважать этого выбора. И, руководствуясь таким толкованием нормы Закона, приходят к выводу, что норма противоречила пункту 1 статьи 1112 ГК РК и потому не подлежала применению. Но с таким дословным толкованием нормы трудно согласиться, поскольку оно означало бы полную бессмыслицу: не может законодатель разрешать сторонам выбор иностранного права и одновременно запрещать арбитражному трибуналу уважать волю сторон. Это бы в первую очередь противоречило правилу толкования законодательства (статья 6 ГК РК), требующему при возможности различного понимания слов, применяемых в тексте законодательных норм, отдавать предпочтение пониманию, отвечающему основным принципам гражданского законодательства, изложенным в статье 2 ГК РК. В частности, такое толкование противоречило бы условию о необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав: здесь дословное прочтение нормы означало бы, что препятствие чинится самим законодателем.

стороны не выбрали применимое право, следует, видимо, понимать, что арбитражный трибунал вправе, руководствуясь коллизионным регулированием, определить право, по которому спор подлежит разрешению. При этом, даже если трибунал посчитает в качестве применимого иностранное право, такое решение трибунала не должно толковаться как противоречащее требованию абзаца 2 пункта 1 статьи 44 Закона и не должно, по нашему мнению, ставить под угрозу действительность арбитражной оговорки или исполнимость арбитражного решения.

Что касается ситуации, когда указанные в абзаце 2 пункта 1 статьи 44 Закона стороны сделали эксплицитный выбор иностранного права, скорее всего, есть высокий риск признания такой оговорки недействительной и передачи спора на рассмотрение суда. Мы не считаем такой подход к регулированию гражданско-правовых отношений сколько-нибудь разумным, но полагаем, что такое толкование потенциально возможно с учетом выраженной воли законодателя²⁹.

Более глубокий анализ открывает и другие возможные толкования данной нормы. В частности, данная норма может не иметь коллизионной природы, то есть не быть направленной на разрешение спора о выборе применимого к договору права, а быть условием признания в Казахстане арбитражного решения, вынесенного на основании арбитражного соглашения с описанным субъектным составом. И действительно, весьма странно действие коллизионной нормы в зависимости от способа разрешения спора. Если признать, что обсуждаемая норма по своей природе не является коллизионной, это будет означать, что арбитражу, рассматривающему спор между двумя казахстанскими резидентами, будет необязательно руководствоваться этой нормой при решении вопроса о действительности выбранного сторонами права (например, если два резидента выберут право, отличное от казахстанского), принимая при этом (и возлагая на стороны) риск отказа в признании такого арбитражного решения в Казахстане.

Оставляя данный вопрос для обстоятельного теоретического осмысления, перейдем к следующему не менее сложному вопро-

²⁹ С несколько другим обоснованием, но со схожими выводами предлагают свой анализ абзаца 2 пункта 1 статьи 44 Закона «Об арбитраже» следующие авторы: Arman Shaikenov. Arbitration Law In Kazakhstan. International Aspects // Forbes Казахстан. Март 2017. URL: https://forbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_kazakhstan_international_aspects/; Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Указ. соч.

су о действии норм статьи 44 Закона во времени. Должны ли ограничения по выбору иностранного права, действовавшие в период с 19 января 2016 года по 2 февраля 2019 года, применяться к арбитражным соглашениям, заключенным в указанный период, если сам спор из арбитражного соглашения возник после 2 февраля 2019 года? Подходов может быть как минимум два.

Если исходить из коллизионной природы отношений, то возникает вопрос о действии коллизионных норм по времени, который не нашел своего прямого ответа в действующем законодательстве. Если по аналогии закона применять статью 383 ГК РК, то можно вывести следующее правило: если после заключения договора законодательством устанавливаются коллизионные правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, применимое к договору право определяется по коллизионным правилам, действовавшим на момент заключения договора, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Нам представляется, что предлагаемое правило могло бы потенциально служить интересам стабильности гражданского оборота и учитывать волю сторон, выраженную имплицитно. Теоретическая верность такой аналогии и ее универсальный характер требуют научной проверки, которая не входит в скромные задачи настоящей статьи.

Если же толковать новую редакцию нормы пункта 1 статьи 44 Закона как устраняющую препятствия для признания в Казахстане арбитражных решений по спорам с участием государственных органов, госпредприятий и субъектов квазигосударственного сектора, в которых арбитраж решил применить иностранное право, то такое препятствие следует, скорее всего, считать устраненным в отношении иностранных арбитражных решений, исполнение которых испрашивается после 2 февраля 2019 года, независимо от того, когда были заключены арбитражные соглашения, лежащие в их основе.

Прямые соглашения и защита слабой стороны в договоре

Федеральный закон от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» предусматривает институт так называемых прямых соглашений. Прямые соглашения позволяют сторонам согласовать та-

кие условия арбитража, которые закон не позволяет согласовать путем простой отсылки к арбитражному регламенту.

Казахстанское законодательство не предусматривает такого ограничения. Поэтому стороны могут согласовать условия арбитражного соглашения путем прямой отсылки к арбитражному регламенту.

В то же время казахстанский Закон «Об арбитраже» предусматривает механизм защиты интересов потребителей как слабой стороны в договоре. Так, в соответствии с Законом 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 (пункт 4 статьи 8).

Это же правило с 3 февраля 2019 года также применимо к договорам займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем.

Порядок подачи заявлений о признании и исполнении иностранных арбитражных решений

Подача заявлений об исполнении иностранных арбитражных решений регулируется ГПК. Если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, то выигравшая сторона вправе обратиться с заявлением о его принудительном исполнении в суд (часть 1 статьи 501 ГПК).

Заявление подается по месту жительства должника, если таковым является физическое лицо, или по месту нахождения органа юридического лица, являющегося должником. Если соответствующее место неизвестно, то заявление подается по месту нахождения имущества должника. В этом случае заявитель, как правило, представляет документы, подтверждающие факт нахождения имущества должника на территории РК (например, выписки из реестра акционеров, справки о зарегистрированных правах на недвижимое имущество)³⁰.

³⁰ Тлеулина Л. С. Признание и исполнение решений коммерческих арбитражей и иностранных судов в Казахстане // Legal Insight. – 2015. – № 6 (42). – С. 33.

Заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения. Если оно было подано с пропуском установленного срока либо к нему не были приложены необходимые документы, оно возвращается судом без рассмотрения, о чем выносится определение, на которое может быть подана частная жалоба или принесено ходатайство прокурором. Суд вправе восстановить срок на подачу заявления о выдаче исполнительного листа, если найдет причины пропуска указанного срока уважительными.

Заявление о выдаче исполнительного листа рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления заявления в суд. О поступившем заявлении взыскателя, а также о месте и времени его рассмотрения суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если только от должника не поступило ходатайство с указанием уважительных причин невозможности явиться на судебное заседание.

Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению.

Документы, прилагаемые к заявлению об исполнении иностранного арбитражного решения

Статья 4 Нью-Йоркской конвенции и часть 2 статьи 503 ГПК содержат одинаковый перечень документов, которые сторона должна предоставить суду вместе с заявлением о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Этот перечень состоит из следующих документов:

- должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенная копия такового;
- при наличии – подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная копия такового;
- если арбитражное соглашение или арбитражное решение изложены на иностранном языке – должным образом заверенный перевод на казахский или русский язык.

Тем не менее нормативное постановление Верховного суда РК от 11 июля 2003 года № 5 «О судебном решении» расширяет этот перечень и в дополнении к вышеперечисленным также требует приложения к ходатайству следующих документов:

- официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это обстоятельство не видно из текста решения;
- доказательства, подтверждающие надлежащее извещение стороны или ее представителя в случае процессуальной недееспособности стороны, против которой вынесено решение, о процессе;
- исполнительный документ с отметкой о частичном исполнении решения при наличии такового.

Не вдаваясь в анализ внутренних противоречий перечисленных дополнительных требований нормативного постановления, а также очевидного несовпадения объемов документов, требуемых Нью-Йоркской конвенцией и ГПК, с одной стороны, и данным постановлением – с другой, нам не остается ничего, кроме как полностью согласиться с прекрасным анализом данной проблемы, проведенным нашей коллегой Л. С. Тлеулиной³¹. В своей статье Л. С. Тлеулина справедливо замечает, что Верховный суд не полномочен через свои нормативные постановления создавать новые нормы права и, применительно к данному случаю, расширять перечень документов, установленный Нью-Йоркской конвенцией и ГПК³². Мы разделяем мнение о том, что для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений должно быть достаточно документов, требуемых Нью-Йоркской конвенцией и частью 2 статьи 503 ГПК.

³¹ Там же, с. 34.

³² В своей статье в обоснование своих доводов Л. С. Тлеулина ссылается на нормативное постановление Конституционного Совета РК от 6 марта 1997 года № 3 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4, пункта 1 статьи 14, подпункта 3) пункта 3 статьи 77, пункта 1 статьи 79 и пункта 1 статьи 83 Конституции РК», в котором указано, что «нормативные постановления могут издаваться только по вопросам применения в судебной практике норм законодательства». Ссылаясь на данное официальное толкование, председатель надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного суда РК от 5 марта 2013 года № 1-1-5/1722 указал, что «нормативные Постановления Верховного Суда содержат разъяснения судам по вопросам применения законодательства (его норм), эти разъяснения не должны противоречить самим нормам законодательства, приобретая, таким образом, не разъяснительный характер, а становясь, фактически, новой, самостоятельной нормой права, противоречащей действующему законодательству».

Что касается формы заверения арбитражного решения и арбитражного соглашения или их копий, то ни Нью-Йоркская конвенция, ни ГПК, ни Верховный суд не дают пояснений по поводу того, какая форма является надлежащей, а также правом какой страны должен регулироваться процесс заверения. Подходы судов различных стран к данному вопросу описаны в Руководстве Секретариата ЮНСИТРАЛ по Нью-Йоркской конвенции³³. Мы склонны согласиться с подходом австрийского суда, по мнению которого заверение представляет собой процесс подтверждения соответствия копии документа оригиналу³⁴. Соответственно, мы полагаем, что оценка представленных суду документов на предмет достаточности может производиться по общим правилам оценки доказательств, установленных статьей 68 ГПК.

Основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

Основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в казахстанском законодательстве содержатся сразу в четырех актах: ГПК, Законе «Об арбитраже», Нью-Йоркской и Европейской конвенциях. Все основания, перечисленные в статье 255 ГПК и статье 57 Закона «Об арбитраже», совпадают.

Поправками, внесенными Законом от 21 января 2019 года, были устранены некоторые существенные препятствия к признанию иностранных арбитражных решений. Тем не менее остались другие и к ним добавились новые.

Основные проблемы правоприменения заключаются в следующих противоречиях:

- 1) в неполном совпадении оснований, указанных в конвенциях, с основаниями, предусмотренными ГПК и Законом «Об арбитраже»;
- 2) в потенциальной возможности отнесения к основанию отказа в признании арбитражных решений выбора в арбитражном

³³ Руководство по Нью-Йоркской конвенции (в редакции 2016 года). С. 120–125. URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf.

³⁴ O Limited (Cyprus) v M Corp. (formerly A, Inc.) (United States) and others. Supreme Court, Austria, 3 September 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y. B. Com. Arb. 409 (2009).

соглашении или применении арбитражным трибуналом иностранного права при разрешении споров между казахстанскими резидентами, а также в спорах, где одним из участников выступает государство, государственное предприятие или субъект квазигосударственного сектора (применительно к спорам из арбитражных соглашений, заключенных в период с 19 января 2016 года по 2 февраля 2019 года). Данный риск вытекает из содержания пункта 1 статьи 44 Закона (см. об этом выше в разделе «Нормы, применимые к существу спора»);

- 3) в соотношении оснований, перечисленных ГПК и Законом «Об арбитраже», с основаниями, указанными в конвенциях, учитывая неясный статус ратификации конвенций (см. раздел 1 настоящей статьи);
- 4) в вопросах, связанных с действием отмененных и измененных норм во времени.

Согласно редакции статьи 255 ГПК и статьи 57 Закона «Об арбитраже», действующей с 3 февраля 2019 года, суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, по следующим основаниям:

- если сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:
 - 1) арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено;
 - 2) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу.

Если арбитражное решение по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, может быть отделено от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение той части арбитражного решения, которая охватывается арбитражным соглашением, не может быть отказано;

- 3) одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;
- 4) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения³⁵;

³⁵ В деле Grain Export LLC (Румыния) против ТОО «Агросоюз Сервис» единственным основанием для отказа в удовлетворении ходатайства о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в Англии по правилам Ассоциации по торговле зерном и кормами (GAFTA), поданного в суд первой инстанции, явилось, по мнению суда, отсутствие документов, подтверждающих надлежащее извещение должника о дате и месте арбитражного разбирательства и выборе арбитра.

Определение СМЭС г. Астаны от 29 июля 2016 года было оставлено в силе определением апелляционной коллегии суда г. Астаны от 21 октября 2016 года. Это дело примечательно доводами первой и апелляционной инстанций, обосновывающими отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Так, суд первой инстанции в обоснование принятого решения указал, что *«в материалах, приложенных к заявлению, отсутствуют документы, подтверждающие надлежащее извещение должника о дате и месте арбитражного разбирательства и выборе арбитра. Приложенные к заявлению распечатки трекингов с интернет-ресурса АО «Казпочта» не являются достоверным доказательством того, что сторона должника была уведомлена о дате и месте арбитражного разбирательства и выборе арбитра, поскольку из указанных трекингов не представляется возможным установить содержание переданных почтовых отправлений»*.

Суд апелляционной инстанции, согласившись с решением СМЭС г. Астаны, в дополнение указывает, что *«из материалов дела следует, что электронная переписка по вопросам арбитражного разбирательства не велась, письма на официальный адрес ТОО «Агросоюз Сервис» не поступали»*.

В то же время ряду представленных заявителем, на наш взгляд, весьма убедительных доказательств, судами не была дана какая-либо оценка: 1) адвокат компании Grain Export LLC уведомил должника о подаче иска в международный арбитраж и назначении арбитра. Указанное уведомление было направлено должнику как по электронной почте, так и почтовой службой; 2) уведомление об арбитражном разбирательстве и выборе арбитра было направлено на электронные адреса работников должника, с которых велась вся корреспонденция по исполнению спорного договора поставки, а также в связи с арбитражным разбирательством (использовались электронные адреса на доменах @bk.ru и @mail.ru, которые суд посчитал не принадлежащими компании-ответчику); 3) уведомление об арбитражном разбирательстве и выборе арбитра было также направлено на адрес брокера, который являлся посредником при заключении и исполнении контракта на поставку пшеницы между поручителем и должником. Несмотря на то что должник в рамках исполнения контракта осуществлял переписку с компанией Grain Export LLC именно с указанных адресов своих

- 5) 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;
 - 6) состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такового не соответствовали законам страны, где проведено арбитражное разбирательство;
 - 7) решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено;
- суд установит, что:
- 1) признание и (или) приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку РК или
 - 2) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с настоящим Законом.

Некоторые проблемы исполнения иностранных арбитражных решений в Казахстане весьма подробно анализировались в лите-

работников, а также через брокера, данную переписку суд посчитал неубедительным доказательством надлежащего уведомления об арбитраже.

Данное дело также интересно реакцией Верховного суда РК на ходатайство заявителя о пересмотре судебных актов нижестоящих судов. 27 декабря 2016 года компания Grain Export LLC подала ходатайство в Верховный суд РК, в котором просила либо Председателя Верховного суда внести представление о пересмотре определений судов первой и апелляционной инстанций, либо Верховный суд отменить определения судов нижестоящих инстанций в кассационном порядке. Верховным судом так и не было вынесено процессуального акта по данному ходатайству. Вместо этого на все три ходатайства было отвечено простыми письмами, не содержащими ни оценки доводов, приведенных в ходатайствах, ни мотивов отказа в возбуждении кассационного производства: одно письмо направлено судьей К. А. Мамаи 22 февраля 2017 года (на тот момент председателем ВС РК), второе – судьей Н. Кайыпжан 30 мая 2017 года и последнее – судьей С. А. Абдрахмановым 23 августа 2018 года.

Какой бы процессуальный порядок Верховный суд ни выбрал для рассмотрения ходатайства компании Grain Export LLC, ответ на ее ходатайства, по нашему мнению, обязан был быть оформлен в виде постановления Верховного суда, отвечающего всем требованиям, которые предъявляются к такому постановлению частью 2 статьи 444 ГПК РК.

ратуре³⁶. Мы остановимся только на тех, которые, на наш взгляд, не получили должного освещения.

Конкуренция арбитражного решения с другими судебными или арбитражными решениями

Закон «Об арбитраже» и ГПК императивно устанавливают, что в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения должно быть отказано, если 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.

Данная норма, по нашему мнению, избыточна и, кроме того, создает существенные риски неправильного правоприменения казахстанскими судами. Если читать эту норму буквально, то можно подумать, что в каждом случае наличия конкурирующего судебного или арбитражного решения в признании иностранного арбитражного решения должно быть отказано³⁷.

³⁶ См., например, Тлеулина Л. С. Указ. соч.; Елеуов М. Инвестиционный климат и разрешение споров: некоторые проблемы и решения / Выступление на XV Юбилейной Международной Атырауской правовой конференции «Недропользование – основа экономики Республики Казахстан». 29 апреля 2017 года. URL: <https://www.zakon.kz/4862384-investicionnyjj-klimat-i-razreshenie.html>.

³⁷ В деле Windoor AS (Эстония) против ТОО «Дипломат Строй Сервис» СМЭС г. Астаны своим определением от 22 января 2016 года, оставленным без изменения определением апелляционной инстанции от 11 марта 2016 года, отказал в признании иностранного арбитражного решения, вынесенного в Швеции по Регламенту Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма. Хотя суды ссылаются на различные нормы законодательства, в том числе Нью-Йоркскую и Европейскую конвенции, из текста определений неясно, какие именно нормы выступают основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение иностранного арбитражного решения. Тем не менее из определения судебной коллегии по гражданским делам суда г. Астаны под председательством судьи О. Т. Турсунова от 11 марта 2016 года следует, что суды отказывают в признании иностранного арбитражного решения по двум причинам: 1) гарантийное письмо от 2 октября 2012 года, содержащее арбитражную оговорку, на основании которой было вынесено решение шведского арбитражного трибунала, было признано недействительным решением казахстанского суда по другому делу по иску третьего лица, не связанного оговоркой; 2) арбитражное решение неокончательное, поскольку «ответчик имеет право обжалования указанного арбитражного решения в установленном порядке по процессуальным основаниям» (очевидно, в Швеции). Рассмотрим отдельно каждое из двух оснований.

Рассмотрим наглядный пример. По арбитражной оговорке предполагалось разрешение спора в г. Лондоне по правилам Лондонского международного третейского суда (ЛМТС). Российский государственный суд, проигнорировав арбитражную оговорку или посчитав ее недействительной, принял к своему производству и разрешил спор по существу. В то же время истец, считая арбитражную оговорку действительной, возбудил арбитражное разбирательство в г. Лондоне, а сформированный трибунал признал свою компетенцию и вынес арбитражное решение. Выигравшая в арбитраже сторона обращается в казахстанский суд с заявлением о признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Должен ли казахстанский суд со ссылкой на анализируемые положения ГПК и Закона «Об арбитраже» отказать заявителю и отдать предпочтение предъявленному в суд другой стороной российскому судебному решению?

Недействительность основного договора (автономность арбитражной оговорки). Судами не исследуется вопрос и не делается самостоятельного вывода о том, влечет ли признание недействительным договора гарантии недействительность содержащейся в нем арбитражной оговорки.

В то же время в ГПК и Законе «Об арбитраже» содержится следующее основание для отказа в исполнении арбитражного решения, отсутствующее в Нью-Йоркской конвенции: «Суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если... имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда...» (подпункт 1 части 1 статьи 255 ГПК и подпункт 1 пункта 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже»). Хотя в данном конкретном деле суды первой и апелляционной инстанций прямо не ссылаются на соответствующее правило ГПК и Закона «Об арбитраже», данная норма создает опасную почву для дискуссии о том, допустим ли отказ в признании иностранного арбитражного решения в связи с признанием казахстанским судом недействительным договора, содержащего арбитражную оговорку, на основе которой было вынесено арбитражное решение, или в связи с иным конкурирующим судебным актом. В анализируемом же деле остается неясным, каким образом суды увязывают недействительность гарантийного письма и отказ в признании иностранного арбитражного решения.

Неокончателность арбитражного решения. Не вдаваясь в известную дискуссию о том, как следует толковать «окончателность» в контексте подпункта е) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции, заметим, что суды так и не привели какой-либо нормы права в качестве основания для отказа в исполнении неокончателного, по их мнению, арбитражного решения.

Хотя судебные акты Верховного суда по существу дела Windoor AS в публичном доступе отсутствуют, из средств массовой информации следует, что дело завершилось вмешательством Генеральной прокуратуры РК и отказом в признании арбитражного решения. См. URL: http://www.baltic-course.com/eng/baltic_states_cis/?doc=126861. В настоящий момент рассматривается дело в инвестиционном арбитраже по иску компании Windoor AS против Республики Казахстан; URL: <https://www.italaw.com/cases/4952>.

Мы полагаем, что ответ не должен быть столь категоричным, как это предполагает буквальное прочтение ГПК и Закон «Об арбитраже». Казахский суд обязан исследовать вопрос о действительности арбитражной оговорки, на основании которой было вынесено арбитражное решение. Если казахский суд придет к выводу, что соответствующая оговорка действительна, то мы не видим препятствий для признания и исполнения иностранного арбитражного решения.

Анализируемая норма, по нашему мнению, должна затрагивать только случаи, когда по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям было вынесено решение другого казахского суда. В этом случае для суда, рассматривающего заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, конкурирующее решение другого казахского суда будет иметь преюдициальное значение. Решения же иностранных судов и тем более решения других арбитражей для казахского суда не создают преюдиции и, соответственно, *per se* не создают препятствий для признания или исполнения арбитражного решения.

Недействительность арбитражного соглашения

После 2 февраля 2019 года. Законом от 21 января 2019 года были внесены одинаковые поправки в пункт 1 статьи 57 Закона «Об арбитраже» и статью 255 ГПК, согласно которым теперь казахский суд на этапе признания арбитражного решения должен оценивать действительность арбитражного соглашения согласно «*закону страны, где [арбитражное] решение было вынесено*». Эти поправки устраняют ранее существовавшее противоречие и приближают казахский правопорядок к международным стандартам регулирования арбитража, исключая применение казахского закона к арбитражному соглашению, на основании которого было вынесено арбитражное решение за пределами Казахстана.

В то же время данные поправки развеивают сомнения в намерении законодателя распространить действие некоторых положений Закона «Об арбитраже» и ГПК на признание иностранных арбитражных решений (в части, не касающейся оценки действительности арбитражного соглашения и законности арбитражного разбирательства).

В период с 19 апреля 2016 года по 2 февраля 2019 года. До поправок, внесенных Законом от 21 января 2019 года, существовала неясность относительно того, имел ли казахстанский суд основания для отказа в признании иностранного арбитражного решения, если такое решение было вынесено в нарушение Закона «Об арбитраже». Хотя первая часть преамбулы Закона «Об арбитраже» указывает на то, что Закон регулирует отношения, возникающие в процессе деятельности арбитража на территории Казахстана, буквальное толкование второй части преамбулы, а также пункта 1 статьи 57 Закона в редакции, действовавшей до 3 февраля 2019 года, указывало на стремление законодателя применять казахстанский Закон к оценке иностранных арбитражных соглашений, а также вынесенных на их основе арбитражных решений на этапе признания и принудительного исполнения последних в Казахстане³⁸.

Так, в соответствии с ранее действовавшей редакцией пункта 1 статьи 57 Закона *«суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено..., если... сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что... арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан»*. Аналогичное правило содержалось в части 1 статьи 255 ГПК, устанавливающей основания отказа в выдаче исполнительного листа на арбитражное решение. (К главе 20 ГПК, в которой находится статья 255, прямо отсылает статья 504 того же кодекса, регулирующая порядок принудительного исполнения решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений. Другими словами, законодатель пытается распространить действие статьи 255 ГПК на отказ в признании и исполнении как местных, так и иностранных арбитражных решений.)

Если исходить из того, что статья 57 Закона «Об арбитраже» и статья 255 ГПК в редакции, действовавшей до 3 февраля 2019 года, регулировали порядок признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, складывалась весьма странная ситуация. В тех случаях, когда стороны не делали явно

³⁸ Елеуов М. Инвестиционный климат и разрешение споров: некоторые проблемы и решения / Выступление на XV Юбилейной Международной Атырауской правовой конференции «Недропользование – основа экономики Республики Казахстан». 29 апреля 2017 года. URL: <https://www.zakon.kz/4862384-investicionnyj-klimat-i-razreshenie.html>.

выраженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, или такой выбор не следовал из выбранного сторонами регламента, существовал риск того, что казахстанский суд мог оценить действительность арбитражного соглашения, на основании которого было вынесено иностранное арбитражное решение, с точки зрения императивных требований казахстанского законодательства³⁹.

Ситуация осложнялась тем, что ни в казахстанском законодательстве, ни в судебной практике до сих пор не нашла своего развития доктрина «юридического места арбитража» (seat of arbitration). В связи с этим сделанный сторонами выбор места арбитража за рубежом в глазах казахстанского суда мог не означать выбора иностранного права в качестве применимого к арбитражному соглашению или арбитражному разбирательству⁴⁰.

³⁹ Ситуация с признанием Верховным судом РК иностранной арбитражной оговорки, предусматривавшей в качестве места арбитража Англию, обсуждалась в решении по делу в инвестиционном арбитраже: AES Corporation and Tau Power B.V. v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/10/16, Award, 1 November 2013, para. 323. Хотя в указанном деле оговорка была признана казахстанским судом недействительной по старому законодательству об арбитраже, данный пример показателен тем, что аналогичная, очевидно порочная логика потенциально может быть использована казахстанским судом и при современном регулировании в отсутствие развития доктрины «юридического места арбитража» (seat of arbitration). Примечательно, что впоследствии английский суд вынес решение, в котором указал, что признанная казахстанским судом недействительной арбитражная оговорка подчинялась английскому праву и по английскому праву была действительной.

⁴⁰ См. Шайкенов В. Ж., Идаятова А. Т. Указ. соч., с. 121–127.

В деле АО «НГСК КазСтройСервис» против ТОО «Пундж Ллойд Казахстан» (по недействительности арбитражной оговорки) казахстанские суды признали арбитражную оговорку недействительной в силу выбора двумя казахстанскими резидентами г. Лондона (Великобритания) в качестве места рассмотрения спора. Хотя указанное дело рассматривалось в связи со спорным правоотношением, возникшим в период действия ныне отмененных Законов РК «О международном арбитраже» и «О третейских судах» от 28 декабря 2004 года, оно примечательно рядом моментов, имеющих значение для будущей судебной практики.

Срок исковой давности. СМЭС Атырауской области в качестве суда первой инстанции своим решением от 10 октября 2013 года оставил иск АО «НГСК КазСтройСервис» без удовлетворения в связи с истечением трехгодичного срока исковой давности: суд пришел к выводу, что истец знал о существовании арбитражной оговорки в момент подписания 18 мая 2006 года договора, в котором эта оговорка содержалась. Это решение, однако, было отменено судами вышестоящих инстанций, которые постановили, что АО «НГСК КазСтройСервис» узнало о нарушении своих прав только 5 июля 2012 года, когда СМЭС Атырауской области оставил без рассмотрения иск к ответчику о взыскании задолженности по договору субподряда, сославшись на арбитражную оговорку. Такой вывод нам

Зачастую стороны не делают эксплицитного выбора права, применимого к арбитражной оговорке. В таких случаях применимое право обычно выводится через доктрину *lex arbitri*, воспринятую многими правопорядками, или через другие коллизионные привязки. Однако поскольку в Казахстане эта доктрина в судебной практике до сих пор не сформирована и вопрос о праве,

представляется со всей очевидностью ошибочным, поскольку если оспариваемая оговорка и нарушала права стороны договора (например, в силу противоречия требованиям законодательства), то это нарушение должно было возникнуть со вступлением в силу этой оговорки, и именно с этого момента должен отсчитываться срок исковой давности (как корректно установил суд первой инстанции).

Преюдициальность. Другим примечательным моментом в этом деле является приращение постановлению Верховного суда от 17 апреля 2013 года по делу АО «НГСК КазСтройСервис» против ТОО «Пундж Ллойд Казахстан» (по заключенности арбитражной оговорки) преюдициальной силы в части вывода о том, что споры между истцом и ответчиком как двумя казахстанскими резидентами не подлежат передаче на разрешение международного коммерческого арбитража. По нашему мнению, отсылка судов всех инстанций, рассматривавших спор о недействительности арбитражной оговорки, к выводу Верховного суда от 17 апреля 2013 года по другому делу об ином предмете (заключенности оговорки) была неправомерна, поскольку с точки зрения казахстанского права преюдициальность может устанавливаться исключительно в отношении вопросов факта, но не вопросов права. Это означает, что судам надлежало дать независимую (от судебного решения по другому делу) юридическую квалификацию вопросу о допустимости передачи спора между истцом и ответчиком в выбранный ими иностранный арбитраж с учетом конкретных обстоятельств дела, а также правила «чистых рук», отраженного в пункте 3 статьи 158 ГК РК (о том, что «лицо, умышленно заключившее сделку, которая нарушает требование законодательства..., не вправе требовать признания сделки недействительной, если такое требование вызвано корыстными мотивами или намерением уклониться от ответственности»).

Закон РК «О магистральном трубопроводе» от 22 июня 2012 года. Суд апелляционной инстанции в своем постановлении от 9 декабря 2013 года, оставленном без изменения кассационной и надзорной инстанциями, делает весьма странный вывод о том, что из содержащегося в Законе «О магистральном трубопроводе» запрета на «нахождение магистрального трубопровода в собственности юридических лиц, зарегистрированных в соответствии с законодательством иностранного государства» «следует, что подрядчиком строительства может быть только казахстанское юридическое лицо, соответственно, споры с его участием должны рассматриваться исключительно в соответствии с нормами статей 30, 31, пункта 6 статьи 32 Гражданского процессуального кодекса» (регулирующими соответственно вопросы подсудности по выбору истца, исключительной и договорной подсудности). Во-первых, приведенный Закон от 22 июня 2012 года был очевидно неприменим к спорной арбитражной оговорке, заключенной 29 августа 2006 года. Во-вторых, приведенный Закон, устанавливая запрет на нахождение в собственности иностранцев магистральных трубопроводов, никак не касается способов разрешения споров, связанных со строительством оных, и не ограничивает арбитрабельность таких споров.

применимом к арбитражному соглашению, в судебных решениях специально не исследуется, существовала довольно высокая вероятность того, что суд в отсутствие явно выраженного выбора права, применимого к арбитражной оговорке, мог на этапе решения вопроса о выдаче исполнительного листа положить в основу оценки действительности арбитражного соглашения нормы казахстанского законодательства. Посчитав иностранную оговорку недействительной с точки зрения казахстанского права, суд мог отказать в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Ситуация для правопорядка с развитым регулированием арбитража весьма неожиданная, но с точки зрения казахстанской реальности вполне возможная.

Но даже после введенных 3 февраля 2019 года в действие поправок в Закон «Об арбитраже» и ГПК остается вопрос о признании иностранных арбитражных решений, вынесенных по спорам из арбитражных соглашений, заключенных в период действия предыдущей редакции нормы: должен ли суд оценивать действительность ранее заключенного арбитражного соглашения, не содержащего явно выраженный выбор иностранного права, с точки зрения права страны, в котором решение было вынесено, или с точки зрения казахстанского права? Должен ли арбитр, рассматривающий спор после 2 февраля 2019 года по ранее заключенному арбитражному соглашению, применять обсуждаемую норму статьи 57 Закона как коллизионное правило, действовавшее в период заключения арбитражного соглашения? Или же следует толковать данную норму как условие (угол зрения) оценки иностранного арбитражного решения на предмет его признания и исполнения в Казахстане? Если выбирается последнее, то следует ли считать такой угол зрения изменившимся в связи с последними поправками в законодательство и оценивать спорное арбитражное решение уже под новым углом зрения, независимо от того, когда было заключено арбитражное соглашение? Эти же вопросы относятся к действию во времени нормы, обсуждаемой в следующем разделе, об оценке соответствия арбитражной процедуры требованиям закона.

Совершенно точно, что такие внутренние противоречия сбивают участников гражданского оборота с толку и требуют судебного и доктринального толкования и в некоторых случаях законодательного исправления. Тем временем анализ требований казахстанского законодательства к арбитражным соглашениям

приобретает потенциальное значение не только для целей местного арбитража, но и с точки зрения признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Несоответствие арбитражной процедуры требованиям закона

Примером другой весьма противоречивой нормы, действовавшей до 3 февраля 2019 года, служит такое основание для отказа в признании и исполнении арбитражного решения, как несоответствие состава арбитража или арбитражной процедуры разбирательства *«требованиям закона»* (подпункт 1 статьи 1 Закона «Об арбитраже»). При этом нормой не уточняется, о каком законе идет речь. Эта норма была исправлена и приведена в соответствие с Нью-Йоркской конвенцией Законом от 21 января 2019 года.

Описанное положение в предыдущей редакции существенно отличалось от нормы Нью-Йоркской конвенции, которая устанавливает, что в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если состав арбитражного суда или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, закону той страны, где имел место арбитраж. В то же время ГПК и Закон «Об арбитраже» до 3 февраля 2019 года требовали, чтобы состав арбитража и арбитражный процесс соответствовали требованиям закона.

Это создавало риск того, что казахстанский суд мог принять довод противной стороны о том, что заявителю должно быть отказано в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в связи с тем, что арбитражное разбирательство, проходившее по иностранному праву, нарушало императивные требования Закона «Об арбитраже». Этот риск повышался ввиду неразработанности в казахстанском праве доктрины «юридического места арбитража», которую в развитых правовых системах обычно выводят через коллизионные и прочие привязки.

Вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения

Приведенное выше крайне неудачно сформулированное правило действовало до 3 февраля 2019 года и несло в себе существенные практические риски ошибочного толкования. Если речь

идет о том, что сторона в ходе арбитражного разбирательства предоставила в качестве доказательств заведомо ложные сведения, нарушив уголовный закон, то соответствующее решение должно быть признано недействительным по праву той страны, которое регулирует арбитражное разбирательство. В таком случае специальное упоминание о том, что такое решение может быть не признано или не исполнено в Казахстане, избыточно: отказано будет не по причине нарушения уголовного закона, а по причине признания соответствующего арбитражного решения недействительным компетентными органами соответствующей юрисдикции.

В то же время буквальное прочтение анализируемого положения несет в себе риск расширительного толкования. Так, например, арбитражное решение может быть получено в связи с арбитражным разбирательством, инициированным как раз по причине нарушения одной из сторон уголовного закона. В международной практике договоры часто содержат условие о том, что привлечение одной из сторон договора или ее работников к уголовной ответственности может являться основанием для досрочного расторжения договора другой стороной. В этом смысле полученное арбитражное решение о расторжении договора со ссылкой на факт уголовного преследования может быть истолковано казахстанским судом как решение, ставшее *«возможным в результате совершения уголовного правонарушения»*. Если суд подойдет к толкованию рассматриваемой нормы формально, то он потенциально может отказать в признании такого арбитражного решения.

Решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено

Указанное основание, содержащееся в Законе «Об арбитраже» и ГПК, по смыслу (пусть и не дословно) воспроизводит норму подпункта «е» пункта 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции. В то же время, поскольку Казахстан присоединился к Европейской конвенции, для Казахстана применение указанного подпункта Нью-Йоркской конвенции должно ограничиваться случаями, предусмотренными в пункте 1 статьи 9 Европейской конвенции.

Возникает вопрос: ограничивает ли пункт 1 статьи 9 Европейской конвенции применение соответствующих положений

статьи 57 Закона «Об арбитраже» и статьи 255 ГПК? Ответ на этот вопрос будет зависеть главным образом от того, как будет разрешена проблема со статусом присоединения Казахстана к Европейской и Нью-Йоркской конвенциям.

ОТМЕНА АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Основания для отмены арбитражных решений

Помимо тех, что перечислены в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, Закон «Об арбитраже» предусматривает одно дополнительное основание (подпункт 5 ниже). Так, арбитражное решение может быть отменено в Казахстане по следующим основаниям:

- 1) если арбитражное решение вынесено по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу.

Если арбитражные решения по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит решения по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

- 2) если одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству РК;
- 3) если 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;
- 4) если 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;

- 5) если 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.

При этом бремя доказывания вышеуказанных обстоятельств возлагается на сторону, заявляющую ходатайство об отмене. Необходимо отметить, что на практике условие относительно распределения бремени доказывания казахстанскими судами зачастую не соблюдается. Так, например, по делам об отмене арбитражных решений по основанию ненадлежащего уведомления ответчика об арбитражном разбирательстве казахстанские суды удовлетворяют заявление об отмене, при этом не требуя от заявителя доказательств ненадлежащего уведомления и ссылаясь только на то, что противная сторона (истец в арбитражном разбирательстве) не представила доказательства надлежащего уведомления.

Помимо этого, независимо от того, заявляют ли об этом стороны, суд может отменить арбитражное решение в следующих случаях:

- 1) если арбитражное решение противоречит публичному порядку РК;
- 2) если спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК (неарбитрабельность).

Если касаться казахстанской судебной практики, то хотелось бы отметить, что всеобъемлющий анализ судебной практики по конкретным вопросам и категориям споров сильно затруднен. В Казахстане имеется официальный банк судебных актов, вынесенных период с 2009 по 2018 годы, однако указанная база является неполной, а функция поиска судебных решений по контексту не справляется со своей задачей.

Казахстанские суды периодически публикуют обобщения судебной практики по вопросам отмены арбитражных решений. Последнее обобщение по отмене арбитражных решений было опубликовано в 2019 году и охватывает 2016, 2017 и первый

квартал 2018 года⁴¹. В нем указывается, что по ходатайствам об отмене арбитражных решений в обобщаемый период всего окончено 1729 дел, из них с вынесением определения – 1612, в том числе с удовлетворением заявления об отмене арбитражного решения – 1364, с отказом в удовлетворении заявления – 121; прекращено 13 дел, оставлено без рассмотрения 83 дела.

Анализ найденных нами в доступных источниках судебных актов за 2017–2018 годы обнаруживает следующие частные основания к отмене арбитражных решений:

- ненадлежащее уведомление ответчика о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве;
- неподведомственность спора арбитражу;
- неарбитрабельность спора;
- противоречие арбитражного решения публичному порядку;
- несоответствие арбитражной процедуры соглашению сторон.

Если обратиться к судебным актам по отмене арбитражных решений по основанию ненадлежащего уведомления ответчика об арбитражном разбирательстве, то можно отметить следующее:

- 1) в подавляющем большинстве случаев об отмене арбитражного решения ходатайствуют физические лица – заемщики по делам о взыскании с них долга по потребительским кредитам;
- 2) в ряде случаев суд запрашивает материалы арбитражного дела с целью анализа извещений, направленных ответчику в рамках арбитражного разбирательства;
- 3) в тех случаях, когда материалы арбитражного дела не были представлены, суд, ссылаясь на отсутствие доказательств о надлежащем уведомлении ответчика об арбитражном разбирательстве, предпочитает выносить решение об отмене арбитражного решения. Тем самым суд возлагает бремя доказывания не на заявителя, ходатайствующего об отмене арбитражного решения, а на противоположную сторону, что является нарушением законодательства. В частности, речь идет о пункте 1 статьи 52 Закона «Об арбитраже», предусматривающем, что

⁴¹ Бюллетень Верховного суда Республики Казахстан № 3/2019, с. 69. URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/byulleteni-za-2019-god>.

для отмены арбитражного решения «сторона, заявляющая ходатайство об отмене, должна представить доказательства».

Неоднозначной является судебная практика по отмене арбитражных решений по основанию неподведомственности спора арбитражу. Из пункта 5 статьи 8 Закона «Об арбитраже» следует, что арбитражу неподведомственны споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, переданные на рассмотрение арбитража соглашением сторон.

Вместе с тем на практике казахстанские суды неподведомственность споров арбитражу нередко сводят к отсутствию арбитражного соглашения между сторонами.

Так, например, в одном из дел апелляция суд поддержал отмену арбитражного решения, в том числе со ссылкой на нарушение условий неподведомственности. Данный вывод был сделан на основании того, что в арбитражном решении отсутствовала ссылка на заключенное арбитражное соглашение. В частности, дословно указано следующее: *«Коллегией установлено, что в мотивировочной части решения Арбитража Алматы (Третейский суд) отсутствует ссылка на арбитражное соглашение, заключенное между сторонами, которое предоставляет право стороне договора на обращение в арбитраж за разрешением возникшего спора. Указанное обстоятельство свидетельствует об отсутствии между сторонами третейского соглашения».*

Имеется ряд судебных актов по отмене арбитражных решений, вынесенных арбитражами при Международном арбитраже IUS. Суд, отменяя арбитражные решения ввиду неподведомственности споров арбитражу, во всех случаях ссылается на отсутствие арбитражного соглашения между сторонами. Такой вывод строится на том, что арбитражное соглашение содержит указание на «международный третейский суд», тогда как спор был разрешен Международным арбитражем IUS. На наш взгляд, данное обстоятельство может указывать на дефекты арбитражного соглашения или на несоответствие арбитражной процедуры соглашению сторон; с выводом судов о неподведомственности споров арбитражу сложно согласиться.

В одном из дел суд пришел к выводу о неподведомственности спора арбитражу по причине того, что дело было рассмотрено при ненадлежащем арбитражном институте. В частности, арбитражное соглашение между сторонами содержало ссылку

на третейский суд г. Алматы (ТОО «Третейский суд Алматы»). Данный арбитражный институт впоследствии был переименован на ТОО «Арбитраж г. Алматы». Фактически же арбитражное разбирательство было проведено «Арбитражем Алматы» (ТОО «Арбитраж Алматы»), в наименовании которого отсутствует предлог «в». На наш взгляд, суд в данном деле неверно применил норму закона, поскольку в рассматриваемом случае имело место несоответствие арбитражной процедуры соглашению сторон, а не нарушение подведомственности спора арбитражу.

Что касается отмены арбитражных решений по основанию неарбитрабельности, то в большинстве случаев отмена коснулась арбитражных решений об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество. По мнению судов, вопросы обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество не могут быть предметом арбитражного разбирательства, поскольку Закон РК от 23 декабря 1995 года № 2723 «Об ипотеке недвижимого имущества» предусматривает только три способа удовлетворения требований залогодержателя (судебный и внесудебный порядок реализации и обращение в собственность залогодержателя), в которые арбитраж не входит. Вопрос законности таких судебных актов является достаточно спорным, так как случаи неарбитрабельности споров, предусмотренные статьей 8 Закона «Об арбитраже», не включают споры об обращении взыскания на недвижимое имущество.

В отношении практики по отмене арбитражных решений по основанию несоответствия арбитражной процедуры соглашению сторон можно отметить случай отмены арбитражного решения по причине того, что арбитраж состоялся в Казахстане по месту нахождения истца, тогда как арбитражное соглашение между казахстанской и китайской компанией предусматривало разрешение споров в арбитраже по месту нахождения ответчика (в Китае).

Примечательна практика отмены арбитражных решений по основанию нарушения публичного порядка. Так, судебным актом от 22 мая 2017 года суд отменил решение арбитража «Адилет» по причине нарушения принципа законности и публичного порядка, которое выразилось в отсутствии в арбитражном решении обоснования присуждения истцу упущенной выгоды, представительских расходов, а также в отсутствии должной проверки возражений ответчика.

Законность данного судебного решения вызывает сомнения, поскольку нарушение «принципа законности» было исключительно из перечня оснований для отмены арбитражных решений с принятием в апреле 2016 года Закона «Об арбитраже». На наш взгляд, в данном деле также нет достаточных оснований заявлять о нарушении публичного порядка, поскольку последнее предполагает нарушение основ правопорядка Казахстана, что в данном конкретном случае не усматривается.

Соотношение оснований для отмены арбитражных решений по Европейской конвенции и Закону «Об арбитраже»

Перечень оснований для отмены арбитражных решений, предусмотренный Законом «Об арбитраже», отличается от перечня по Европейской конвенции.

В частности, Закон «Об арбитраже» предусматривает следующие дополнительные основания для отмены арбитражных решений, не предусмотренных Европейской конвенцией:

- наличие вступившего в законную силу и вынесенного по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решения суда или арбитражного решения либо акта суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;
- противоречие арбитражного решения публичному порядку РК;
- неарбитрабельность спора.

Вышеуказанные расхождения по перечню оснований не создают конфликта в вопросе отмены арбитражных решений в Казахстане, поскольку Европейская конвенция не регулирует этот вопрос.

Европейская конвенция регулирует вопрос признания и исполнения отмененного арбитражного решения. В частности, она устанавливает, что в другом государстве в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано по мотивам отмены данного решения, только если отмена состоялась по одному из оснований, предусмотренных Конвенцией.

Применительно к Казахстану это означает, что если отмена арбитражного решения состоялась в Казахстане по указанным выше дополнительным основаниям, не предусмотренным Ев-

ропейской конвенцией, то исполнение данного арбитражного решения будет являться возможным в другом государстве – участнике Европейской конвенции (несмотря на отмену такого решения в Казахстане).

Судебный порядок отмены арбитражных решений. Подача ходатайства об отмене арбитражного решения

Арбитражные решения, вынесенные в Казахстане, могут быть обжалованы по основаниям, предусмотренным статьей 52 Закона «Об арбитраже», в течение одного месяца со дня получения арбитражного решения.

Правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения обладают стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, не привлеченные к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение.

В Казахстане неоднозначно решен вопрос, связанный с тем, в какой именно суд должно быть подано ходатайство об отмене арбитражного решения.

ГПК в этой части ссылается на подачу ходатайства:

- 1) по месту рассмотрения спора арбитражем, если арбитражное решение принято на территории РК. Предполагается, что в данном случае законодатель имеет в виду место проведения арбитражных слушаний. Однако в этом случае неясным остается вопрос, как определить место рассмотрения спора, если арбитражные слушания географически проводились в разных местах или были организованы посредством видеоконференций;
- 2) по месту нахождения постоянно действующего арбитража, если арбитражное решение принято по закону РК в иностранном государстве. В данном случае предполагается, что ходатайство подается по месту нахождения казахстанского арбитражного института (тогда как само арбитражное решение физически может быть вынесено за пределами Казахстана);
- 3) по месту образования арбитража в РК, если арбитражное решение принято по закону РК в иностранном государстве. Данный случай относится к арбитражам *ad hoc* и предполагает подачу ходатайства об отмене арбитражного решения по месту формирования арбитражного трибунала (тогда как само арбитражное

решение физически может быть вынесено за пределами Казахстана). И снова открытым остается вопрос о том, как можно определить место формирования арбитражного трибунала, если, к примеру, стороны и арбитражный институт согласовали состав арбитражного трибунала посредством электронной переписки.

Казахстанское законодательство не определяет перечень документов, которые должны быть приложены к ходатайству об отмене арбитражного решения. Предполагается, что заявитель должен приложить к ходатайству документы, подтверждающие обоснованность требования об отмене арбитражного решения.

При подаче ходатайства об отмене арбитражного решения оплате подлежит государственная пошлина в следующих размерах:

- по имущественным требованиям: для юридических лиц – 1,5%, а для физических лиц – 0,75% от оспариваемой суммы по арбитражному решению;
- по неимущественным требованиям – 601 тенге⁴².

Рассмотрение в суде первой инстанции

Судами первой инстанции, полномочными рассматривать ходатайства об отмене арбитражных решений, являются районные суды и специализированные межрайонные экономические суды.

Ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом в течение десяти рабочих дней с момента возбуждения дела; в исключительных случаях данный срок может быть продлен.

Рассмотрение ходатайства осуществляется в судебном заседании с участием сторон арбитражного разбирательства. Неявка сторон на судебное заседание не является препятствием для рассмотрения дела, если стороны были надлежащим образом извещены о дате и времени судебного заседания.

По результатам рассмотрения ходатайства суд выносит определение об отмене арбитражного решения или отказе в удовлетворении ходатайства. Определение суда вступает в законную силу по истечении срока на апелляционное обжалование. Если определение обжалуется в апелляционном порядке, то оно вступает в силу в день оглашения решения судом апелляционной инстанции.

⁴² Что составляет меньше 2 долл. США по курсу на 24 сентября 2018 года.

Обжалование в суде апелляционной инстанции

Определение суда первой инстанции может быть обжаловано в суд апелляционной инстанции (городские или областные суды) в течение десяти рабочих дней со дня изготовления определения в окончательной форме⁴³. Государственная пошлина при подаче частной жалобы не оплачивается.

Суд апелляционной инстанции также проводит судебное заседание с участием сторон арбитражного разбирательства, неявка которых не является препятствием для рассмотрения дела при условии надлежащего уведомления сторон. Срок рассмотрения дела в апелляционной инстанции составляет два месяца.

По результатам рассмотрения частной жалобы суд апелляционной инстанции выносит судебный акт об оставлении определения суда первой инстанции в силе или пересмотре судебного акта путем передачи дела на новое рассмотрение или вынесении нового определения.

Определение суда апелляционной инстанции вступает в законную силу со дня оглашения. С этой же даты вступает в силу и подлежит принудительному исполнению определение суда первой инстанции (если оно было оставлено без изменения).

Обжалование в суде кассационной инстанции

Обжалование в кассационном порядке доступно не для всех гражданских дел.

Законодательством предусмотрены два условия, при которых можно обратиться в Верховный суд с ходатайством о пересмотре судебных актов в кассационном порядке:

- соблюдение апелляционного порядка обжалования;
- превышение оспариваемых сумм по арбитражному решению 2 000 месячных расчетных показателей⁴⁴ (МРП) для физических лиц и 30 000 МРП⁴⁵ для юридических лиц.

Дела, не отвечающие указанным двум условиям, могут быть пересмотрены в кассационном порядке в строго ограниченных случаях.

⁴³ Обычно дата изготовления судебного акта в окончательной форме указывается в самом акте.

⁴⁴ Около 13 660 долларов США по курсу на 24 сентября 2018 года.

⁴⁵ Около 205 000 долларов США по курсу на 24 сентября 2018 года.

Срок для подачи ходатайства в суд кассационной инстанции составляет шесть месяцев с момента вынесения определения судом апелляционной инстанции.

При подаче ходатайства в суд кассационной инстанции подлежит уплате государственная пошлина в следующих размерах:

- по имущественным требованиям: для юридических лиц – 0,75% и для физических лиц – 0,37% от оспариваемой суммы по арбитражному решению;
- по неимущественным требованиям – 300 тенге⁴⁶.

Рассмотрение ходатайства Верховным судом проводится в два этапа. На первом этапе осуществляется предварительное рассмотрение дела и решается вопрос о наличии оснований для пересмотра судебных актов и истребовании судебного дела. По результатам предварительного рассмотрения Верховный суд принимает решение о принятии дела к производству или об отказе в принятии дела к производству по причине отсутствия оснований для пересмотра.

В случае принятия дела к производству ходатайство рассматривается Верховным судом в судебном заседании с участием сторон по делу, неявка которых не является препятствием для рассмотрения дела в случае надлежащего извещения сторон.

Общий срок рассмотрения дела в кассационной инстанции составляет два месяца.

Верховный суд наделен правом приостановить исполнение обжалуемых судебных актов на срок до трех месяцев.

По результатам рассмотрения дела Верховный суд может оставить состоявшиеся судебные акты без изменения, изменить их либо отменить и направить дело на новое рассмотрение. Постановление суда кассационной инстанции вступает в законную силу со дня его оглашения.

Отметим, что законодательство допускает пересмотр постановлений суда кассационной инстанции в следующих ограниченных случаях:

- случаи, когда исполнение принятого постановления может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей либо для экономики и безопасности РК;

⁴⁶ Меньше 1 долл. США по курсу на 1 марта 2019 года.

- случаи, когда принятое постановление нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы;
- случаи, когда принятое постановление нарушает единообразие в толковании и применении судами норм права.

При наличии указанных оснований Председателем Верховного суда вносится представление или Генеральным прокурором вносится протест в Верховный суд о пересмотре судебного акта.

Признание и приведение в исполнение российских арбитражных решений

Казахстанская судебная практика, связанная с признанием и приведением в исполнение российских арбитражных решений, характеризуется тем, что казахстанские суды не всегда различают арбитраж и арбитражные государственные суды РФ. В связи с этим в судебных актах нередко фигурируют ссылки на Московское соглашение⁴⁷, Киевское соглашение⁴⁸ и Минскую конвенцию⁴⁹.

Так, например, в деле о признании и исполнении решения арбитража при МКАС ТПП РФ на территории Казахстана суды первой и апелляционной инстанций отказали в признании и исполнении решения со ссылкой на отсутствие в арбитражном решении отметки о его вступлении в законную силу, а также срока для добровольного исполнения. Верховный суд Казахстана, отменяя судебные акты нижестоящих судов, ссылается на наличие в деле справки МКАС о вступлении арбитражного решения в законную силу и указывает, что данное доказательство соответствует требованиям Минской конвенции. Вместе с тем Минская конвенция не применяется к исполнению иностранных арбитражных решений; суду надлежало руководствоваться Нью-Йоркской конвенцией.

В другом деле казахстанский суд, квалифицировав решение российского арбитражного института Международного третей-

⁴⁷ Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств – участников Содружества (Москва, 6 марта 1998 года).

⁴⁸ Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 года).

⁴⁹ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 года).

ского суда IUS в качестве решения иностранного суда, ссылается на Московское соглашение. Как и в предыдущем деле, суду надлежало применить Нью-Йоркскую конвенцию. Московское соглашение неприменимо к решениям международного арбитража.

Примечательным является дело, которое получило справедливое разрешение только в последней инстанции (в Верховном суде РК). Российская компания обратилась в казахстанский суд с заявлением о признании и исполнении решения арбитража при Московской торгово-промышленной палате. Казахстанский суд первой инстанции отказал в исполнении арбитражного решения, указав, что заявителю необходимо обратиться по данному вопросу в суд по месту рассмотрения спора арбитражем. При этом суд ошибочно применил нормы законодательства в части исполнения казахстанских арбитражных решений. Суд кассационной инстанции, указывая на эту ошибку, тем не менее оставляет судебный акт без изменения. При этом суд указывает заявителю на необходимость обращения в суд по месту рассмотрения спора арбитражем в соответствии со статьей 8 Киевского соглашения. И только Верховный суд РК, указывая, что Киевское соглашение регулирует вопросы исполнения судебных актов судов национальной судебной системы, поставил в этом деле решающую точку, отменив все акты нижестоящих судов.

СТАТУС И ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖНОГО ЦЕНТРА МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЦЕНТРА «АСТАНА»⁵⁰

В мае 2015 года Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев озвучил 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ и вхождению Казахстана в тридцатку развитых государств⁵¹.

В качестве одного из шагов было заявлено создание Международного арбитражного центра Международного финансового центра «Астана» (МАЦ) на примере арбитражного института при Международном финансовом центре в Дубае.

⁵⁰ Автор – А. В. Коробейников.

⁵¹ URL: https://strategy2050.kz/ru/page/message_text2014/.