



**АМЕРИКАНСКИЙ И МЕЖДУНАРОДНЫЙ ВЗГЛЯД
НА
ЗАКОН РК ОБ АРБИТРАЖЕ (2016):**

ОТЧЕТ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Профессор Хиро Н. Арагаки
Калифорнийский университет, Юридический колледж Гастингса
Юридическая школа SOAS, Лондон
Американская ассоциация юристов, Инициатива верховенства права
aragakih@uchastings.edu

*Американский и международный взгляд на
Закон РК об арбитраже*
Профессор Хиро Н. Арагаки



Программа по верховенству права в Казахстане, реализуется Американской ассоциацией юристов Инициатива Верховенства Права (ABA ROLI), при поддержке Агентства США по международному развитию (USAID).



Данный материал разработан и издан при поддержке Агентства США по международному развитию (USAID).

Автор несет ответственность за содержание материала, которое не обязательно отражает позицию USAID, ABA ROLI или Правительства США.

I. Введение

Настоящий отчет и рекомендации предлагают американский и международный взгляд на ключевые аспекты Закона об арбитраже (2016) и проекта нормативного постановления (2021).

При подготовке настоящего отчета и рекомендаций я изучил следующие источники:

- Закон об арбитраже, 2016 г.
- Гражданский процессуальный кодекс РК, 2015 г. (отдельные положения)
- Гражданский кодекс РК, 1994 г. (отдельные положения)
- Рекомендации и проект Концепции совершенствования взаимодействия судов и арбитражей в разрешении коммерческих споров, 2021 г.
- Обобщение судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года.

Пожалуйста, обратите внимание, что я работал с неофициальными переводами этих документов на английский язык. Поскольку эти переводы могут быть не на 100% точными, возможно, что я неправильно понял некоторые положения.

Я также участвовал через Zoom в двух совещаниях экспертов по вопросам взаимодействия судов и арбитражей в разрешении коммерческих споров, в Нур-Султане 20 апреля 2022 года и в Алматы 3 июня 2022 года.

II. Определения

В настоящем Отчете термины имеют следующие значения:

РК: Республика Казахстан

Виды арбитража

Иностранный арбитраж: арбитраж, заседающий за пределами Казахстана.

Международный арбитраж: арбитраж, заседающий в Казахстане, соответствует определению «международный» в Типовом законе.¹ По сути,

¹ Типовой закон определяет термин «международный» следующим образом:

Арбитраж является международным, если:

(а) стороны арбитражного соглашения на момент заключения этого соглашения имеют коммерческие предприятия в разных государствах; или

арбитраж является международным, если стороны находятся в разных государствах или, если они из одного государства, то либо (1) место арбитража находится в другом государстве, либо (2) существенная часть обязательств должна быть исполнена в другом государстве.

Внутренний арбитраж: арбитраж, заседающий в Казахстане, но не соответствует определению «международный» в Типовом законе. Это фактически означает арбитраж, в котором (1) обе стороны имеют коммерческое представительство в РК и (2) существенная часть обязательств должна быть исполнена в РК.

Институциональный арбитраж: В РК это называется «постоянный арбитраж». Институциональный арбитраж противоположен арбитражу *ad hoc* (арбитраж для разрешения конкретного спора), в котором отсутствует институциональный надзор за процессом.

Правовые инструменты

Проект нормативных положений: Рекомендации и проект Концепции совершенствования взаимодействия судов и арбитражей в разрешении коммерческих споров, 2021 г.

Европейская конвенция: Европейская конвенция о международном коммерческом арбитраже, 1961 г.

Типовой закон: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (2006)

Нью-Йоркская конвенция: Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958)

Учреждения

(b) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия:

i. место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении или в соответствии с ним;

ii. любое место, где должна быть исполнена существенная часть обязательств по коммерческим отношениям или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора; или

(c) стороны прямо договорились, что предмет арбитражного соглашения относится к более чем одной стране.

См. ТИПОВОЙ ЗАКОН ЮНСИТРАЛ О МЕЖДУНАРОДНОМ ТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ, ст. 1(3) (2006).

Арбитражная палата: Структура, созданная в соответствии со статьей 11 Закона об арбитраже.

Арбитражный центр НПП: Арбитражный центр «Атамекен» национальной палаты предпринимателей «Атамекен».

III. Дискуссия

В последующем обсуждении я сосредоточусь на десяти статьях Закона об арбитраже и ключевых вопросах, поднятых в них. Затем мною будут предложены некоторые рекомендации для дальнейшего рассмотрения.

А. Статья 1: Сфера применения - Должен ли иностранный/международный арбитраж рассматриваться иначе, чем чисто внутренний арбитраж?

Закон об арбитраже, похоже, использует «одновекторный» подход к рассмотрению иностранных, международных и внутренних арбитражей, что означает, что он одинаково регулирует все три вида арбитража.

Например, преамбула Закона об арбитраже гласит:

Настоящий Закон регулирует общественные отношения, возникающие в процессе арбитража в Республике Казахстан, а также порядок и условия признания и исполнения арбитражных решений в Казахстане.

Аналогично, статья 1 гласит:

Настоящий Закон применяется к спорам, возникающим из гражданских правоотношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри или вне государства, разрешаемым арбитражем, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан.

Необходимо рассмотреть два вопроса: **во-первых**, является ли двухвекторный подход более приемлемым для РК; **во-вторых**, даже если одновекторный подход сохранится, следует ли внести определенные уточнения в Закон об арбитраже, чтобы избежать чрезмерного вмешательства судов РК в иностранное арбитражи за пределами РК.

1. Вопрос №1: будет ли двухвекторный подход более приемлемым для РК?

С одной стороны, двухвекторный подход применяет международные стандарты и передовую практику к внутреннему арбитражу, и с этой точки зрения может иметь эффект повышения арбитражной культуры в РК. Это также

может привести внешних наблюдателей к выводу, что РК более «дружественна к арбитражу», чем другие юрисдикции с двухвекторным подходом, которые относятся к внутренним арбитражам менее благосклонно, чем к иностранным/международным арбитражам.²

С другой стороны, нередко государства, особенно развивающиеся, применяют двухвекторный подход. В качестве примера можно привести Сингапур, где действуют отдельные законы о внутреннем и международном арбитраже, в соответствии с которыми внутренние решения по вопросу права могут быть обжалованы в суде, а международные и иностранные решения - нет. Теория, лежащая в основе двухвекторного подхода, заключается в том, что государство больше заинтересовано в регулировании внутреннего арбитража (споры исключительно между своими гражданами; см. определение выше).

Например, в отличие от международных коммерческих споров, во многих внутренних спорах участвуют «более слабые» стороны, которые могут нуждаться в дополнительной защите. В ходе семинара 3 июня 2022 года мы услышали много критики в адрес арбитража с участием потребителей и «карманных арбитражей». Государство, вероятно, имеет больший интерес в регулировании таких арбитражей, а также в тщательном рассмотрении арбитражных решений, вынесенных на их основе. Принятие двухвекторного подхода, при котором к надзору за внутренними арбитражами и их решениями будут применяться несколько более строгие стандарты, чем к иностранным/международным арбитражам, может оказаться полезным компромиссным решением для РК: во-первых, это позволит РК показать всему миру, что она приняла передовую международную практику для иностранных и международных арбитражей, тем самым заверив международное сообщество в том, что РК является дружественной арбитражу юрисдикцией. Во-вторых, это признает некоторые практические реалии - например, что многие судьи в РК все еще часто склонны отменять арбитражные решения, и что потребители и другие внутренние стороны нуждаются в большей защите, чем искушенные международные коммерческие стороны.

Однако независимо от того, будет ли применяться двух- или одновекторный подход, арбитражные решения никогда не должны подлежать пересмотру по существу.

² Однако следует отметить, что отношение государства к чисто «внутренним» арбитражным разбирательствам может иметь значение для компаний, рассматривающих вопрос об арбитраже в этом государстве. Например, многие транснациональные корпорации создают внутренние дочерние компании в странах, в которых они инвестируют или ведут бизнес, некоторые из этих компаний могут находиться в полной собственности или под контролем иностранного юридического лица. Любой арбитраж между такой дочерней компанией и стороной, находящейся в стране, будет считаться внутренним арбитражем.

Рекомендация:

Подумайте, может ли, учитывая озабоченность по поводу потребительского арбитража и уже существующее мнение судей о необходимости более частой отмены арбитражных решений, двухвекторный подход быть лучше для РК, по крайней мере, в настоящее время. Закон об арбитраже уже признает, что к чисто внутреннему и иностранному/международному арбитражу должны применяться разные правила. Например, ст. 44(1) гласит, что «при рассмотрении спора между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан³ применяется законодательство Республики Казахстан». Такое же правило действует и в Индии, где также принят двухвекторный подход.

2. Вопрос №2: даже если будет принят двухвекторный подход, следует ли внести уточнения, чтобы избежать чрезмерного вмешательства судов РК в иностранные арбитражные разбирательства?

Закон об арбитраже написан таким образом, что все его положения одинаково применимы к арбитражным разбирательствам, которые являются иностранными, международными или внутренними.⁴

В отличие от этого, ст. 1(2) Типового закона содержит следующее положение: «Положения настоящего Закона, за исключением статей 8, 9, 17Н, 17I, 17J, 35 и 36, применяются только в том случае, если место арбитража находится на территории данного государства». Перечисленные статьи касаются следующих тем:

- Передача дела в арбитраж
- Обеспечительные меры суда
- Исполнение судом/отказ в исполнении обеспечительных мер, принятых арбитражным судом
- Основания для отказа в признании или исполнении арбитражных решений

Другими словами, Типовой закон разъясняет, что в случае иностранного арбитража суды, расположенные на территории государства, не обладают юрисдикцией, кроме как в отношении вышеуказанных пяти пунктов.

Данное разъяснение иногда может оказаться полезным. Например, как и Закон об арбитраже, Закон Индии об арбитраже и примирении 1996 года не

³ Это будет считаться «внутренним арбитражем». См. выше часть 1, «Определения».

⁴ См. Закон об арбитраже, преамбула и ст. 1, приведенные в тексте выше.

содержит эквивалента статьи 1(2) Типового закона. В связи с этим Верховный суд Индии посчитал, что он вправе аннулировать арбитражное решение, вынесенное в арбитраже ЛМАС (Лондонский международный арбитражный суд), заседавшем в Лондоне, которое было принято в пользу индийской компании.⁵ Это решение, противоречащее общепринятому принципу, согласно которому только суды места проведения арбитража могут отменять арбитражные решения, вызвало критику со всего мира и способствовало тому, что Индия приобрела репутацию отсталой арбитражной юрисдикции.⁶ Хотя не похоже, чтобы суд в РК пришел к такому же выводу, этот пример из Индии может служить предупреждением, особенно если судьи в РК не в полной мере разбираются в международном арбитражном праве. Затраты на добавление эквивалента ст. 1(2) в Закон об арбитраже представляются минимальными по сравнению с потенциальной выгодой.

Рекомендация

Независимо от того, будет ли принят одновекторный или двухвекторный подход, рассмотрите возможность добавления формулировки, аналогичной статье 1(2) Типового закона, чтобы предотвратить вмешательство судов РК в иностранные арбитражные разбирательства.

В. Статья 10: Сфера компетенции суда при рассмотрении вопроса о действительности арбитражного соглашения

Ст. 10 Закона об арбитраже гласит:

Суд, в который подан иск о предмете арбитражного спора, направляет стороны в арбитраж, если любая из сторон просит об этом, не позднее первого заявления по существу спора, если он не признает арбитражное соглашение недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению.

Пункт 53 проекта Нормативного постановления предоставляет судам широкую свободу действий при проверке действительности арбитражного соглашения:

Если, однако, судья установит, что арбитражное соглашение является недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению [*так в исходном тексте*], судья не возвращает иск или оставляет его без рассмотрения. Фраза «если он не установит» означает, что в функции суда *в своем официальном качестве* (т.е. в

⁵ См. Дело Venture Global против Satyam Computers Services Ltd (2008) 4 SCC 190.

⁶ Это решение было в конечном итоге отменено, когда в 2015 году в Закон Индии об арбитраже и примирении были внесены поправки.

силу собственной обязанности) входит определение того, является ли спор арбитрабельным или нет, а также определение наличия оснований, указанных в статье 52(2) Закона об арбитраже, для отмены арбитражного решения и оснований, указанных в статье 57(1)(2) Закона об арбитраже, для отказа в признании и исполнении арбитражного решения.

Этот аспект законодательства РК в целом соответствует международному праву и часто встречается в национальном законодательстве. Например, ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции предусматривает:

Суд государства-участника, рассматривая иск по делу, в отношении которого стороны заключили соглашение по смыслу настоящей статьи, должен по просьбе одной из сторон передать его в арбитраж, если только он не установит, что указанное соглашение является недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению.

ст. 8(1) Типового закона также предусматривает:

Суд, в который подан иск по делу, который является предметом арбитражного соглашения, должен, если сторона просит об этом не позднее, чем при представлении своего первого заявления по существу спора, направить стороны в арбитраж, если он не установит, что соглашение является недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению.

Однако существует риск, связанный с разрешением суду проводить пленарное заседание или провести тщательный анализ действительности арбитражного соглашения до его приведения в исполнение. Во-первых, если национальные суды не являются сторонниками арбитража или не знакомы с международными нормами, касающимися арбитража, такая проверка может привести к ненужным задержкам в принятии решений о действительности. Это также может привести к уменьшению количества споров, передаваемых в арбитраж. Во-вторых, такой пересмотр нарушает принцип *kompetenz-kompetenz*, в соответствии с которым арбитры обладают компетенцией определять свою собственную юрисдикцию. Ст. 20(1) Закона об арбитраже⁷ включает в себя принцип *kompetenz-kompetenz* следующим образом:

Арбитраж самостоятельно решает вопрос о принятии или отказе в юрисдикции (независимо от того, вправе он или нет) рассматривать переданный ему спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон

⁷ См. также п. 18 проекта нормативных положений («Арбитраж [так в исходном тексте] самостоятельно решает, имеет ли он полномочия (юрисдикцию) рассматривать переданный ему спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства на основании недействительности арбитражного соглашения»).

возражает против арбитражного разбирательства в связи с недействительностью арбитражного соглашения...

В связи с этими рисками законодательство некоторых стран пытается ограничить проверку судом действительности арбитражной оговорки. Например, во Франции и некоторых других странах суды передают дела в арбитраж, если только арбитражное соглашение не является «явно недействительным»⁸ или если не ясно, без необходимости сбора дополнительных доказательств, имеется ли действительное арбитражное соглашение (например, если соглашение не заключено в письменной форме). Некоторые из этих стран также следуют Типовому закону в большинстве других аспектов и рассматриваются ЮНСИТРАЛ как юрисдикции Типового закона.

Индия является еще одним примером того, что иногда может пойти не так, если не прояснить намерение, лежащее в основе статьи 10. Закон Индии об арбитраже и примирении 1996 года следовал подходу ст. 10 Закона об арбитраже и ст. 8(1) Типового закона. Суды проводили широкомасштабное расследование действительности арбитражного соглашения до приведения его в исполнение, что создавало огромные задержки и приводило к тому, что многие арбитражные соглашения не исполнялись. Ситуация не менялась до 2015 года, пока в Закон Индии об арбитраже и примирении не были внесены поправки, согласно которым суды могут признать арбитражное соглашение недействительным, только если они обнаружат, что «*prima facie* арбитражного соглашения не существует». Это аналогично французскому стандарту «явной недействительности».

США являются здесь исключением, поскольку, хотя они и следуют принципу делимости, они не следуют принципу *kompetenz-kompetenz*. Согласно устоявшемуся американскому законодательству, суды обладают юрисдикцией выносить решения о действительности арбитражной оговорки; арбитры могут выносить решения только о действительности более крупного соглашения, в котором содержится арбитражная оговорка. На практике, однако, принцип *kompetenz-kompetenz* все еще более или менее соблюдается в США, поскольку подавляющее большинство институциональных правил предусматривает, что арбитраж может выносить решение о своей собственной юрисдикции. Например, правило R-7 Регламента коммерческого арбитража Американской арбитражной ассоциации предусматривает следующее: «Арбитр имеет право выносить решение о своей собственной юрисдикции, включая любые возражения относительно существования, сферы действия или действительности арбитражного соглашения или арбитрабельности любого иска или встречного иска». Кроме того, многие арбитражные соглашения содержат аналогичное положение. Верховный суд США разъяснил, что частные стороны могут включать такие положения в свои договоры (известные как «оговорки о делегировании полномочий»), и что они будут соблюдаться до тех пор, пока

⁸ Гражданский процессуальный кодекс Франции, ст. 1448.

*Американский и международный взгляд на
Закон РК об арбитраже*
Профессор Хиро Н. Арагаки

намерение сторон делегировать полномочия подтверждается «ясными и убедительными» доказательствами.⁹

⁹ Это отличается от традиционного бремени доказывания в гражданских делах, которое заключается в доказательстве претензий только «перевесом доказательств».

Рекомендация №1:

Обеспечение надлежащей передачи дел в арбитраж важно для развития арбитража, и это может быть особенно актуально в РК, если судьи уже склонны признавать арбитражные соглашения и решения недействительными.

Рассмотреть вопрос о целесообразности пересмотра ст. 10 Закона об арбитраже, чтобы уточнить, что при предъявлении арбитражного соглашения суд должен передать дело в арбитраж, если только он не установит, что «при отсутствии доказательства в пользу противного - арбитражного соглашения не существует» или что арбитражное соглашение «явно недействительно», или слова аналогичного содержания.

В качестве альтернативы проект Нормативного постановления может уточнить узкий круг дел, в которых суд может отказать в исполнении арбитражного соглашения на основании того, что оно «недействительно, утратило силу или не подлежит исполнению». Они должны быть ограничены явными случаями, когда можно сделать вывод, не прибегая к определению достоверности или сбору дополнительных фактов, что арбитражное соглашение не существует. Любое другое исследование действительности или исполнимости арбитражного соглашения противоречит принципу *kompetenz-kompetenz*, закрепленному в ст. 20(1), поскольку это чревато тем, что суд может решить, что соглашение является недействительным, даже если арбитры пришли бы к выводу, что оно таковым не является (или *наоборот*).

Различие, проведенное в проекте нормативных положений между «недействительным» и «незаключенным» арбитражным соглашением, может дать такое разъяснение. Например, п.19 гласит:

Недействительность арбитражного соглашения следует отличать от его незаключенности. Понятие незаключенного договора и его отличие от недействительной сделки уходит корнями в судебную практику Казахстана, которая исходит из разграничения недействительных сделок и незаключенных соглашений, признавая, что незаключенные соглашения не порождают правоотношений и в этом смысле не требуют судебного признания незаключенности и не могут быть признаны недействительными.

Возможно, выяснение судами того, является ли арбитражное соглашение «недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению» в соответствии со ст. 10 следует ограничить выяснением того, является ли соглашение «незаклученным», тем самым требуя, чтобы определения о действительности, истечении срока действия или невозможности исполнения направлялись арбитрам. Во избежание путаницы это можно было бы четко указать в ст. 10 или дополнительно подчеркнуть в проекте Нормативного постановления.

Рекомендация №2:

Если необходимо использовать двухвекторный подход, рассмотрите вопрос о том, следует ли применять стандарт «явной недействительности» или «prima facie» только к иностранному и международному арбитражу, позволяя судам проводить более тщательную проверку действительности внутренних арбитражных соглашений.

С. Статьи 10 и 27: если в арбитражном соглашении не указан арбитражный орган

Согласно Закону об арбитраже, если стороны (1) решили передать свой спор в арбитражный орган, но (2) не указали его название, то это влечет за собой два последствия (если только спор не регулируется Европейской конвенцией).

Во-первых, арбитраж должен вернуть иск в соответствии со ст. 27(1)(2), которая гласит:

Арбитраж должен вернуть исковое заявление, если: ... исковое заявление подается в арбитраж, не указанный в арбитражном соглашении.

Во-вторых, суд не может передать дело в арбитраж в соответствии со ст. 10. Это связано с тем, что, согласно п. 20 проекта Нормативного постановления, арбитражное соглашение, в котором не «определен арбитражный орган, в который стороны обязались передать спор, который уже возник или может возникнуть», «считается незаключенным». Если арбитражное соглашение считается «незаключенным», то, *следовательно*, оно является недействительным, и суд не может привести его в исполнение в соответствии со ст. 10.

Проблема заключается в том, что стороны, как известно, составляют арбитражные соглашения не совсем корректно. Нередки случаи, когда стороны соглашались на институциональный арбитраж, а затем опускают название учреждения. Иногда, если речь идет об очень старой арбитражной оговорке (например, в договорах чартера, договорах долгосрочной аренды), указанное учреждение может уже не существовать. В других случаях стороны неточно описывают предполагаемое учреждение (например, «арбитраж в Высоком суде Лондона», а не в ЛМАС). В этих случаях может быть бы полезно, чтобы суды имели право толковать и заполнять пробелы в арбитражном соглашении, а не выносить решение о том, что арбитражное соглашение не было «заключено». Например, в США, если в арбитражной оговорке указан конкретный арбитр или учреждение, которое уже недоступно, это не делает оговорку недействительной. Вместо этого суд может назначить другого арбитра или учреждение.

В делах, регулируемых Европейской конвенцией, уже существует процесс рассмотрения подобных ситуаций.¹⁰ Проблема заключается в том, что многие международные и иностранные арбитражи (и все внутренние арбитражи) не

¹⁰ См. пункт 21 проекта нормативных положений.

подпадают под действие Европейской конвенции. Следовательно, для таких арбитражных разбирательств может быть полезно создать процедуру, аналогичную той, что описана в Конвенции.

Также гораздо чаще стороны передают свои будущие споры в арбитраж, не уточняя, предполагается ли институциональный арбитраж или арбитраж *ad hoc* (например, «Стороны согласны передать все споры в арбитраж в Казахстане»). Следствием ст. 27(1)(2) и п.20 для таких случаев является следующее: поскольку учреждение не было названо, любое соглашение о передаче спора в институциональный арбитраж будет считаться «не заключенным», в то время как любое соглашение о передаче в арбитраж *ad hoc* (который не требует указания учреждения) не будет затронуто. Предположительно, это приведет к тому, что спор будет передан в арбитраж *ad hoc*.

Но это, вероятно, противоположно тому, чему должно способствовать законодательство, поскольку институциональный арбитраж предпочтительнее арбитража *ad hoc* (особенно если цель состоит в том, чтобы содействовать развитию культуры арбитража в РК). По этой причине в делах, регулируемых Европейской конвенцией о международном коммерческом арбитраже («Европейская конвенция»), может быть полезным: (1) обязать Арбитражный центр НПП¹¹ передавать дело в институциональный арбитраж (а не разрешать ему выбирать между этими двумя видами арбитража) и (2) наделить Арбитражный центр полномочиями по выбору соответствующего арбитражного учреждения.

¹¹ РК уведомила ООН, что «функции, изложенные в статье IV Европейской конвенции, выполняются Арбитражным центром НПП РК». См. п.21 проекта нормативных положений.

Рекомендация №1:

Подумайте, следует ли вносить поправки в Закон об арбитраже и/или проект Нормативного постановления, чтобы предусмотреть процесс, аналогичный ст. IV Европейской конвенции в случаях, когда Европейская конвенция не применима. Это будет способствовать развитию арбитражного процесса, поскольку позволит избежать результата, предусмотренного п. 20 проекта Нормативного постановления и ст. 27(1)(2) Закона об арбитраже - а именно, что арбитражное соглашение не было «заключено».

Кроме того, при создании такого процесса следует рассмотреть вопрос о том, следует ли отступать от ст. IV (6) Конвенции, которая уполномочивает Арбитражный центр НПП РК решать, следует ли использовать арбитраж *ad hoc* или институциональный арбитраж. Как обсуждалось выше, может быть предпочтительнее создать презумпцию или требование в пользу институционального арбитража в случаях, когда стороны не ясно выразили свое намерение по этому вопросу.

В качестве альтернативы можно рассмотреть возможность принятия единой процедуры, аналогичной ст. IV Европейской конвенции для всех видов арбитража (иностранного, международного и внутреннего), чтобы обеспечить последовательность и избежать необходимости возвращаться к тексту Европейской конвенции.

Рекомендация №2:

Рассмотреть вопрос о том, должны ли функции, изложенные в ст. IV Европейской конвенции, выполняться Арбитражной палатой, а не «Арбитражным центром НПП РК». Арбитражная палата уже выполняет аналогичные функции в соответствии со ст. 14(6), поэтому с точки зрения последовательности им может быть проще выполнять эту функцию. Кроме того, если стороны договорились направлять свои споры в институциональный арбитраж, но не назвали учреждение, ст. IV (5) Европейской конвенции призывает председателя уполномоченной торговой палаты назначить соответствующее учреждение. Что касается Арбитражной палаты и Арбитражного центра НПП, то первый представляется более похожим на Торговую палату (если я правильно понял, Арбитражный центр НПП сам является постоянно действующим арбитражем). Если Арбитражному центру НПП будет поручено выбрать соответствующее учреждение, у него может возникнуть конфликт интересов (если только ему не запрещено назначать себя в качестве такого учреждения).

D. Статья 17: вопросы, связанные с раскрытием информации и отводом арбитров

Ст. 17(1) Закона об арбитраже позволяет сторонам заявлять отвод арбитрам «в случае его/ее несоответствия требованиям статьи 13 настоящего Закона».

Ст. 13(1), в свою очередь, определяет арбитра как лицо, «прямо или косвенно не заинтересованное [т.е. беспристрастное] в исходе дела, независимое от сторон и согласное выполнять обязанности арбитра», а также обладающее другими профессиональными и личными качествами.

Однако международный стандарт гласит, что арбитры могут быть оспорены не только по причине отсутствия беспристрастности или независимости, но и если «существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения в ... непристрастности или независимости».¹² Другими словами, для целей отвода достаточно обоснованных сомнений, а не доказательств фактического отсутствия непристрастности или независимости.

Рекомендация:

Рассмотреть вопрос о том, следует ли изменить стандарт отвода арбитров в соответствии с международным стандартом «обоснованных сомнений».

Ст. 17(3) гласит, что арбитры должны «сообщать об обстоятельствах, являющихся основанием для отвода в соответствии со статьей 13 настоящего Закона». Это предполагает, что раскрытие информации требуется только в том случае, если арбитр на самом деле не является непристрастным или независимым.

Однако на международном уровне стандартом является то, что арбитры должны добровольно «раскрывать любые обстоятельства, [1] способные вызвать [2] обоснованные сомнения в их непристрастности или независимости».¹³ Это гораздо более мягкий стандарт, который, как правило, приводит к большему, а не меньшему раскрытию информации.

Рекомендация:

Рассмотреть вопрос о том, следует ли изменить стандарт отвода, чтобы он в большей степени соответствовал международному стандарту о «способности вызвать обоснованные сомнения».

Ст. 17(3) далее предусматривает, что «если эти обстоятельства возникли в ходе арбитражного разбирательства, арбитр должен немедленно уведомить об этом стороны и взять самоотвод».

Если обстоятельства свидетельствуют о фактическом отсутствии непристрастности или независимости, то вполне понятно, что арбитр должен

¹² См. Типовой закон, ст. 12(2); Руководство МАЮ по конфликтам интересов в международном арбитраже, Часть I(3) (Пояснение (с)).

¹³ См. Типовой закон, ст. 12(1); Руководящие принципы МАЮ по конфликтам интересов в международном арбитраже, часть I(3).

будет взять самоотвод. Однако даже в таком случае принцип автономии сторон (Закон об арбитраже, ст. 5(1)) предполагает, что стороны должны иметь возможность отказаться от такого конфликта интересов, особенно если арбитраж близок к завершению, и они решили, что затраты на отвод и замену арбитра другим арбитром перевешивают потенциальные выгоды. Таким образом, арбитр не обязательно должен «заявлять о самоотводе».

И если ст. 17(3) будет изменена предложенным выше образом, с таким расчетом, чтобы арбитр должен был раскрыть даже те обстоятельства, которые «[1] могут вызвать [2] обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости», из этого, конечно, не следует, что арбитр должен «взять самоотвод» после раскрытия информации. В таком случае стороны должны сами заявить отвод арбитру на основании его раскрытия.

Рекомендация:

Рассмотрите возможность исключения формулировки «взять самоотвод», тем самым обязав арбитров только уведомить стороны о потенциальном конфликте интересов.

Ст. 17(7) предусматривает следующее:

Если порядок отвода арбитра не согласован сторонами или не определен регламентом постоянно действующего арбитражного суда, сторона должна представить в арбитраж письменное мотивированное заявление об отводе арбитра в течение тридцати календарных дней после того, как стороне стало известно об обстоятельствах, дающих основания для отвода. . . . [1a] Если отводимый арбитр отказывается взять самоотвод или одна из сторон не согласна с отводом арбитра, вопрос об отводе разрешается арбитрами, входящими в состав арбитража, в течение десяти календарных дней с момента получения от стороны письменного аргументированного заявления. . . . [1b] Если единоличный арбитр отказывается удовлетворить ходатайство одной или обеих сторон об отводе или одна из сторон не согласна с отводом арбитра, то [2] вопрос об отводе разрешается путем достижения сторонами соглашения о прекращении арбитражного разбирательства данным составом арбитража.

Главы [1a] и [1b] предусматривают, что арбитр может отказаться от отвода в ситуации, когда обе стороны заявляют отвод арбитру или требуют его отвода. Но если обе стороны не желают, чтобы арбитр продолжал исполнять свои обязанности, подумайте, требует ли принцип автономии сторон (Закон об арбитраже, ст. 5(1)) от арбитра отвода. Именно такого подхода придерживается Кодекс этики арбитров Американской арбитражной ассоциации, Канон II(G), который гласит: «Если все стороны просят арбитра сложить полномочия, арбитр должен это сделать».

Глава [2] предполагает, что если единоличный арбитр отказывается взять самоотвод, то единственным выходом является соглашение сторон о прекращении разбирательства. Глава [2] имеет смысл в ситуации, когда арбитр явно неправ, отказываясь взять самоотвод. Однако иногда сам отвод является необоснованным, и арбитр имеет все основания не заявлять о самоотводе. В таких обстоятельствах, если стороны будут вынуждены прекратить разбирательство, это будет несправедливо по отношению к стороне, не заявляющей отвод (а также приведет к ненужным задержкам, расходам и неэффективности).

По этой причине ст. 13(3) Типового закона содержит следующее положение:

Если отвод по любой процедуре, согласованной сторонами, или по процедуре [отвода арбитров] не был удовлетворен, сторона, подавшая отвод, может в течение тридцати дней после получения уведомления о решении, отклоняющем отвод, просить суд или другой орган, указанный в статье 6, принять решение по отводу, которое не подлежит обжалованию; пока такое ходатайство находится на рассмотрении арбитража, включая арбитра, которому был заявлен отвод, может продолжить арбитражное разбирательство и вынести решение.

Рекомендация №1:

Что касается [1a] и [1b], рассмотрите возможность уточнения в тексте Закона об арбитраже или в проекте Нормативного постановления, что в случае заявления отвода арбитру обеими сторонами, арбитр должен выйти из процесса.

Рекомендация №2:

Что касается пункта [2], рассмотрите возможность включения процедуры, аналогичной ст. 13(3) Типового закона, которая позволит суду или другому органу пересмотреть отказ арбитра от отвода. В случае институционального арбитража такое определение может вынести само учреждение. В случае арбитража *ad hoc* я бы рекомендовал наделить Арбитражную палату полномочиями выносить такое определение, поскольку она сама не является арбитражем и по этой причине может рассматриваться как более нейтральный орган. Я также рекомендую пересмотреть для ясности Закон об арбитраже или проект Нормативного постановления.

Е. Статья 18: наименование органа, ответственного за прекращение полномочий арбитра в *ad hoc* арбитражах

Статья 18(1) гласит:

Полномочия арбитра могут быть прекращены по соглашению сторон по основаниям, предусмотренным статьей 17 настоящего

Закона, а также в случае неисполнения им своих полномочий в течение установленного срока рассмотрения спора или невозможности исполнения своих обязанностей по болезни, в связи со смертью или отказом от своих полномочий по рассмотрению спора.

В случае возникновения разногласий по любому из оснований, указанных в части первой настоящего пункта, любая из сторон может обратиться к председателю постоянно действующего арбитража с просьбой вынести определение о прекращении полномочий арбитра.

Проблема заключается в том, что данное положение, по-видимому, предполагает, что арбитраж ведется арбитражным учреждением. В случае арбитража *ad hoc* «председателя постоянно действующего арбитража», которому, очевидно, был бы адресован запрос, не существует.

Рекомендация:

Рассмотреть возможность разъяснения того, что в случае арбитража *ad hoc* просьбы о прекращении дела подаются в Арбитражную палату.

Ф. Статья 22: если арбитражное слушание проводится вне места проведения заседания

Ст. 22 Закона об арбитраже предусматривает, что:

Стороны могут определить место проведения арбитражного слушания по своему усмотрению. При отсутствии такого соглашения место проведения арбитражного слушания определяется арбитражем с учетом обстоятельств дела, в том числе для удобства для сторон.

Это положение относится к «месту» заседания арбитража, что является важным определением, имеющим юридические последствия.

Проблема в том, что иногда стороны предпочитают проводить арбитраж в другом месте, а не в месте нахождения. Это может быть даже иностранное государство. Важно уточнить, что, если по удобству или по другим причинам арбитраж проводится в другом месте, место заседания остается прежним.

Данное разъяснение особенно важно, поскольку ст. 45(3) Закона об арбитраже гласит, что «арбитражное решение считается принятым по месту проведения арбитражного разбирательства и вступает в силу с даты его подписания арбитром (арбитрами)». Предположим, что в соответствии с арбитражным соглашением местом проведения арбитражного разбирательства является государство А, но стороны из соображений удобства провели арбитражное разбирательство в РК. Ст. 45(3) рискует привести к ситуации, когда любое арбитражное решение будет считаться вынесенным в РК (а не в

государстве А, которое является местом заседания арбитража) и, следовательно, подлежит отмене судами РК.

Ст. 20(2) Типового закона позволяет избежать такой ситуации, поскольку включает дополнительный пункт, который был опущен в ст. 22 Закона об арбитраже. Этот пункт гласит:

Несмотря на положения пункта (1) настоящей статьи, арбитраж может, если стороны не договорились об ином, собраться в любом месте, которое он считает подходящим для консультаций между своими членами, для заслушивания свидетелей, экспертов или сторон, или для осмотра товаров, другого имущества или документов.

Рекомендация:

Рассмотреть возможность пересмотра Закона об арбитраже или проекта Нормативного постановления с целью включения положения, аналогичного ст. 20(2) Типового закона.

Г. Статья 45: объявление о принятии арбитражного решения на слушаниях; крайний срок для вынесения письменного арбитражного решения

Ст. 45(1) Закона об арбитраже гласит:

Арбитражное решение объявляется на арбитражном слушании, если иное не установлено регламентом. Арбитраж может огласить только резолютивную часть решения. В этом случае аргументированное решение должно быть направлено сторонам в течение десяти календарных дней со дня объявления резолютивной части решения, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон.

Это может привести к ненужным расходам и задержкам, если отдельное слушание должно быть назначено только для объявления резолютивной части решения. Такое требование может также привести к тому, что арбитры будут испытывать давление, требуя объявить свое решение после рассмотрения доказательств, что не даст им достаточно времени для тщательного и аргументированного обсуждения. Хотя арбитражные учреждения должны иметь право поощрять или требовать от арбитров вынесения устных решений на арбитражном слушании, это отличается от того, что государство требует от арбитров.

Кроме того, десять календарных дней кажется слишком коротким сроком для подготовки аргументированного письменного решения. В США стандартный срок составляет 30 дней. В международных коммерческих арбитражах стандартный срок иногда составляет 60 дней.

В качестве альтернативы, подумайте, не следует ли вообще исключить из Закона об арбитраже временные рамки для вынесения решения. Установленный в законе срок может быть истолкован как отменяющий альтернативные, более щедрые сроки, установленные правилами арбитражных учреждений. Кроме того, временные рамки могут побудить проигравшую сторону оспаривать арбитражные решения, вынесенные с опозданием, на том основании, что арбитры больше не обладают юрисдикцией или компетенцией после превышения сроков. В США были подобные прецеденты, которые влекли за собой ненужные судебные разбирательства, связанные с отменой решений. На практике профессиональные арбитры будут иметь достаточные репутационные и рыночные стимулы для своевременного вынесения решений. Арбитражным учреждениям также следует предоставить широкую свободу действий по установлению сроков вынесения арбитражных решений без опасения быть ограниченными установленными законом сроками.

Рекомендация:

Рассмотрите возможность отмены требования о созыве слушаний для вынесения устного решения. Рассмотрите возможность отмены или продления 10-дневного срока для вынесения письменного решения.

Ст. 45(1) по-прежнему предусматривает следующее:

Арбитр, не согласный с решением большинства членов арбитража, имеет право изложить свое особое мнение, которое прилагается к решению. Стороны имеют право ознакомиться с особым мнением арбитра.

Хотя иногда особое мнение может быть ценным и служить полезной цели, общее мнение заключается в том, что его следует использовать редко, и что арбитраж должен стараться как можно чаще приходить к единогласному мнению.

Рекомендация:

Рассмотреть возможность добавления в проект Нормативного постановления пункта, не поощряющего письменное изложение особых мнений.

Н. Статья 46: арбитры, действующие в качестве медиаторов; форма арбитражных решений на согласованных условиях

Статья 46 Закона об арбитраже гласит:

Если стороны урегулируют спор в ходе арбитражного разбирательства, в том числе путем медиации, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Республики Казахстан о медиации, арбитраж прекращает разбирательство и по просьбе сторон оформляет это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Арбитражное решение на согласованных условиях выносится в соответствии с положениями статьи 45 настоящего Закона. Это решение подлежит исполнению в том же порядке, что и арбитражное решение, вынесенное по существу спора.

По мере роста популярности медиации на международном уровне растет интерес к «многоуровневым» процессам, таким как медиация-арбитраж или арбитраж-медиация-арбитраж. В некоторых странах, например, в Китае, считается нормальным (и даже предпочтительным), чтобы арбитр способствовал урегулированию спора и выступал в качестве медиатора в ходе арбитражного разбирательства. В большинстве других стран, особенно в странах общего права, считается плохой практикой, когда одно и то же лицо выступает в качестве арбитра и медиатора в одном и том же споре.

В некоторых странах, таких как Австралия, Гонконг и Сингапур, арбитражное законодательство содержит подробные положения, определяющие обстоятельства, при которых одно и то же лицо может выступать в качестве арбитра и медиатора в одном и том же споре. Этот вопрос может стать более актуальным в РК, поскольку РК недавно ратифицировала Конвенцию Организации Объединенных Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации («Сингапурская конвенция»).

Кроме того, ссылка на ст. 45 представляется ошибочной. Возможно, это ошибка в английском переводе Закона об арбитраже. По-видимому, должна быть ссылка на ст. 47. Если имеется в виду ст. 47, возможно, необходимо уточнить, что некоторые формальные требования, содержащиеся в этом разделе (например, требование о том, чтобы арбитры обсуждали существо дела и доказательства, на которых основаны выводы), не должны соблюдаться в случае арбитражных решений на согласованных условиях.

Рекомендация №1:

Подумайте, следует ли рассматривать вопрос о том, чтобы арбитры выступали в качестве медиатора в одном и том же споре. Акты о международном арбитраже Австралии, Гонконга и Сингапура могут предоставить полезные прецеденты для ознакомления с этим вопросом.

Рекомендация №2:

Подумайте, следует ли заменить ссылку на ст. 45 ссылкой на ст. 47, и следует ли добавить оговорку о том, что в случае арбитражных решений на согласованных условиях применяется только часть формальных требований, предусмотренных ст. 47.

I. Статьи 52 и 57: вопросы, связанные с отменой и отказом в исполнении арбитражных решений

Существует несколько аспектов законодательства РК об отмене и отказе в исполнении арбитражных решений, которые заслуживают внимания.

Во-первых, положения об отмене и отказе в исполнении арбитражных решений не соответствуют передовой международной практике, поскольку создают дополнительное основание для отмены/отказа в признании, тем самым увеличивая вероятность того, что арбитражные решения не будут приведены в исполнение.

Ст. 52(1)(5) и ст. 57(1)(1)(5) Закона об арбитраже предусматривают, что арбитражное решение будет отменено или ему будет отказано в исполнении, если сторона докажет, что:

существует вступившее в законную силу решение суда или арбитражное решение, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска.

Этого положения нет ни в Типовом законе, ни в Нью-Йоркской конвенции. Хотя оно кажется относительно безобидным, оно может вызвать проблемы, если данное положение будет истолковано как включающее решения иностранных судов, и в этом случае можно будет утверждать, что такое решение, приводящее в исполнение арбитражное решение, будет основанием в соответствии со ст. 52(1)(5) или 57(1)(1)(5) либо для: (а) отказать в исполнении того же арбитражного решения в РК, либо (б) отменить то же решение в РК (при условии, что арбитраж изначально проходил в РК).

В любом случае, проблемы, связанные с дублированием арбитражных решений, которые призвано решить данное положение, на практике будут возникать и решаться гораздо раньше - на стадии, когда сторона пытается инициировать дублирующее судебное или арбитражное разбирательство. Поэтому подумайте, как часто в действительности будет выноситься судебное решение или арбитражное решение по одному и тому же спору с участием одних и тех же сторон.

Кроме того, в п. 179 проекта Нормативного постановления признается, что, если арбитражное решение отменено в соответствии со ст. 52(1)(5), отмена не будет являться основанием для отказа в исполнении арбитражного решения в странах-участницах Европейской конвенции. Возможно, что государства за пределами Европы займут аналогичную позицию, что вызовет дополнительные вопросы о пользе ст. 52(1)(5).

Рекомендация

Чтобы соответствовать международной практике, рассмотрите возможность исключения этого положения из ст. ст. 52(1)(5) и 57(1)(1)(5).

В качестве альтернативы, если РК примет двухвекторный подход, предложенный выше, она могла бы сохранить ст. 52(1)(5) только для решений внутреннего арбитража, обеспечивая при этом, чтобы основания для отмены решений международного арбитража и отказа в исполнении иностранных решений оставались идентичными Типовому закону и Нью-Йоркской конвенции.

Во-вторых, ст. ст. 52(2) и 57(1)(2) предусматривают, что суд «должен» отменить/отказать в исполнении арбитражного решения, если он установит, что выполняется один из двух критериев.¹⁴ Аналогичным образом, ст. 57(1)(1) предусматривает, что суд «должен» отказать в исполнении арбитражного решения, если сторона, сопротивляющаяся исполнению, представит одно из нескольких оснований. С другой стороны, ст. 52(1) четко не указывает, «должен» ли суд отменить арбитражные решения в аналогичных обстоятельствах или он имеет право по своему усмотрению отказывать в отмене. Таким образом, это создает некоторую двусмысленность.

В отличие от этого, международная практика предоставляет судам широкую свободу действий в этих вопросах и позволяет им не отменять арбитражные решения или отказывать в их исполнении даже при наличии одного из оснований.

Например, ст. V Нью-Йоркской конвенции предусматривает, что суд «может» отказать в признании и исполнении, если суд найдет или сторона, сопротивляющаяся исполнению, докажет одно из нескольких оснований.

Типовой закон повторяет эту формулировку в отношении отмены и отказа в исполнении арбитражных решений.¹⁵

¹⁴ Например, в пункте 116 проекта Нормативного постановления говорится, что «обстоятельства, указанные в пункте 2 статьи 52 Закона, если они установлены судом, являются безусловным основанием для отмены решения суда», что предполагает полное отсутствие у суда свободы действий.

¹⁵ См. Типовой закон, ст. 34, 36. Выделенное здесь различие между Законом об арбитраже и Нью-Йоркской конвенцией (а также Типовым законом) было также отмечено в п. 185 проекта нормативных положений:

Еще одно существенное обстоятельство, на которое Верховный суд обращает внимание в Обобщении судебной практики о признании, исполнении и отмене арбитражных решений, касается различий между формулировками, изложенными в статье 5 Нью-Йоркской конвенции, статье 255 ГПК и статье 57 Закона об арбитраже:

Рекомендация:

Рассмотреть возможность изменения формулировки этих положений, чтобы дать судьям больше свободы действий для утверждения решений, даже если доказано одно из оснований для отмены или отказа в исполнении. Теоретически, это должно привести к тому, что в РК будет приводиться в исполнение больше арбитражных решений.

В качестве альтернативы, если будет применяться двухвекторный подход, рассмотреть возможность предоставления судам права отменять или отказывать в исполнении решений внутреннего арбитража, но разрешить это делать в случае иностранных и/или международных арбитражных решений.

В-третьих, Закон об арбитраже не дает четкого понимания того, что могут быть отменены только арбитражные решения, вынесенные в РК, и оставляет возможность того, что суды РК сочтут нужным отменить иностранные арбитражные решения. Такая возможность возникает из-за отсутствия формулировки, аналогичной ст. 1(2) Типового закона (как отмечалось при обсуждении статьи 1 выше). В результате в настоящее время не существует ограничений против применения ст. 52 к иностранным арбитражным решениям.

Ст. 464(2) Гражданского процессуального кодекса, по-видимому, соответствует этому выводу, поскольку в ней говорится следующее:

Заявление об отмене арбитражного решения в соответствии с пунктом 2 статьи 464 Гражданского процессуального кодекса подается в соответствующий апелляционный суд Республики Казахстан ... по месту образования арбитража в Республике Казахстан, если арбитражное решение вынесено в соответствии с законодательством Республики Казахстан в иностранном государстве.

Таким образом, и Закон об арбитраже, и Гражданский процессуальный кодекс предусматривают ситуацию, когда арбитражное решение, вынесенное за

«Указанные различия затрагивают вопрос судебного усмотрения. В частности, при рассмотрении ходатайства о признании и исполнении иностранного арбитражного решения суд может, в соответствии со статьей 5(2) Нью-Йоркской конвенции, отказать в удовлетворении ходатайства истца, если для этого имеются основания. Данное положение международного договора предоставляет суду свободу действий при принятии решения. Положение Нью-Йоркской конвенции не обязывает суд отказывать в признании и исполнении решения иностранного арбитража, даже если такое действие противоречит публичному порядку».

Однако не было предоставлено объяснений, почему РК решил отойти от международной практики по данному вопросу.

пределами РК («в иностранном государстве»), может быть аннулировано или отменено судом РК.

Как упоминалось выше, это противоречит международному праву. Если суд РК придет к тому же выводу, что и Верховный суд Индии при аналогичных обстоятельствах, это, скорее всего, вызовет международную критику.¹⁶

Однако в пункте 85 проекта Нормативного постановления разъясняется следующее:

Решения иностранного арбитража, *т.е.* решения, вынесенные иностранным международным коммерческим или инвестиционным арбитражем, не могут быть обжалованы в Казахстане в соответствии с ГПК. Такие решения подлежат обжалованию в стране, где они были вынесены, *т.е.* в любом случае за пределами Казахстана.

Хотя этот пункт полезен,¹⁷ возможно, было бы предпочтительнее разъяснить этот момент в самом Законе об арбитраже, поскольку не все судьи могут обратить внимание на этот пункт (который является лишь одним из 187 пунктов в проекте Нормативного постановления). Это может быть сделано путем внесения поправок в ст. 52 или путем добавления в Закон об арбитраже формулировки, аналогичной ст. 1(2) Типового закона.

Рекомендация №1:

Рассмотреть возможность разъяснения того, что ст. 52 Закона об арбитраже применяется только к арбитражам, заседающим в РК.

Рекомендация №2:

В отношении ст. 464(2) Гражданского процессуального кодекса, рассмотреть возможность разъяснения того, что формулировка «если арбитражное решение вынесено по законодательству Республики Казахстан в иностранном государстве» относится только к процессуальному, а не материальному праву РК. Международный консенсус заключается в том, что данная формулировка из ст. V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции относится только к первому.

В-четвертых, может быть полезно уточнить значение формулировки «арбитражное соглашение недействительно по закону» в ст. 52(1)(2) и ст. 57(1)(1)(2).

¹⁶ См. выше обсуждение вопроса №2, касающегося статьи 1.

¹⁷ Я предполагаю, что «обжалован» в этом абзаце следовало бы перевести как «аннулирован» в английском варианте.

Пункт 105 проекта Нормативного постановления гласит:

Понятие недействительности арбитражного соглашения в международной практике тракуется широко. Так, авторы Комментария к ст. 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации отмечают, что термин «недействительность» охватывает все случаи, когда арбитражное разбирательство не может быть проведено из-за «дефектов» арбитражного соглашения: то есть «незаключенности, недействительности или неисполнимости».

Такой подход следует признать обоснованным, поскольку узкое толкование понятия «недействительность арбитражного соглашения» привело бы к невозможности отмены судом арбитражных решений, вынесенных арбитражным судом при наличии незаконного, недействительного арбитражного соглашения или арбитражного соглашения, не подлежащего исполнению.

Проблема заключается в том, что если арбитры уже приняли решение о действительности арбитражной оговорки, то суд, которому будет предложено пересмотреть вопрос о действительности в ходе разбирательства об отмене или отказе в исполнении арбитражных решений, окажется в неудобном положении: либо (а) пересмотрит решения арбитров о действительности по существу, либо (б) подорвет принцип *kompetenz-kompetenz*. А если соглашение будет признано недействительным, это также создаст дополнительные задержки и неэффективность. По этой причине многие национальные законы об арбитраже ограничивают полномочия суда проверять действительность арбитражных соглашений в ходе процедур аннулирования или принудительного исполнения.

А в случаях, когда ни одна из сторон не просила арбитров вынести решение о действительности арбитражного соглашения, согласно ст. 6 Закона об арбитраже проигравшая сторона, по всей видимости, отказывается от своего права впервые поднять вопрос о действительности арбитражного соглашения в ходе отмены или исполнительного производства.¹⁸ Поэтому на практике суды

¹⁸ Ст. 6 Закона об арбитраже предусматривает:

Сторона, знающая о несоблюдении любого положения настоящего Закона или любого требования арбитражного соглашения, но, тем не менее, продолжающая участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения в течение срока, установленного арбитражным регламентом для этой цели, считается отказавшейся от своего права на возражение.

других стран обычно не признают арбитражное соглашение недействительным в соответствии с эквивалентом ст. ст. 52(1)(2) и 57(1)(1)(2), кроме как в исключительных обстоятельствах.

Рекомендации:

Как было предложено для ст. 10 Закона об арбитраже, рассмотреть вопрос о том, должен ли суд проверять действительность арбитражной оговорки в соответствии со ст. 52(1)(2) и 57(1)(1)(2) также должно быть ограничено ситуациями, когда недействительность является «явной» или «prima facie».

Если все же существует желание толковать недействительность широко, как это предлагается в п. 105 проекта Нормативного постановления, то потенциальным решением может стать применение двойного подхода: недействительность может толковаться «широко» в отношении арбитражных соглашений во внутренних арбитражах, но не в иностранных или международных арбитражах.

В-пятых, учитывая относительно высокий процент отмены или отказа в исполнении арбитражных решений в РК, может быть полезно дать узкое определение «публичного порядка».

На международном уровне принято считать, что основание публичного порядка является узким и имеет успех только в исключительных обстоятельствах. Простого факта, что национальный суд пришел бы к другому результату в соответствии с внутренним законодательством, недостаточно для того, чтобы решение противоречило «публичному порядку». Как объяснил ведущий практик и автор Гэри Борн:

Тот факт, что суд применяет закон, который отличается от законов форума признания, или неправильно применяет законы форума признания, или приходит к результату, который противоречит тому, к которому пришли бы суды форума признания, не является основанием для нарушения публичного порядка... Кроме того, даже если суды форума признания отказались бы применять закон, примененный судом, это не является основанием для признания нарушения публичного порядка форума признания.¹⁹

Безусловно, ст. 2(1) Закона об арбитраже определяет публичный порядок как «основополагающие принципы правового государства, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан». Пункт 184 проекта Нормативного постановления дополнительно разъясняет это вопрос:

¹⁹ Гэри Б. Борн, *Международный арбитраж: право и практика*, §17.05[Н][3] (2-е изд., 2016 г.).

Следует отметить, что при рассмотрении ходатайств о признании и исполнении арбитражных решений суд не обязан проверять соответствие содержания такого решения публичному порядку Республики Казахстан. Проверке подлежит лишь вопрос о соответствии публичному порядку самого факта признания и исполнения арбитражного решения.²⁰

Однако, что подразумевается под «основополагающими принципами правового государства, закрепленными в законодательных актах Республики Казахстан», для некоторых судей может оставаться неясным, а поскольку проект Нормативного постановления является объемным, а пункт 184 специально не доведен до сведения читателя, возможно, что некоторые судьи его не заметят.

Индийский закон об арбитраже и примирении 1996 года содержит формулировки, аналогичные ст. 52(2)(2) и 57(1)(1)(2) Закона об арбитраже, которая позволяет судам отменять или отказывать в исполнении арбитражных решений, если они «противоречат публичному порядку Республики Казахстан».²¹ Однако индийские суды толкуют эту формулировку довольно широко, включая ситуации, когда арбитражное решение было «явно незаконным» в соответствии с индийским законодательством.²² Это привело к тому, что многие арбитражные решения были отменены или им было отказано в исполнении, поскольку они противоречили индийскому законодательству.

Ситуация изменилась, когда в 2015 году в Закон Индии об арбитраже и примирении были внесены поправки, согласно которым суды могут аннулировать международное арбитражное решение или отказать в исполнении иностранного арбитражного решения только в том случае, если оно противоречит «основополагающим положениям индийского законодательства» или «главным понятиям морали или справедливости». «Явная незаконность» по-прежнему является основанием для отмены, но только в отношении внутренних арбитражных решений. Такой двойной подход к определению публичного порядка соответствует общепринятому международному пониманию, согласно

²⁰ Подобным образом, пункт 121 проекта Нормативного постановления, по аналогии со статьей 1090 Гражданского кодекса, предусматривает, что «неприменение иностранного права на основании нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях». Поэтому каждый такой случай должен быть серьезно обоснован и не может быть сведен к любому нарушению национального законодательства, даже серьезному».

²¹ См. Закон об арбитраже, ст. 52(2) и 57(1)(2).

²² Верховный суд Индии объяснил стандарт «явной незаконности» следующим образом: «(не)законность должна проникать в суть дела, и если незаконность носит тривиальный характер, то нельзя считать, что решение противоречит публичному порядку». Несмотря на это, суды истолковали это как разрешение на пересмотр арбитражных решений на предмет обычной незаконности.

которому публичный порядок должен толковаться более узко в отношении иностранных и международных арбитражных решений.

Рекомендация:

Рассмотреть возможность дальнейшего определения и ограничения в тексте Закона об арбитраже или в проекте Нормативного постановления того, что означает «публичный порядок» для целей статей 52(2) и 57(1)(2).

Если желателен двухвекторный подход, рассмотрите также возможность применения более широкого определения публичного порядка для чисто внутренних арбитражных решений. Например, после внесения новых поправок в Закон Индии об арбитраже и примирении в 2015 году решения внутреннего арбитража могут быть отменены или им может быть отказано в исполнении, если они являются «явно незаконными».

IV. Дополнительные наблюдения

В этом разделе я кратко освещаю два различия между Законом об арбитраже и американской практикой, которые могут представлять интерес. Моя цель - просто описать эти различия, а не давать какие-либо рекомендации.

A. Защита более слабых сторон

Ст. 8(4) Закона об арбитраже предусматривает:

Арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в установленной или иной стандартной форме и могут быть приняты другой стороной только путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), а также по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, признается действительным, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Данное положение направлено в первую очередь на потребительские или трудовые арбитражные соглашения. Оно не делает вышеуказанные категории споров неарбитрабельными, только если соглашение об арбитраже было заключено до возникновения спора (*т.е.* в соответствии с арбитражным соглашением «до возникновения спора»). Если арбитражное соглашение было заключено после возникновения спора, то спор будет подлежать арбитражному разбирательству. Предполагается, что в этом случае более слабая сторона заключает арбитражное соглашение сознательно и располагая полной информацией.

В статьях 8(8), 8(9) и 8(10) Закона об арбитраже перечислены дополнительные категории споров, которые вообще не подлежат рассмотрению в арбитраже, независимо от того, когда стороны договорились об арбитраже.

Одним из существенных различий между США и РК является то, что в США арбитражные оговорки, содержащиеся в предварительно напечатанных договорах о присоединении, имеют полную юридическую силу. Единственными исключениями являются:

- иски о дискриминации в сфере занятости против подрядчиков, работающих на Министерство обороны США,
- иски между автодилерами и производителями, и
- иски о сексуальном нападении или домогательствах.²³

Ни один из этих исков не подлежит рассмотрению в арбитраже, если только соглашение об арбитраже не было заключено после возникновения спора.

Так было не всегда. В прошлом антимонопольные споры, споры о дискриминации при приеме на работу и другие виды споров о правах потребителей и гражданских правах считались *как таковые* неарбитрабельными.²⁴ Но с 1980-х годов Верховный суд США начинает придерживаться позиции, что, если слабая сторона не способна четко сформулировать причину, по которой она не сможет защитить свои права в арбитраже, арбитраж должен считаться *фактическим* эквивалентом судебного процесса. Таким образом, в США считается, что арбитражные соглашения мало чем отличаются от обычных соглашений о выборе суда (или «пророгации»)²⁵

США находятся в меньшинстве в отношении потребительского и трудового арбитража, поскольку большинство других юрисдикций в мире придерживаются подхода РК. Действительно, многие в США резко критикуют использование арбитража в спорах между компанией и более слабой (индивидуальной) стороной. За последние 15-20 лет в федеральных законодательных органах и законодательных органах штатов было выдвинуто множество инициатив по введению ограничений на возможность принудительного исполнения арбитражных оговорок о решении будущих споров в арбитражном порядке, касающихся потребителей, работников, франшизополучателей и исков о защите гражданских прав. Однако все они либо не набрали достаточного количества голосов, либо были отклонены Верховным

²³ Это исключение было добавлено в 2021 году.

²⁴ Обоснованием послужило то, что многие из этих исков, особенно иски о защите гражданских прав, носили публичный характер и должны были рассматриваться в государственном суде, а не в частном арбитраже, который в то время считался разновидностью правосудия «второго сорта». Многие из этих исков также касались более слабой стороны, которая нуждалась в большей защите, и в прошлом считалось, что только суды могут обеспечить адекватную защиту и действительно справедливую процедуру для таких сторон.

²⁵ Однако, с практической точки зрения, такие соглашения обладают большей исковой силой, чем пророгационные соглашения, поскольку ни одно из исключений в отношении исковой силы пророгационных соглашений не применяется к арбитражным соглашениям.

судом США (федеральным) как противоречащие «национальной политике, благоприятствующей арбитражу».

В. Апелляционный арбитраж и пересмотр дела по существу судом

Пункт 177 проекта Нормативного постановления гласит:

Закон об арбитраже не предусматривает возможности обжалования арбитражного решения в другом арбитраже «второй инстанции». Согласно концепции Закона об арбитраже, арбитражное решение является окончательным и не подлежит пересмотру по существу ни судом, ни арбитром «второй инстанции».

В США существует долгая история апелляционного арбитража. Апелляционный арбитраж часто использовался в некоторых отраслях на рубеже 20-го века. Однако сейчас он встречается гораздо реже, учитывая современные предпочтения в пользу скорости и окончательности.

Большинство ведущих арбитражных организаций в США, таких как Американская арбитражная ассоциация или JAMS (Служба судебного арбитража и медиации), предоставляют дополнительные правила апелляционного арбитража для сторон, которые хотели бы иметь возможность обжаловать свое решение в другом арбитраже. Обоснование заключается в том, что, учитывая важность автономии сторон в арбитраже, сторонам не должно быть запрещено разрабатывать и внедрять апелляционный арбитражный процесс, если они этого хотят. Это может быть особенно полезно для того, чтобы убедить стороны выбрать арбитраж в действительно сложных или дорогостоящих спорах. Стороны часто хотят рассматривать такие споры в суде, а не в арбитраже из-за возможности подачи апелляции.

В США стороны иногда предусматривают в арбитражной оговорке то, что арбитражное решение может быть пересмотрено по существу судом в ходе процедуры отмены. Хотя я встречал несколько таких оговорок, они не являются столь распространенными.

В 2008 году федеральный Верховный суд призвал прекратить эту практику, поскольку она противоречит ценностям окончательности и эффективности арбитража. Однако верховные суды многих штатов поддержали эту практику, поэтому она по-прежнему возможна в некоторых штатах, например, в Калифорнии. Это сходно положению, содержащемуся в некоторых арбитражных актах общего права (*например*, в Великобритании, Сингапуре), согласно которому вопросы права могут быть обжалованы в суде.

V. Другие комментарии к Нормативному постановлению

Я отметил несколько незначительных ошибок в английском переводе Нормативного постановления и могу предложить некоторые рекомендации по стилю формулировок. Я буду рад поделиться ими с вами, если вы сочтете это полезным.