В Международный совет

при Верховном суде Республики Казахстан

Республика Казахстан, 010000,

г. Астана, ул. Д. Кунаева, 39

**Информационно-аналитическая справка**

|  |  |
| --- | --- |
| г. Алматы | "22" ноября 2016 г. |

Членом Международного совета при Верховном суде Республики Казахстан Кенжебаевой А.Т. проведен анализ международного опыта по разрешению инвестиционных споров по следующим направлениям:

* обзор двусторонних инвестиционных договоров о поощрении взаимной и защите инвестиций, подписанных и ратифицированных Республикой Казахстан;
* обзор практики применения двусторонних инвестиционных договоров о поощрении взаимной и защите инвестиций международными инвестиционными арбитражами.

Основание проведения аналитической работы: Протокол заседания Международного совета при Верховном суде Республики Казахстан № 1 от 22 февраля 2016 года.

Информационные ресурсы:

|  |  |
| --- | --- |
| *1.* | *Информационная система «Параграф»* |
| *2.* | *Справочно-правовая система «Консультант Плюс»* |
| *3.* | *Краудсорсинговая информационная система «BestProfi»* |
| *4.* | *Сайт Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД): investmentpolicyhub.unctad.org* |
| *5.* | *Информационный портал: italaw.com* |
| *6.* | *Информационный портал: investorstatelawguide.com* |
| *7.* | *Информационно-аналитический сервис: iareporter.com* |

Приток значительной доли инвестиций в экономику Казахстана осуществляется в рамках инвестиционных контрактов, заключаемых между республикой и инвестором. Эти контракты, как правило, содержат оговорки о порядке урегулирования споров, вытекающих из нарушений инвестиционного контракта, посредством их разрешения в арбитраже. За разрешением спора, вытекающего из нарушения инвестиционного контракта или связанного с инвестиционной деятельностью, его стороны вправе также обратиться в суды Республики Казахстан в соответствии с отечественным законодательством. Кроме того, инвесторы из государств, с которыми Казахстан подписал международные инвестиционные соглашения, вправе передать свои споры с республикой, связанные с нарушением этих соглашений, на рассмотрение инвестиционного арбитража, предусмотренного в указанных соглашениях положениями о разрешении споров.

По данным ЮНКТАД на настоящий момент Казахстан заключил 47 двусторонних инвестиционных договоров о поощрении взаимной и защите инвестиций с 48 странами мира[[1]](#footnote-1) («ДИД») и является участником еще 11 «договоров, содержащих положения об инвестициях»[[2]](#footnote-2) и 14 «прочих документов об инвестициях»[[3]](#footnote-3).

По этим же данным общее количество известных (рассмотренных и текущих) арбитражных разбирательств, инициированных в связи с нарушением международных инвестиционных соглашений, достигло 739[[4]](#footnote-4). При этом Казахстан является ответчиком в 17 таких разбирательствах[[5]](#footnote-5), а инвесторы из Казахстана истцами в 4 разбирательствах[[6]](#footnote-6). Три четверти из общего числа известных арбитражных разбирательств инициированы в связи с нарушением двусторонних инвестиционных договоров о поощрении взаимной и защите инвестиций[[7]](#footnote-7).

1. **Предметная компетенция инвестиционного арбитража**

# Перед разрешением инвестиционного спора по существу юрисдикционный орган, в который спор передан на рассмотрение (*«форум»*), должен разрешить вопрос о своей компетенции. Компетенция этого форума, как правило, зависит от существа самого спора. В зависимости от природы обязательств, которые принимает на себя государство в отношении инвестиций, инвестиционные споры между инвестором и принимающим государством принято разделять на споры, вытекающие из нарушений инвестиционного контракта, и споры, вытекающие из нарушений республикой стандартов ДИДа.

Все без исключения казахстанские ДИДы содержат положения, которые позволяют инвестору передать его спор с государством, вытекающий из нарушений стандартов ДИДа, на рассмотрение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров («МЦУИС») или иного определенного ДИДом арбитража *(«трибунал»)*. Согласившись на эти положения, Казахстан выразил свое согласие на юрисдикцию трибуналов и, одновременно, адресовал инвесторам оферту на заключение соглашения о передаче данных споров на разрешение арбитража. Пока инвестор не принял эту оферту, арбитражное соглашение считается не заключенным. Поэтому за разрешением спора, вытекающего из нарушения стандартов ДИДа, инвестор вправе обратиться в суды республики, даже если это право прямо не предусмотрено в тексте применимого ДИДа.

Для принятия указанной оферты инвестору не требуется направлять государству извещение об акцепте. По сложившейся практике возбуждение инвестором разбирательства в трибунале считается его согласием на заключение арбитражного соглашения[[8]](#footnote-8). Так, например, трибунал по делу *“Generation Ukraine v. Ukraine”* указал, что:

*«… устоявшейся практикой является то, что инвестор может принять предложение государства об арбитраже в МЦУИС, содержащееся в двустороннем инвестиционном договоре, возбудив разбирательство в МЦУИС. В ДИДе не содержится положений, которые указывали бы на то, что инвестор должен выразить свое согласие в другой форме напрямую государству; … Следовательно, Истец надлежащим образом выразил согласие на арбитраж в МЦУИС, подав уведомление об арбитраже в МЦУИС»[[9]](#footnote-9).*

Следует отметить, что оферта на заключение арбитражного соглашения направлена не всем иностранным инвесторам, а лишь тем из них, кто отвечает требованиям, определенным в ДИДе. Для установления трибуналом своей компетенции в отношении спора, вытекающего из нарушения ДИДа, инвестор должен совершить действия, подпадающие под определение инвестиций в ДИДе, и соответствовать требованиям, которые предъявляет к нему ДИД.

1. **Значение понятия «инвестиции» для компетенции трибунала**

По положениям ДИДов в трибунал могут быть переданы лишь споры, связанные с инвестициями. Так, ДИД между Израилем и Казахстаном позволяет передать в трибунал *«любой правовой спор, возникающий … в отношении инвестиций, произведенных последним на территории первой».* По ДИДу между Казахстаном и Катаром в трибунал может быть передан *«любой спор по положения настоящего Соглашения между Стороной и инвестором другой Стороны в связи с инвестициями».* Поэтомуперед принятием спора к рассмотрению трибунал, прежде всего, устанавливает, что инвестиция имеет (имела) место и спор связан с ней. Установление этих обстоятельств требует от трибунала выяснить, что следует считать инвестицией в контексте применимого ДИДа. Как указал трибунал по делу *“Petrobart Ltd v. Kyrgyz Republic”*:

*"Тогда как в обычном языке инвестиция часто понимается как капитал или собственность, используемые в качестве финансовой базы для компании или деловой активности с целью получения дохода или прибыли, более широкие определения можно часто найти в договорах о защите инвестиций, как двусторонних, так и многосторонних. Поэтому термин «инвестиция» должен толковаться в контексте каждого конкретного договора, в котором он употребляется"[[10]](#footnote-10).*

Таким образом, в практике трибуналов вопрос квалификации инвестиций является вопросом определения компетенции трибунала на рассмотрение инвестиционного спора, а не вопросом существа дела. Ответ на этот вопрос дает представление о видах имущественных ценностей, на которые распространяются гарантии и механизмы защиты, установленные в ДИДах.

1. **Модели определения понятия «инвестиции» в ДИДах**

Можно выделить четыре модели, которые используются в ДИДах при определении термина инвестиции. Самая распространенная модель, используемая в ДИДах, предусматривает наиболее общее определение инвестиций. По этому определению инвестиции могут означать *«любое имущество», «любой вид активов» или «все виды имущественных ценностей».* За этим общим определением, как правило, следует перечень видов имущественных ценностей, которые представляют собой примеры этих инвестиций. Этот список неограниченный, поэтому эту модель называют открытой. Например, по ДИДу между Казахстаном и Россией инвестициями признаются:

*«все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемых инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории государства другой Договаривающейся Стороны в соответствии с ее законодательством, в частности:*

*а) движимое и недвижимое имущество, а также любые другие связанные с ним имущественные права;*

*……..*

*д) права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора».*

Вторая модель также содержит неограниченный перечень видов имущественных ценностей, признаваемых инвестициями, но в дополнение к этому она также предусматривает перечень признаков или характеристик инвестиций. Пример такой модели содержит ДИД между США и Уругваем. Здесь инвестиция определяется как:

*«любая имущественная ценность, которая ... обладает характеристиками инвестиции, включая такие характеристики, как мобилизация капитала или других ресурсов, ожидание дохода или прибыли или принятие риска. Формы, в которых может быть выражена инвестиция, включают:*

*(a) предприятие;*

*……..*

*(h) другое материальное или нематериальное, движимое или недвижимое имущество, и соответствующие имущественные права, такие как аренда, ипотека, права удержания имущества и залога».*

Третья модель определения «инвестиций», используемая в ДИДах, также содержит неисчерпывающий список с примерами видов имущественных ценностей, признаваемых инвестициями. Характерная черта этой модели в том, что перечисленные в ней виды имущества для признания их инвестициями должны быть одобрены принимающим государством. Такая модель использована в ДИДе между Таиландом и Германией.

Четвертая модель отличается от предыдущих тем, что здесь перечень видов имущественных ценностей, признаваемых инвестициями, носит исчерпывающий характер. Отличие этой модели также в том, что она содержит перечень видов требований, которые в понимании ДИДа не являются инвестициями. Пример этой модели содержит ДИД между Канадой и Уругваем.

Во всех без исключения казахстанских ДИДах использована так называемая открытая модель определения «инвестиций». Применение этой модели на практике представляет наибольшую трудность для трибунала. Особых трудностей, как правило, не возникает, если спор между инвестором и принимающим государством связан с активом, который указан в списке видов имущественных ценностей, признаваемых инвестициями по применимому ДИДу. В этом случае, чтобы разрешить вопрос о подсудности спора, трибунал проверяет спорный актив на предмет его соответствия видам имущественных ценностей, признаваемых инвестициями по ДИДу или иному применимому инвестиционному соглашению, и не склонен проверять этот актив на соответствие иным признакам инвестиций.

Так, например, в деле *“Anatolie Stati et al v. Kazakhstan”* ответчик оспорил компетенцию трибунала, ссылаясь на то, что лицензии на разработку нефтяных и газовых месторождений, завод по производству сжиженного газа и иные активы истца, по поводу которых возник спор с инвестором, не являются инвестициями, а потому не находятся под защитой применимого ДИДа. При этом ответчик исходил из так называемых обычных признаков инвестиций, выработанных трибуналами МЦУИС при толковании термина инвестиции, предусмотренного в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 года («Вашингтонская конвенция»). Эти признаки инвестиций известны как тест Салини. Ответчик заявил, что, приобретая эти активы, истец не принял на себя каких-либо значительных рисков и не совершил достаточного вложения в Казахстан, а потому, это имущество не может считаться инвестицией в обычном понимании этого слова. Трибунал отметил, что наличие в международном инвестиционном соглашении (в данном случае - в Договоре об Энергетической хартии) ясного определения термина «инвестиции» исключает необходимость обращения трибунала к иным критериям инвестиций, включая те, что используются при толковании Вашингтонской конвенции[[11]](#footnote-11).

В деле *“Mytilineos Holdings v. Serbia & Montenegro”* ответчик требовал от трибунала признать отсутствие у него компетенции на рассмотрение спора, также ссылаясь на отсутствие инвестиций. Инвестор заявил, что его инвестициями в принимающее государство являются договоры о сотрудничестве и поставке различных металлов, заключенные им с сербским государственным предприятием, а также права требования по этим договорам. Ответчик признал, что понятие инвестиций, предусмотренное в ДИДе между Нидерландами и Сербией, включает в себя права требования; они указаны в списке видов имущественных ценностей, признаваемых инвестициями. Несмотря на это, в своих возражениях ответчик заявил, что права требования инвестора по указанным договорам не могут считаться инвестициями и пользоваться защитой ДИДа, поскольку инвестициями могут быть признаны лишь те права требования, которые обладают обычными признаками инвестиции. Трибунал не принял возражения ответчика и указал, в отличие от определения, являвшегося предметом рассмотрения в этом деле, определения, содержащиеся в ряде других ДИДах, прямо указывают на необходимость связи между определенными активами (такими, как денежные требования) и инвестициями. Если такое указание отсутствует, то нет необходимости исследовать вопрос о наличии обычных признаков инвестиции[[12]](#footnote-12).

Таким образом, когда спорный актив подпадает под любой вид имущества, признаваемый инвестицией по ДИДу, для трибунала не составляет особой сложности решить вопрос о подсудности спора, возникшего по поводу такого актива. В таком случае, трибунал ограничивает проверку этого актива на его соответствие определению «инвестиции» в контексте применимого ДИДа и не проверяет его на соответствие иным признакам инвестиций. Сложность возникает, когда в списке видов имущества, признаваемых инвестициями по ДИДу, для спорного актива не находится ни одной подходящей категории. В этом случае, при определении своей компетенции трибунал вынужден опираться на одно лишь широкое определение термина «инвестиции», по которому инвестиции означают *«любое имущество»*. Взятое в отдельности, это определение не позволяет отграничить обязательства по обычным коммерческим договорам от собственно инвестиций. Поэтому при толковании термина «инвестиции» трибуналы стали применять обычные признаки инвестиций, выработанные при толковании аналогичного термина, предусмотренного в Вашингтонской конвенции. Эти признаки инвестиций получили известность, как тест Салини.

1. **Обычные признаки инвестиций (Тест Салини)**

Обычные признаки инвестиций были заимствованы из доктрины. Первыми, кто обратился к этим признакам, были трибуналы МЦУИС. Рассмотрение инвестиционных споров в этих трибуналах имеет особенность. Перед принятием спора к рассмотрению они должны установить, что спорный актив является инвестицией в значении ДИДа и в понимании, которое заложено в Вашингтонской Конвенции. Иначе говоря, для признания своей компетенции в отношении спора трибуналы МЦУИС должны дважды проверить, что инвестиция имеет (имела) место. Так, трибунал МЦУИС в решении о компетенции по делу *“Banka, A.S. v. The Slovak Republic”* указал, что:

*«… для того, чтобы определить, имеет ли настоящий Трибунал компетенцию по установлению обстоятельств претензии, должна быть осуществлена двойная проверка: возник ли спор из отношений, связанных с инвестициями, по смыслу [Вашингтонской] конвенции и, если это так, то относится ли спор к инвестициям, как они определены в согласии сторон на арбитраж МЦУИС ...»[[13]](#footnote-13)*.

Согласно пункту 1 статьи 25 Вашингтонской конвенции *«Юрисдикция Центра распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры между Договаривающимся Государством … и физическим или юридическим лицом другого Договаривающегося Государства ...».* Поскольку в Вашингтонской конвенции понятие «инвестиции» не определено, для толкования этого понятия трибуналы обратились к его доктринальному определению, предложенному Кристофером Шройером. Для признания спорного актива инвестицией Шройер предложил использовать пять признаков, к числу которых он отнес:

1. определенную продолжительность инвестиционного проекта;
2. принятие инвестором риска;
3. значительность вклада;
4. значимость проекта для развития принимающего государства;
5. определенную регулярность получения прибыли или дохода[[14]](#footnote-14).

Первым делом, в котором трибунал проанализировал эти признаки инвестиций, является дело *“Fedax N.V. v. Venezuela”*. Спор возник из исполнения Венесуэлой ее обязательств по шести векселям. Права по этим векселям перешли к Fedax N.V. путем индоссамента. Ответчик заявил, что приобретение этих векселей не может считаться инвестицией ни в значении ДИДа между Нидерландами и Венесуэлой, ни в понимании Вашингтонской конвенцией. Трибунал проанализировал положения обоих документов и указал, что ни ДИД, ни Конвенция не ограничивают понятие инвестицией только прямыми инвестициями, поэтому это понятие может включать в себя заемные обязательства. В дополнение к этому, трибунал указал, что обязательства по векселям отвечают всем обычным признакам инвестиций, поэтому могут считаться инвестициями. В числе этих признаков трибунал указал следующие признаки: определённую продолжительность инвестиций, регулярность получения прибыли от инвестиций, принятие инвестором риска, значительность вклада и значение инвестиций для развития принимающего государства[[15]](#footnote-15).

В решении о подсудности по делу *“Fedax N.V. v. Venezuela”* трибунал никак не обосновал применение названных признаков инвестиций. Тем не менее, применение этих признаков вошло в практику трибуналов. Так, трибунал по делу *“Salini Construttori S.P.A. & ItalStrade S.P.A. v. Morocco”* признал инвестицией договор строительного подряда и указал, что этот договор отвечает всем обычным признакам инвестиций. При этом трибунал исключил из числа этих признаков регулярность получения прибыли. Проверка соответствия спорной операции четырем критериям инвестиции, использовавшимся трибуналом по делу Salini, получила наименование «тест Салини».

Следует отметить, что из пяти признаков инвестиций, предложенных Шройером, только признак значимости проекта для развития принимающего государства следует из текста Вашингтонской Конвенции. Его можно вывести из преамбулы к Конвенции. Остальные признаки инвестиций какого-либо выражения в этой Конвенции не имеют. В этой связи, Шройер предостерегал от использования этих критериев в качестве юрисдикционных требований, предъявляемых к инвестициям, для цели определения компетенции. Сам автор рассматривает их только как типичные характеристики инвестиций.

Практика применения этих признаков трибуналами была проанализирована арбитром по делу *“Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia”*, который выделил два подхода, часто встречающихся в практике, при применении этих признаков. Первый подход он назвал «подходом типичных характеристик». В его рамках названные признаки рассматриваются лишь как типичные характеристики инвестиций, поэтому несоответствие спорного актива отдельным признакам инвестиций не влечет обязательного вывода об отсутствии инвестиции в понимании Вашингтонской конвенции. Второй из названных подходов был назван «юрисдикционным подходом». В рамках этого подхода названные признаки инвестиций рассматриваются как обязательные требования наличия компетенции, поэтому несоответствие спорного актива хотя бы одному из этих признаков влечет вывод об отсутствии инвестиции и, соответственно, отказ в принятии дела к рассмотрению[[16]](#footnote-16).

Примером, когда трибунал использовал юрисдикционный подход, может быть дело *“Joy Mining Machinery Limited v. Egypt”*. В этом споре инвестор требовал признать инвестициями гарантии на сумму свыше 9 млн. фунтов, выданные им в обеспечение поставки оборудования по договору, заключенному им с Управлением промышленных и горнодобывающих проектов Республики Египет. Инвестор поставил все оборудование, а Управление оплатило всю стоимость поставки, но не освободило инвестора от обязательств по гарантиям. Трибунал проанализировал эти гарантии на соответствие всем названным признакам инвестиций и пришел к выводу об отсутствии у него компетенции в отношении спора. Трибунал указал, что эти гарантии не являются инвестициями, поскольку выданы в обеспечение обычного коммерческого договора. Поэтому ни договор, ни гарантии не имели никакой значимости для развития государства. Договор был заключен на разовую поставку, поэтому при его заключении инвестор не мог рассчитывать на регулярность получения прибыли. Кроме того, трибунал посчитал, что при заключении договора и выдаче гарантий инвестор не принимал на себя каких-либо особых рисков, кроме тех, что обычно связаны с коммерческим договором. Наконец, трибунал установил, что сумма гарантии, хотя и была довольно существенна, не представляет собой значительный вклад в египетскую экономику[[17]](#footnote-17).

Примером, когда трибунал использовал подход типичных характеристик, может быть дело *“Banka, A.S. v. The Slovak Republic ”.* В этом деле трибунал использовалтолько два признака инвестиций – регулярность получения прибыли и принятие инвестором риска. Проверив спорной актив на соответствие этим признакам, трибунал признал его инвестицией. При этом трибунал указал, что, несмотря на то что эти признаки характерны для большинства инвестиций, они не являются формальными условиями наличия инвестиции по смыслу Вашингтонской конвенции.

Подводя итог, можно сделать вывод, что основное назначение теста Салини заключается в том, чтобы разграничить обязательства по обычным коммерческим договорам и собственно инвестиции. Когда такое разграничение можно провести, опираясь лишь на само определение «инвестиций», то необходимости в этом тесте нет. Следует отметить, что определение «инвестиций», предусмотренное в Предпринимательском кодексе РК, позволяет разграничить обязательства по обычным коммерческим договорам и собственно инвестиции. Поэтому для цели определения компетенции Верховного Суда РК и суда города Астаны в отношении споров, вытекающих из нарушений инвестиционного контракта, никакой надобности в применении этого теста нет.

Кроме того, из анализа практики применения трибуналами теста Салини, можно сделать вывод, что эта практика далеко не единообразна. Использование трибуналами признаков инвестиций, известных как тест Салини, не вносит ясности и предсказуемости в определение предметной компетенции трибуналов по инвестиционным спорам. В одних случаях, трибуналы анализируют спорный актив на соответствие всем названным признакам инвестиций, в других - на соответствие лишь отдельным из этих признаков. В этой связи, мы считаем, что использование этих признаков в практике судов республики также не будет вносить ясности в вопрос о том, что считать инвестицией. Ко всему прочему, данные признаки инвестиций не закреплены ни в одном ДИДе Республики Казахстан. За исключением одного (значимость инвестиций для развития принимающего государства) эти признаки не имеют выражения в международных соглашениях, их также нельзя вывести из текста этих соглашений. Поэтому оснований для их применения судами республики нет, даже если на рассмотрение этих судов будет передан спор, вытекающий из нарушения стандартов ДИДа. Решения трибуналов, которые применяли этот тест при разрешении споров, также не могут выступать основаниями для применения этого теста судами республики в силу очевидных причин (отсутствие у решения трибунала силы прецедента и отсутствие прецедента в числе источников правового регулирования).

1. **Компетенция инвестиционного трибунала в отношении споров по контракту**

Как указано выше, в зависимости от природы обязательств, которые принимает на себя государство в отношении инвестиций, инвестиционные споры между инвестором и принимающим государством принято разделять на споры, вытекающие из нарушений инвестиционного контракта, и споры, вытекающие из нарушений республикой стандартов ДИДа.

Споры, вытекающие из нарушений инвестиционного контракта, разрешаются в арбитражах, определяемых соглашением сторон («коммерческий арбитраж»), или в судах республики, определяемых в соответствии с ее процессуальным законодательством. Согласно статьям 27 и 28 Гражданского процессуального кодекса РК («ГПК РК») споры, вытекающие из нарушений инвестиционного контракта, отнесены к компетенции Верховного Суда РК и суда города Астаны. Споры, вытекающие из нарушений стандартов ДИДа, могут быть переданы на рассмотрение в любой форум, предусмотренный положением ДИДа о разрешении спора. В большинстве случаев эти положения ДИДов предусматривают альтернативу между трибуналом и судом принимающего государства.

Таким образом, разделение споров между инвестором и государством на споры, вытекающие из нарушения стандартов ДИДа, и споры, связанные с нарушением контракта, имеет большое значение для определения компетенции юрисдикционного органа. Если суды республики вправе рассматривать оба указанных вида споров между инвестором и государством, то трибунал, как правило, вправе рассматривать только споры, вытекающие из нарушения стандартов ДИДа.

Делая отступление от вопроса компетенции, следует отметить, что разделение споров между инвестором и государством на два указанных вида имеет значение не только для определения компетенции форума, но также для определения права, применимого при разрешении этих споров. Согласно пункту 1 статьи 225 и пункту 5 статьи 226 ГПК РК суд самостоятельно определяют, какие нормы права подлежат применению к спорным правоотношениям сторон. В этой связи, при разрешении спора между иностранным инвестором и государством суд вправе применять положения ДИДа, даже если стороны этого спора никак не ссылались на эти положения при обосновании своих требований и возражений. Вместе с тем, при определении права, подлежащего применению при разрешении спора, суд должен оценить правовое основание иска и обстоятельства, на которых основаны исковые требования иностранного инвестора. Если из этих обстоятельств не следует, что спор между инвестором и государством связан с нарушением стандартов ДИДа, то при разрешении этого спора положения ДИДа не подлежат применению. В указанном случае, суду следует ограничиться национальным законодательством, в том числе, установленными в нем понятиями «инвестиция» или «инвестор». Если спор никак не связан с нарушением стандартов ДИДа, то эти понятия должно толковаться только в контексте законодательства республики. Обращение к аналогичным понятиям, предусмотренным в ДИДе, возможно, если спор вытекает из нарушения стандартов ДИДа. Применение ДИДа, не подлежащего применению к спорным правоотношениям, будет нарушением или случаем неправильного применения норм материального права, что влечет за собой отмену судебного акта. Кроме отмены судебного акта, необоснованное применение ДИДа может иметь другие неблагоприятные последствия. Необоснованным применением ДИДа суд может также невольно ограничить иностранного инвестора в его праве обратиться в трибунал. Это возможно, если этот ДИД содержит оговорку – развилка на дороге, которая требует от инвестора сделать окончательный выбор между судом или трибуналом перед началом первого разбирательства по спору, о чем подробнее будет сказано ниже.

Как уже отмечено, разделение споров между инвестором и принимающим государством на споры, вытекающие из нарушений таким государством стандартов ДИДа, и споры, связанные с нарушением инвестиционного контракта, имеет большое значение для определения компетенции юрисдикционного органа. Однако на практике провести подобное разделение споров между инвестором и принимающим государством на два указанных вида не всегда просто. Эти виды инвестиционных споров не исключают друг друга. Поэтому между юрисдикционными органами, определенными ДИДом, инвестиционным контрактом и процессуальным законодательством, может возникнуть конфликт компетенций по разрешению одного и того же инвестиционного спора. Подобный конфликт возможен в ситуации, когда применимый ДИД относит к предметной компетенции трибунала инвестиционные споры обоих видов, то есть споры, вытекающие из нарушений стандартов ДИДа, и споры по контракту.

В этой ситуации *(конфликта компетенций)* инвестор получает возможность перенести разбирательство по спору из контракта в форум, чье решение предположительно окажется более выигрышным для него. Такая тактика известна как *forum shopping* («ярмарка инстанций»). Используя ее, инвестор может передать спор по контракту в трибунал, что, как правило, не отвечает ожиданиям государства о разрешении этого спора коммерческим арбитражем или судом республики и на основе ее законодательства. Передача контрактного спора в трибунал предполагает его трансформацию в международно-правовой спор, а гражданско-правовых обязательств перед инвестором в международно-правовые обязательства республики.

В указанной ситуации *(конфликта компетенций)* инвестор также получает возможность инициировать по спору из контракта разбирательства в двух форумах сразу в надежде, что выигрышное решение он получит по крайней мере в одном из них, что может также не отвечать ожиданиям государства. Параллельные разбирательства связаны с необходимостью для государства отстаивать свои интересы в двух форумах сразу и сопряжены с риском для него получить неблагоприятные и/или противоречивые решения по спору. Процессуальное законодательство республики исключает возможность параллельных разбирательств по одному и тому же спору из нарушения контракта в суде республики и трибунале. Для суда республики наличие разбирательства по тому же спору в арбитраже или трибунале является основанием для возврата искового заявления или оставления его без рассмотрения. Однако параллельные разбирательства по одному и тому же спору из нарушения контракта возможны в трибунале и коммерческом арбитраже.

Обзор казахстанских ДИДов позволяет установить несколько ситуаций, когда спор из нарушения контракта между республикой и инвестором может быть передан в трибунал, что предусмотрен в одном из этих ДИДов. Эти ситуации возможны, когда:

* ДИД содержит определение инвестиционного спора, согласно которому такой спор означает, в том числе спор по контракту;
* ДИД содержит положение о разрешении спора, которое относит к компетенции инвестиционного трибунала любой спор, касающейся инвестиций;
* ДИД содержит «зонтичную» оговорку, в соответствии с которой государство обязалось соблюдать любые взятые на себя обязательства в отношении инвестиций, осуществляемых на его территории инвесторами другой стороны ДИДа.

# ***Определения инвестиционного спора в ДИДах***

# Примером определения инвестиционного спора, которым охвачены споры по инвестиционному контракту, может быть определение, предусмотренное в статье 6 ДИДа, заключенного между Казахстаном и США. В ней предусмотрено, что:

# *«для целей настоящей статьи спор в связи с капиталовложением определяется как спор между Стороной и вкладчиком другой Стороны по поводу: (а) договора о капиталовложении между Стороной и этим вкладчиком; (b) разрешения на капиталовложение, выдаваемого этому вкладчику органом Стороны, ведающим иностранными капиталовложениями; (с) предполагаемого нарушения любого права, предоставляемого настоящим Договором или возникающего из него в отношении вкладчика другой Стороны или его капиталовложения».*

В определении инвестиционного спора недвусмысленно указано, что такой спор означает, в том числе спор по контракту, поэтому этот случай не требует особых комментариев о предметной компетенции трибунала в отношении споров из нарушения инвестиционного контракта.

# ***Юрисдикционные положения ДИДов***

Компетенция, которой наделяются трибуналы в рамках положений о разрешении споров, предусмотренных в ДИДах, неодинакова по своему объему. Содержание этой компетенции зависит от того, насколько широко в применимом ДИДе сформулировано положение о разрешении спора («юрисдикционное положение»). В одних ДИДах положения о разрешении спора сформулированы узко и наделяют трибунал ограниченной компетенцией, в других ДИДах подобные положения сформулированы шире и, соответственно, расширяют компетенцию инвестиционного трибунала.

## ***Узкие юрисдикционные положения***

## Обзор двусторонних инвестиционных договоров, заключенных Казахстаном с иностранными государствами, позволяет заключить, что лишь 25% или 12 из их общего числа содержат узкие юрисдикционные положения. Подобным образом положения о разрешении споров сформулированы в ДИДах, заключенных Казахстаном с Грецией, Сербией, Болгарией, Вьетнамом, Румынией, Латвией, Австрией, Великобританией, Испанией, Индией, Катаром и Японией.

## Узкие юрисдикционные положения ограничивают компетенцию инвестиционного трибунала и устанавливают ее только в отношении споров, вытекающих из нарушений принимающим государством его обязательств по ДИДу. Например, юрисдикционное положение ДИДа, заключенного между Казахстаном и Сербией в 2010 году, относит к компетенции трибунала:

## *«споры между инвестором одной из Сторон и другой Стороной, касающиеся обязательств последней по данному Соглашению и связанные с инвестициями инвестора первой Стороны».*

Такой же категорией споров ограничена компетенция трибунала по ДИДу, заключенному между Казахстаном и Грецией. Согласно статьей 9 этого ДИДа на рассмотрение трибунала могут быть переданы:

*«споры между инвестором Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороной, касающиеся обязанности последней по настоящему Соглашению в отношении инвестиций первой».*

Схожим образом сформулировано юрисдикционное положение ДИДа Республики Казахстан, заключенного с Великобританией в 1995 году. Статья 9 этого ДИДа наделяет трибунал компетенций рассматривать:

*«споры между гражданами или компаниями одной Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороны в отношении обязательств последней в соответствии с настоящим соглашением по отношению к инвестициям».*

Юрисдикционное положение ДИДа, заключенного с Японией в 2014 году, сформулировано несколько шире. В рамках этого ДИДа, инвестиционный спор, отнесенный к компетенции трибунала, означает:

*«спор между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны, возникший вследствие потери или убытка, либо предполагаемого нарушения одной Договаривающейся Стороной любого обязательства согласно настоящему Соглашению в отношении инвестора другой Договаривающейся Стороны или его инвестиций на территории первой Договаривающейся Стороны».*

И наконец, в двух ДИДах Республики Казахстан юрисдикционные положения ограничивают компетенцию трибунала только спорами касательно размера компенсации в случае экспроприации. Подобные положения предусмотрены только двумя казахстанскими ДИДами, заключенными с Египтом и Китаем. Например, положение ДИДа о разрешении споров, заключенного между Казахстаном и Египтом, относит к компетенции трибунала:

*«любой спор между одной Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающийся размера компенсаций в случае экспроприации».*

Абсолютно идентичное юрисдикционное положение предусмотрено ДИДом, заключенным между Китаем и Казахстаном.

## ***Широкие юрисдикционные положения***

# Широкие юрисдикционные положения относят к компетенции трибунала *любой спор между инвестором и принимающим государством,* *касающейся инвестиций*. Подобные положения предусмотрены в более чем 70% ДИДов Республики Казахстан или в 33 из их общего числа. Например, положение ДИДа о разрешении споров, заключенного между Казахстаном и Македонией в 2012 году, предоставляет инвестору возможность передать в трибунал:

# *«Любой спор, возникающий прямо из инвестиций между одной Стороной и инвестором другой Стороны».*

# Несколько отличается по формулировке, но также широко определяет компетенцию трибунала, положение о разрешении спора, предусмотренное ДИДом, подписанным между Казахстаном и Пакистаном в 2003 году. Формулировка этого положения относит к компетенции трибунала:

# *«любой спор, касающейся инвестиций между одной Стороной и инвестором другой Стороны».*

Схожим образом сформулировано юрисдикционное положение ДИДа, заключенного между Объединенными Арабскими Эмиратами и Казахстаном в 2009 году. Статья 13 этого ДИДа наделяет трибунал компетенцией рассматривать:

*«любой спор между одной Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающийся инвестиций».*

Широкие положения о разрешении споров, относящие к компетенции трибунала *«любой спор, касающийся инвестиций»*, представляют определенный риск для принимающего государства. Он заключается в том, что трибунал может дать этому положению расширительное толкование и на этой основе квалифицировать спор по контракту как *«спор, касающийся инвестиций»*, а затем принять его к рассмотрению. Это может означать, что изменение принимающим государством условий инвестиционного контракта, прекращение его действия либо неисполнение любых его условий может быть приравнено трибуналом к нарушению государством стандартов ДИДа, даже если эти действия прямо не затронули ни один из стандартов ДИДа, а контрактный спор связан исключительно с нарушением условий контракта. Таким образом, на основе широких юрисдикционных положений трибунал может принять к рассмотрению любой спор по контракту, что может означать трансформацию этого спора из обычного гражданско-правового спора в международно-правовой спор, что, в свою очередь, создает для государства риск наступления международно-правовой ответственности.

# ***«Зонтичные» оговорки***

Такой же эффект, что и широкое юрисдикционное положение, может иметь так называемая «зонтичная» оговорка *(umbrella clause)*, инкорпорированная в некоторые казахстанские ДИДы. Ее обычная формулировка требует от принимающего государства *«соблюдать* *любые обязательства, принятые государством в отношении инвестиций, осуществленных на его территории инвесторам другой Стороны»*. Например, подобную формулировку имеет «зонтичная» оговорка, предусмотренная в статье 8 ДИДа, заключенного в 2012 году между Казахстаном и Румынией. В этой статьей предусмотрено, что:

*«Каждая Договаривающаяся Сторона должна соблюдать любые другие обязательства, принятые в отношении инвестиций, осуществленных на ее территории инвестором другой Договаривающейся Стороны».*

Иначе сформулирована «зонтичная» оговорка, предусмотренная в статье 11 ДИДа между Казахстаном и Словакией. Эта оговорка требует от принимающего государства не соблюдать обязательства, которое оно приняло на себя в отношении инвестиций, а гарантировать их соблюдение. В статье 11 этого ДИДа указано, что:

*«Каждая Договаривающаяся Сторона гарантирует соблюдение обязательств, в которые она вступила, в отношении инвестиций инвесторов государства другой Договаривающейся Стороны».*

Таким же образом сформулирована «зонтичная оговорка» ДИДа между Казахстаном и Ираком. Статья 10 этого ДИДа также требует от принимающего государства гарантировать соблюдение обязательств. В этой статьей предусмотрено, что:

*«Каждая Договаривающаяся Сторона постоянно гарантировать соблюдение обязательств, которые она приняла в отношении инвестиций инвесторов другой Договаривающейся Стороны».*

Более детально «зонтичная» оговорка сформулирована в статье 11 ДИДа между Казахстаном и Австрией. Эта оговорка содержит отдельные указания на контрактные обязательства государства и предусматривает, что:

*«Каждая Сторона соблюдает любое обязательство, которое она может принять в отношении отдельных инвестиций инвесторов другой Стороны. Это означает, среди прочего, что нарушение контракта между инвестором и принимающим государством будет представлять собой нарушения настоящего Соглашения».*

«Зонтичная» оговорка этого ДИДа недвусмысленно указывает, что контрактные обязательства находятся под защитой ДИДа. Поэтому она может оказаться вполне достаточной, что на ее основе трибунал принял к своему рассмотрению спор, вытекающий из нарушения контракта, даже если эти нарушения никак не затрагивают стандарты ДИДа.

«Зонтичные» оговорки включены почти в каждый пятый казахстанский ДИД. В той или иной формулировке эта оговорка предусмотрена в ДИДах Республики Казахстан, заключенных с Румынией, Арменией, Грецией, Швейцарией, Ираком, Литвой, Австрией, Словакией, а также Финляндией. Значение этой оговорки в том, что она защищает инвестора от любого вмешательства в его контрактные права вне зависимости от того, является ли такое вмешательство простым нарушением инвестиционного контракта или следствием нарушения норм национального законодательства и может ли это вмешательство быть квалифицировано как экспроприация. На основе «зонтичных» оговорок трибунал может признать свою компетенцию в отношении любых споров, связанных со всеми видами обязательств, которые государство приняло на себя в отношении инвестиций, в том числе обязательств, предусмотренных контрактом или национальным законодательством. Таким образом, «зонтичная» оговорка также предоставляет инвестору возможность передать свой спор по контракту в трибунал, и, тем самым, создает условия для конфликта компетенций между двумя форумами. Эта возможность позволяет инвестору использовать при выборе форума тактику, известную как *forum shopping*, либо инициировать параллельные разбирательства по спору в двух форумах сразу, о чем было сказано выше.

# ***Оговорка - развилка на дороге***.

Большинство казахстанских ДИДов никак не запрещают инвестору использовать при урегулировании его спора с принимающим государством тактику параллельных разбирательств и тактику, известную как *forum shopping*. Лишь 30% казахстанских ДИДов или 14 из их общего числа содержат оговорку, которая позволяет либо полностью исключить возможность использования инвестором этих тактических приемов по его спору из контракта либо свести эту возможность к минимуму. Эту оговорку принято называть оговорка – развилка на дороге *(fork-in-the-road clause)*. Ее формулировка может требовать от инвестора сделать окончательный выбор между компетентным судом или трибуналом перед началом первого разбирательства по спору либо позволяет ему выбрать трибунал уже в ходе рассмотрения его спора компетентным судом, но при условии, что он отзовет дело из суда. В этой связи, оговорки – развилка на дороге могут различаться по тому, в какой момент процесса урегулирования спора они требуют от инвестора сделать выбор в пользу определенного форума.

Оговорка – развилка на дороге, требующая выбрать форум перед началом первого разбирательства по спору, предусмотрена в ДИДах, заключенных Казахстаном с Эстонией, США, Болгарией и Вьетнамом. Например, статья 9 ДИДа, заключенного между Казахстаном и Эстонией в 2011 году, предусматривает, что:

*«3. Если спор не может быть урегулирован в течение шести месяцев с момента получения письменного уведомления, по требованию инвестора спор может быть разрешен:*

*а) компетентным судом Договаривающейся Стороны… или*

*б) Международным центром по урегулированию инвестиционных споров ………, или*

*в) арбитражем в составе трех арбитров в соответствии с* *[Арбитражным регламентом](jl:1007461.0.1000013259_0" \o "Арбитражный Регламент Европейской экономической комиссии ООН от 20 января 1966 г.) Комиссии ООН по праву международной торговли….*

*6. Инвестор, который представит спор в национальный суд в соответствии с подпунктом а) пункта 3 настоящей статьи или одному из арбитражных судов, упомянутых в подпунктах b) и с) пункта 3 настоящей статьи, не вправе предоставлять его в любой другой суд или арбитраж. Выбор инвестора суда или арбитражного суда является окончательным и обязательным».*

Сделать окончательный выбор в пользу определенного форума перед началом первого разбирательства по спору требует оговорка – развилка на дороге, предусмотренная статьей 9 ДИДа, заключенного Казахстаном с Вьетнамом. Этой статьей ДИДа предусмотрено, что:

*«2. Если такой спор не может быть урегулирован в течение 6 (шести) месяцев после даты направления инвестором письменного уведомления Договаривающейся Стороне, спор может быть передан на рассмотрение в:*

*a) компетентный суд Договаривающейся Стороны, на территории которой инвестиции были осуществлены;*

*b) Международный Центр по урегулированию инвестиционных споров (далее - Центр) ,..; или*

*c) Арбитраж согласно Дополнительным услугам Центра …; или*

*d) Специальный арбитражный суд (ad hoc), … .*

*После того как инвестор направил спор в соответствии с любой из процедур, предусмотренных выше, такой выбор является окончательным.*

*6. Любое арбитражное решение, вынесенное в соответствии с настоящей статьей, является окончательным и обязательным для обеих сторон в споре …».*

Такое же требование в отношении выбора форума содержит статья 6 ДИДа, заключенного Казахстаном с США в 1992 году. Эта статья предусматривает, что:

*«2. В случае спора в связи с капиталовложением Стороны в споре будут стремиться сначала разрешить спор путем консультаций и переговоров. Если спор не может быть урегулирован миролюбиво, он может быть:*

*(а) передан вкладчиком в суд или административный трибунал Стороны, являющейся Стороной в споре; или*

*(b) разрешен в соответствии с применимыми, ранее согласованными процедурами для разрешения споров; или*

*(с) разрешен в соответствии с условиями* *[пункта 3](jl:1006709.60300.1000134048_0" \o "Договор между Республикой Казахстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Вашингтон, 19 мая 1992 года));*

*3. При условии, что вкладчик не приступил к разрешению спора согласно подпунктам (а) и (b)* *[пункта 2](jl:1006709.60200%20) выше и что прошло шесть месяцев с даты возникновения спора, вкладчик может согласиться в письменной форме на передачу спора для урегулирования путем обязывающего арбитража.*

*6. Любое арбитражное решение, вынесенное в соответствии с настоящей статьей, является окончательным и обязательным для Сторон в споре».*

Схожим образом оговорка – развилка на дороге сформулирована в статье 9 ДИДа, заключенного между Казахстаном и Болгарией. Во всех остальных случаях, когда в ДИДах Казахстана используется оговорка – развилка на дороге, она позволяет инвестору передать в трибунал его спор с государством уже после начала производства по делу в компетентном суде, но при условии, что он отзовет дело из суда. Например, статья 9 ДИДа, заключенного между Казахстаном и Иорданией, предусматривает, что:

*«2. Если спор не разрешен в течение 3 месяцев с даты его возникновения в письменной форме, спор может быть по выбору инвестора или одной из Сторон направлен на рассмотрение:*

*(a) в компетентные суды Стороны, на территории государства которой инвестиции осуществлены, или*

*(b) в арбитраж Международного центра по урегулированию инвестиционных споров …, или*

*(c) в арбитраж согласно дополнительным услугам Международного центра …; или*

*(d) в любой арбитражный суд "ad hoc", … .*

*3. Инвестор, который направил спор на рассмотрение национального суда, может, тем не менее, обратиться в один из арбитражных судов, упомянутых в подпункте (b) пункта 2 или в подпункте (с) пункта 2 настоящей статьи, если, до вынесения решения по предмету рассмотрения национальным судом, инвестор объявит, что не будет более продолжать дело через национальные судебные процедуры и отзовет дело.*

*6. Решение должно быть окончательным и обязательным для сторон в споре …».*

Практически идентичную формулировку имеют оговорка – развилка на дороге, предусмотренная ДИДами, заключенными Казахстаном с Финляндией, Объединенными Арабскими Эмиратами, Арменией, Хорватией, и Афганистаном.

Несколько отличается по формулировке, но предусматривает то же самое правило, оговорка – развилка на дороге, предусмотренная в статье 11 ДИДа, заключенного между Казахстаном и Саудовской Аравией. Эта статья предоставляет инвестору выбор между компетентным судом или трибуналом, но с условием, что:

*«3. Если спор представлен в соответствии с подпунктом (а) пункта 2 настоящей статьи компетентному Суду Договаривающейся Стороны, инвестор не может одновременно обращаться в международный арбитраж. Если спор будет передан в арбитраж, то решение арбитража будет обязывающим для обеих сторон и не будет предметом апелляции или средством судебной защиты кроме тех, которые предусмотрены в вышеупомянутой Конвенции. Решение будет исполнено в соответствии с национальными законодательствами государств Договаривающихся Сторон».*

Таким образом, оговорка – развилка на дороге позволяет полностью или частично исключить возможность параллельных разбирательств по одному спору в двух форумах сразу, что, в свою очередь, снижает для принимающего государства риск получить противоречивые решения по спору. Если оговорка – развилка на дороге требует от инвестора выбрать форум перед началом первого разбирательства по спору, то решение любого избранного инвестором форума будет окончательным для сторон. Если такая оговорка позволяет инвестору передать спор в трибунал с условием отзыва его дела из суда, то окончательным будет решение трибунала.

Как отмечено выше, оговорка – развилка на дороге предусмотрена лишь в некоторых казахстанских ДИДах. В остальной части эти ДИДы либо никак не запрещают инвестору использовать тактику параллельных разбирательств либо, напротив, требуют от инвестора для разрешения его спора использовать и трибунал, и компетентный суд. Подобное требование предусмотрено ДИДом, который заключен между Казахстаном и Турцией. Статья 7 этого ДИДа предусматривает, что споры между одной из Сторон и инвестором другой Стороны, связанные с инвестициями, могут быть переданы на разрешение в один из указанных трибуналов:

*«2. … при условии, что заинтересованный инвестор представил спор в суд той Стороны, которая является одной из сторон спора, и суд не вынес по нему окончательного решения в течение одного года.*

*3. Арбитражное решение должно быть окончательным и обязательным для всех сторон конфликта. Каждая Сторона обязуется выполнять решение в соответствии со своим национальным законом».*

В некотором смысле, требование ДИДа использовать внутренние средства правовой защиты в течение определенного периода времени является противоположностью оговорки – развилка на дороге. Вместо того чтобы сделать выбор между трибуналом и компетентным судом, инвестор вынужден обратиться в оба этих форума, один за другим.

1. ***Толкование в практике инвестиционных трибуналов юрисдикционного положения.***

Из обзора казахстанских ДИДов следует, что в большей их части положения о разрешении спора позволяют инвестору передать в трибунал *любой спор, касающийся инвестиций.* Как было отмечено выше, подобная формулировка может оказаться достаточно широкой, чтобы на ее основе трибунал принял к своему рассмотрению спор по инвестиционному контракту. Толкование этой формулировки трибуналами можно рассмотреть на примере таких дел, как дело *“SGC v. Pakistan”* и дело “*SGS v. Philippines”.* Эти дела можно считать хрестоматийными по вопросу компетенции трибунала в отношении споров по контракту.

### ***Ограничительное толкование юрисдикционного положения***

В деле *“SGC v. Pakistan”* трибунал отказался признать свою компетенцию в отношении спора по контракту на основе одной лишь формулировке «любой спор, касающийся инвестиций». Спор, переданный трибуналу на рассмотрение, возник из сервисного контракта, заключенного между SGC и Пакистаном (СПИ). Статья 11.1 контракта содержала арбитражную оговорку, по которой все споры из контракта разрешались в ad hoc арбитраже. Такой арбитраж был создан и начал рассмотрение дела, однако, спустя год SGS обратилась в МЦУИС с требованием принять дело к рассмотрению на основании статей 9 и 11 ДИДа между Пакистаном и Швейцарией (страной инкорпорации SGS). Статья 11 содержала «зонтичную» оговорку, а статья 9 давала инвестору право передавать в трибунал *«споры, касающиеся инвестиций, возникающих между Стороной соглашения и инвестором, имеющим национальность другой Стороны соглашения».* В свою очередь, государство-ответчик требовало от трибунала признать отсутствие собственной компетенции по этому спору, ссылаясь на его контрактную природу и наличие арбитражной оговорки.

Трибунал оценил формулировку юрисдикционного положения ДИДа и отказался признать, что она наделяет его компетенцией разрешать по существу спор из контракта и обосновал это следующим:

*«Мы признаем, что и споры, возникающие в связи с нарушением положений ДИДа, и споры, связанные исключительно с нарушением контракта, могут быть квалифицированы как «споры, касающиеся инвестиций» в соответствии со ст. 9 ДИДа. Тем не менее, эта фраза описывает лишь фактическую предметную составляющую спора, но не относится к правовому основанию подачи иска и не описывает обстоятельства, на которых истец основывает свои требования. Иными словами, по нашему мнению, одно это положение, будучи не подкрепленным иными правовыми нормами, не означает, что стороны соглашения намеривались распространить действие статьи 9 как на споры, вытекающие исключительно из контрактных обязательств, так и на споры в связи нарушением ДИДа. Из положений этой статьи также не следует, что предусмотренный ею механизм разрешения споров должен иметь приоритет и подменять собой действительные арбитражные оговорки, содержащиеся в контрактах, ранее заключенных между Швейцарскими инвесторами и Ответчиком.* *Таким образом, мы не усматриваем, что статья 9 ДИДа или иные его положения могут быть истолкованы как наделяющие Трибунал компетенцией в отношении исков, основывающихся ex hypothesi исключительно на контракте. Истец и Ответчик уже представили арбитру, определенному сторонами в контракте СПИ, свои требования, основанные исключительно на контракте… Мы считаем, что ст. 11.1 инвестиционного контракта содержит в себе действительное соглашение о выборе компетентного арбитража, по крайней мере, в отношении споров, возникающих из этого контракта и не нарушающих ДИД и Трибунал должен уважать это соглашение»[[18]](#footnote-18).*

В итоге, трибунал пришел к выводу, что он не обладает компетенцией в отношении споров из нарушения контракта, если эти нарушения одновременно не являются нарушением стандартов ДИДа. На этой основе трибунал отказался принять к своему рассмотрению иск SGC, поданный против Пакистана.

Таким образом, трибунал по делу *“SGC v. Pakistan”* в принципе отказался признавать, что юрисдикционное положение, которое позволяет инвестору передавать в трибунал *любой спор, касающийся инвестиций*, предусматривает его компетенцию в отношении споров, вытекающих исключительно из контракта.

### ***Расширительное толкование юрисдикционного положения***

Подав иск против Пакистана, SGC подала в МЦУИС другой иск против Филиппин, в основании которого также лежало нарушение контракта. В деле *“SGS v. Philippines”* трибуналу пришлось разрешать конфликт компетенций. Инвестиционный контракт предусматривал, что споры из контракта разрешаются в судах города Макати или столице Филиппин Маниле, а статья VIII ДИДа между Филиппинами и Швейцарией относила *«все споры, касающиеся инвестиций лиц, между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны»* к компетенции трибунала. Трибунал пришел к выводу, что споры из нарушения контракта подпадают под определение *«споров, касающихся инвестиций»* и что такие споры могут в принципе передаваться на разрешение трибунала, компетенция которого основана на положении о разрешении споров применимого ДИДа. В поддержку своему выводу трибунал указал, что:

*«Общая фраза «споры, касающиеся инвестиций» может быть противопоставлена более конкретному термину «споры относительно толкования применения положения настоящего Соглашения», которое предусмотрено в статье IX. Если государства-участники ДИДа намеревались ограничить компетенцию арбитража по разрешение споров между принимающим государства и инвестором исками о нарушении существенных стандартов ДИДа, они бы четко это выразили, используя такую же или схожую формулировку»[[19]](#footnote-19).*

Признав свою компетенцию в отношении споров из контракта, трибунал, тем не менее, приостановил разбирательство по делу и направил стороны в суды, определенные сторонами в контракте. Мотивируя это решение, трибунал указал, что он не должен реализовывать свою компетенцию в отношении спора по контракту, если его стороны уже определили в контракте, как такие споры должны разрешаться. Поэтому прежде чем он сможет рассмотреть спор в связи с нарушением положений ДИДа, спор относительно наличия контрактных обязательств должен быть разрешен согласно механизму, предусмотренному сторонами в контракте.

Отличие этого дела от предыдущего в том, что в деле *“SGC v. Pakistan”* трибунал в принципе отказался признавать, что юрисдикционное положение, которое позволяет инвестору передавать в трибунал «*любой спор, касающийся инвестиций»*, предусматривает его компетенцию в отношении споров, вытекающих исключительно из контракта. В деле *“SGS v. Philippines”* трибунал, напротив, признал, что такое положение в принципе наделяет его компетенцией в отношении споров, вытекающих исключительно из нарушения контракта, даже если эти нарушения не являются одновременно нарушениями стандартов ДИДа. Однако если между сторонами спора уже определен форум, в котором должны разрешаться споры из контракта, то при конфликте компетенций выбор должен быть сделан в пользу форума, определенного контрактом. Как указал трибунал по делу *“SGS v. Philippines”*, общее положение ДИДа о разрешении споров не может заменять собой специально согласованное сторонами и включенное в контракт положение о разрешении споров.

Таким образом, если по спору из контракта имеется конфликт компетенций между трибуналом и форумом, определенным контрактом, то в отношении такого спора трибуналы не склоны признавать собственную компетенцию на основе одного лишь положения ДИДа, позволяющего инвестору передавать в трибунал *«споры, касающиеся инвестиций»*. При отсутствии конфликта компетенций, такое положение может быть достаточным для трибунала, чтобы принять к своему рассмотрению спор из контракта.

1. ***Толкование в практике инвестиционных трибуналов «зонтичной» оговорки***

Обзор казахстанских ДИДов позволил установить, что каждый пятый из них содержит «зонтичную» оговорку, названную так, потому что она может «накрывать» собой контрактные и иные обязательства государства, принятые в отношении инвестиций. Тем самым, подобная оговорка распространяет на эти обязательства механизмы защиты, предусмотренные в ДИДах. По спорам из контракта «зонтичная» оговорка может иметь такое же значение для компетенции трибунала, что имеет для нее широкое юрисдикционное положение. На ее основе трибунал может признать свою компетенцию в отношении контрактного спора. Разное толкование этой оговорки можно рассмотреть на примере таких дел, как дело *“Eureko B.V. v. Poland”* и дело *“Joy Mining Machinery Limited v. Egypt”.* В этих делах для установления своей компетенции в отношении споров по контракту трибуналы обращались к «зонтичным» оговоркам, предусмотренных в ДИДах.

### ***Расширительное толкование «зонтичной» оговорки***

В деле *“Eureko B.V. v. Poland”* трибунал столкнулся с конфликтом компетенций по спору из договора купли-продажи акций, заключенного между инвестором и государственным казначейством Польши. ДИД между Польшей и Нидерландами (страной инкорпорации инвестора) предусматривал разрешение споров между инвестором и принимающим государством в аd hoc арбитраже. Этот трибунал сформировали, но ответчик оспорил его компетенцию в связи с наличием в контракте пророгационного соглашения, по которому споры из контракта подлежали разрешению в государственном суде Польши по месту нахождения продавца. Несмотря на наличие пророгационного соглашения трибунал разрешил конфликт компетенций в свою пользу, опираясь лишь на «зонтичную» оговорку ДИДа, по которой государство «*должно соблюдать любые взятые на себя обязательства в отношении инвестиций».* При этом трибунал пояснил, что эта оговорка должна толковаться в соответствии с п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, то есть в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора:

*«Простое - обычное - значение положения, предписывающего, что государство «должно соблюдать любые взятые на себя обязательства» в отношении определенных инвестиций, не является размытым. Фраза «должно соблюдать» является категоричной и носит императивный характер. Слово «любые» применительно к обязательствам является достаточно емким; оно обозначает не только определенные обязательства, но «любые», то есть все обязательства государства, принятые им на себя в отношении капиталовложений, осуществляемых на его территории инвесторами, имеющими гражданство другой стороны соглашения»[[20]](#footnote-20).*

Таким образом, трибунал признал действие «зонтичной» оговорки, ее приоритет над контрактным выбором юрисдикции и на ее основе принял контрактный спор к рассмотрению.

***Ограничительное толкование «зонтичной» оговорки***

В деле *“Joy Mining Machinery Limited v. Egypt”* трибунал исходил из узкого толкования «зонтичной» оговорки. Трибуналу передали на рассмотрение спор, возникший из договора поставки оборудования и гарантиям, выданным в обеспечение поставки оборудования по договору. Инвестор просил трибунал применить ст. 2.2 ДИДа между Египтом и Соединенным Королевством (страной инкорпорации инвестора), в которой содержалось обязательство соблюдать любые взятые на себя обязательства в отношении инвестиций («зонтичная» оговорка). Трибунал пришел к выводу, что данные споры имеют контрактную природу и не нарушают стандартов ДИДа, поэтому они должны разрешаться в соответствии с оговорками контрактов об урегулировании споров. Трибунал пояснил это следующим:

*«... в данном контексте нельзя было установить, что "зонтичная" оговорка, включенная в международный договор и не являвшаяся очень заметной, могла иметь эффект трансформации всех споров, вытекающих из контракта с иностранным инвестором (contract claim), в инвестиционные споры, возникающие из нарушения ДИДа (treaty claim), если, конечно, нет явного нарушения прав и обязанностей по ДИДу или настолько существенных нарушений прав, установленных в договоре с иностранным инвестором, что они могут привести в действие механизм защиты, предусмотренный данным ДИДом, что не прослеживается по настоящему делу. Связь между договором с иностранным инвестором и данным Договором является недостающим звеном, которое предотвращает наступление таких последствий. В иных случаях, когда есть такое звено, подобная ситуация будет совершенно другой, но это не является предметом настоящего спора»[[21]](#footnote-21).*

Подводя итог, можно сделать вывод об ограниченной роли «зонтичных» оговорок. В ситуации конфликта компетенций между трибуналом и форумом, определенным контрактом, трибуналы не склонны признавать значение «зонтичных» оговорок и руководствуются положениями контракта о разрешении споров. В случае отсутствия такого конфликта трибунал может признать нарушение контракта нарушением стандартов ДИДа и принять на этом основании иск к рассмотрению, но лишь в ситуации, когда «зонтичная» оговорка сформулирована таким образом, что недвусмысленно указывает на то, что контрактные обязательства пользуются защитой ДИДа.

1. **Выводы**

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать несколько выводов.

#### В зависимости от природы обязательств, которые принимает на себя государство в отношении инвестиций, споры между инвестором и государством следует разделять на споры, вытекающие из нарушений инвестиционного контракта, споры, связанные с инвестиционной деятельностью, а также споры, вытекающие из нарушений стандартов ДИДа.

#### Разделение споров между инвестором и принимающим государством на указанные виды имеет значение для определения права, применимого при разрешении этих споров, а также компетенции юрисдикционного органа, в который эти споры могут быть переданы на рассмотрение. Компетенция трибунала по разрешению споров между инвестором и государством, как правило, установлена лишь в отношении споров, вытекающих из нарушения стандартов ДИДа.

#### Суды республики вправе рассматривать все перечисленные виды споров между инвестором и государством. При определении права, подлежащего применению при разрешении спора, суд должен оценить правовое основание иска и обстоятельства, на которых основаны исковые требования инвестора. Если из этих обстоятельств не следует, что спор между инвестором и государством связан с нарушением стандартов ДИДа, то при разрешении этого спора положения ДИДа не подлежат применению. В таком случае, суду следует ограничиться национальным законодательством, в том числе, установленными в нем понятиями «инвестиция» и «инвестор». Если спор, переданный суду на рассмотрение, никак не связан с нарушением стандартов ДИДа, то указанные понятия должно толковаться только в контексте национального законодательства. Обращение к аналогичным понятиям, предусмотренным в ДИДе, возможно, если спор вытекает из нарушения стандартов ДИДа.

#### Основное назначение теста Салини состоит в том, чтобы разграничить обязательства по обычным коммерческим договорам и собственно инвестиции. Когда такое разграничение можно провести, опираясь лишь на само определение «инвестиции», то необходимости в применении этого теста нет. Определение «инвестиций», предусмотренное в Предпринимательском кодексе РК, позволяет провести указанное разграничение. Поэтому для цели определения компетенции Верховного Суда РК и суда города Астаны в отношении споров, вытекающих из нарушений контракта, надобности в применении этого теста нет.

#### Провести разделение споров между инвестором и принимающим государством на указанные виды на практике не всегда просто. Перечисленные виды споров между инвестором и государством не исключают друг друга. Поэтому между судом, трибуналом и арбитражем, определенным контрактом, может возникнуть конфликт компетенций по разрешению одного и того же спора. Такой конфликт возможен в ситуации, когда применимый ДИД относит к компетенции трибунала споры, вытекающие из нарушений стандартов ДИДа, и споры по контракту.

#### В ситуации конфликта компетенций инвестор получает возможность инициировать по одному и тому же спору из контракта параллельные разбирательства в двух форумах сразу. Законодательство республики исключает возможность параллельных разбирательств по одному и тому же спору из контракта в суде республики и трибунале. Однако параллельные разбирательства по одному и тому же спору из контракта возможны в трибунале и коммерческом арбитраже.

#### Споры по контракту могут быть переданы на рассмотрение трибунала, когда ДИД содержит «зонтичную» оговорку или широкое юрисдикционное положение, которое относит к компетенции трибунала любой спор между инвестором и принимающим государством, касающейся инвестиций. Анализ арбитражной практики трибуналов свидетельствует о том, что если по спору из контракта имеется конфликт компетенций между трибуналом и форумом, определенным контрактом, то в отношении такого спора трибуналы не склоны признавать собственную компетенцию на основе одного лишь широкого юрисдикционного положения ДИДа или зонтичной оговорки. При отсутствии конфликта компетенций, эти положения ДИДа могут быть достаточным для трибунала, чтобы принять к своему рассмотрению спор из контракта.

#### Большинство казахстанских ДИДов никак не запрещают инвестору использовать при урегулировании его спора с принимающим государством тактику параллельных разбирательств. Лишь небольшая часть ДИДов республики содержат оговорку – развилка на дороге, которая позволяет либо полностью исключить возможность использования инвестором этой тактики по его спору из контракта либо свести эту возможность к минимуму.

1. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/107#iiaInnerMenu>. Bilateral Investment Treaties (BITs). Дата обращения: 07.09.2016 года. [↑](#footnote-ref-1)
2. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/107#iiaInnerMenu>. Treaties with Investment Provisions (TIPs). Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-2)
3. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryIris/107#iiaInnerMenu>. Other Investment Related Instruments. Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-3)
4. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>. Known treaty-based investor-State arbitrations. Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-4)
5. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>. Cases as Respondent State. Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: там же. Cases as Home State of claimant. Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-6)
7. См.: сайт ЮНКТАД. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByApplicableIia>. Applicable BITs. Дата обращения: 07.09.2016 г. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sornarajah M. The Settlement of Foreign Investment Disputes. The Hague: Kluwer Law International, 2000. P. 208. [↑](#footnote-ref-8)
9. Generation Ukraine v. Ukraine, Award of 16 September 2003, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>. § 12.2-12.3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Petrobart Ltd v. Kyrgyz Republic, Arbitral Award of 29 March 2005, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>. P. 69. [↑](#footnote-ref-10)
11. Anatolie Stati et al. v. Republic of Kazakhstan, Award of 19 December 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>. § 781-784, 804-806. [↑](#footnote-ref-11)
12. Mytilineos Holdings S.A. v. the State Union of Serbia & Montenegro, Partial Award on Jurisdiction of 8 September 2006, http://www.italaw.com /sites/default/files/case-documents/ita0549.pdf. §129. [↑](#footnote-ref-12)
13. Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 24 May 1999, [http://www.italaw.com/sites/default /files/case-documents/ita0144.pdf](http://www.italaw.com/sites/default%20/files/case-documents/ita0144.pdf) § 68. [↑](#footnote-ref-13)
14. Schreuer C. Commentary on the ICSID Convention // ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 1996. Vol. 11. P. 372. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fedax N.V. v. the Republic of Venezuela, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of July 11 1997, [http://www.italaw.com/sites /default/files/case-documents/ita0315\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites%20/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf). § 43. [↑](#footnote-ref-15)
16. Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction of 17 May 2007. http://www.italaw.com /sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf [↑](#footnote-ref-16)
17. Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, Award on Jurisdiction of 6 August 2004. [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents /ita0441.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents%20/ita0441.pdf). § 49 - 58 [↑](#footnote-ref-17)
18. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 6 August 2003, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> [↑](#footnote-ref-18)
19. SGS Surveillance S.A. v. Republic of Philippines, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004, http:// www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf [↑](#footnote-ref-19)
20. Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19 August 2005. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf> [↑](#footnote-ref-20)
21. Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, Award on Jurisdiction of 6 August 2004. [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents /ita0441.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents%20/ita0441.pdf). [↑](#footnote-ref-21)