

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ, РАССМАТРИВАЕМЫХ НОВЫМИ КОЛЛЕГИЯМИ ПО РАЗРЕШЕНИЮ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ В КАЗАХСТАНЕ

Международный совет при Верховном суде
Республики Казахстан

22 февраля 2016 года

г. Астана

Куртис Б. Мастерс

Основные положения казахстанского законодательства

Новые коллегии по разрешению инвестиционных споров согласно Гражданскому процессуальному кодексу (вступил в силу 1 января 2016г. (далее – ГПК))

(1) Суд г. Астаны

подсудность: по правилам суда первой инстанции рассматриваются «гражданские дела по инвестиционным спорам, а также по иным спорам между инвесторами и государственными органами, связанным инвестиционной деятельностью инвестора» (п. 4 статьи 27 ГПК).

(2) Верховный суд Республики Казахстан

подсудность:

- апелляционные и кассационные жалобы на решения суда г. Астаны по «инвестиционным спорам» с участием обычных «инвесторов» (статья 402 и п. 1 статьи 434 ГПК)
- рассматривает и разрешает по правилам суда первой инстанции дела по инвестиционным спорам, стороной которых является крупный инвестор (п. 2 статьи 28 ГПК);
- судебные акты, подлежащие пересмотру Верховным судом в кассационном порядке, по инвестиционным спорам, стороной которых является крупный инвестор (п. 1 статьи 434 ГПК)

Ключевые определения согласно Предпринимательскому кодексу Республики Казахстан (вступил в силу 1 января 2016 года) (далее – Предпринимательский кодекс)

- Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью (п. 3 статьи 274 Предпринимательского кодекса).
- Под инвестором понимаются физические и юридические лица, осуществляющие инвестиции в Республике Казахстан (п. 2 статьи 274 Предпринимательского кодекса).
- Под крупным инвестором понимается физическое или юридическое лицо, осуществляющее инвестиции в Республике Казахстан в размере не менее двухмиллионкратного размера месячного расчетного показателя (п. 4 статьи 274 Предпринимательского кодекса).
- Инвестиционным спором является спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами, в том числе крупными инвесторами, и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора (п. 1 статьи 296 Предпринимательского кодекса).

Цель создания новых коллегий по разрешению инвестиционных споров

Основной целью создания новых коллегий по разрешению инвестиционных споров является улучшение инвестиционного климата в Казахстане путем:

- (1) рассмотрения и разрешения инвестиционных споров составом суда, имеющим квалификацию, подготовку и опыт в области рассмотрения таких споров,
- (2) предоставления инвесторам реальной местной альтернативы международному инвестиционному арбитражу.

Основные риски в достижении цели

(1) Коллегии по разрешению инвестиционных споров могут восприниматься как зависимый от государства суд, особенно если имеется:

- непропорциональное количество решений в пользу государства
- нежелание выносить решение об оплате судебных издержек инвесторам.

(2) Ненадлежащая подготовка судей и незаинтересованность в решении вопросов, волнующих инвесторов.

(3) Потенциальные инвесторы могут предпочесть суд, который рассматривает и разрешает любые споры, стороной которых они являются, а не только отдельные виды споров, стороной которых могут быть инвесторы (т.е., могут отдать предпочтение *подсудности лиц*, а не *предметной подсудности*). Другими словами, потенциальные инвесторы могут предпочесть суд, который может рассматривать и разрешать споры с участием инвесторов, а не только инвестиционные споры с государством.

Примечание. Суду Международного финансового центра Астаны и суду Международного финансового центра Дубая подсудны, в основном, дела по подсудности участников спора.

(4) Определение термина «инвестор», возможно, слишком узкое:

- оно исключает аффилированных лиц, которые не могут быть стороной договора с государством (например, иностранная материнская может быть инвестором, в то время как местная дочерняя компания является стороной договора с государством)

(5) Определение термина «инвестиционный спор», возможно, слишком узкое, поскольку сводится к спорам по контрактам, подписанным с государством, что

- исключает споры между инвесторами и государством в связи с инвестиционной деятельностью, которая осуществляется не на основе контракта между инвесторами и государством (например, налоговые, таможенные и природоохранные споры).

Замечание Верховного суда

Верховный суд считает, что определение «инвестиционных споров», возможно, слишком широкое, поскольку включает в себя споры, касающиеся обычных хозяйственных операций.

Международная практика

Международный опыт в определении термина «инвестиционные споры»

- (1) Международный центр по урегулированию споров (**ICSID**)
- (2) Двусторонние инвестиционные соглашения (**BIT**)
- (3) Договор к Энергетической хартии (**ECT**)
- (4) Договор об Евразийском экономическом союзе (**Договор о ЕЭС**)
- (5) Критерии Salini для толкования термина «инвестиции»

Инвестиционные споры ICSID

- (1) Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государством и физическими или юридическими лицами другого государства (Конвенция ICSID) была ратифицирована Казахстаном 9 июля 2004 года. Казахстан соглашается на арбитраж ICSID по различным двухсторонним инвестиционным соглашениям и по Договору к Энергетической хартии.
- (2) **Инвестор**: данный термин не определен Конвенцией ICSID. Конвенция ссылается на определения, используемые национальным законодательством, двусторонними инвестиционными соглашениями и другими соглашениями о защите инвестиций, в зависимости от обстоятельств.
- (3) **Инвестиция**: данный термин не определен Конвенцией ICSID. Конвенция ссылается на определения, используемые национальным законодательством, двусторонними инвестиционными соглашениями и другими соглашениями о защите инвестиций, в зависимости от обстоятельств.
- (4) **Инвестиционный спор**:
«любой правовой спор, возникающий непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства, при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения Центру» (статья 25.1 Конвенции ICSID).

Споры по двусторонним инвестиционным соглашениям (1)

- (1) Казахстан ратифицировал почти 50 двусторонних инвестиционных соглашений. См. Приложение «А» (слайд 20).
- (2) Не существует типового двустороннего инвестиционного соглашения. Большинство крупных стран-инвесторов имеют свои типовые договоры и на их основе ведут переговоры.
- (3) Двустороннее инвестиционное соглашение между Казахстаном и Японией (ратифицированное Казахстаном 22 июля 2015 года) содержит следующие определения:

Инвестор означает следующее физическое или юридическое лицо, которое намеревается осуществить, осуществляет или осуществило инвестиции на территории другой Договаривающейся Стороны:

- (a) физическое лицо, имеющее гражданство государства такой Договаривающейся Стороны в соответствии с ее законами и нормативными актами; или
- (b) юридическое лицо такой Договаривающейся Стороны.

Спорящий инвестор означает инвестора, который является стороной инвестиционного спора.

Споры по двусторонним инвестиционным соглашениям (2)

- **Инвестиции** означает любой вид активов, принадлежащих или управляемых прямо или косвенно инвестором, в том числе:
 - (a) юридическое лицо, а также его филиал;
 - (b) акции, доли или другие формы долевого участия в предприятии...;
 - (c) облигации, долговые обязательства, ссуды и другие формы долга...;
 - (d) права согласно контрактам, включая контракты «под ключ», договоры строительства, управления, производства или контракты распределения доходов;
 - (e) денежные требования и любая работа согласно контракту, имеющая коммерческую ценность;
 - (f) права интеллектуальной собственности ...;
 - (g) права, предоставленные в соответствии с законами и нормативными актами принимающего государства или контрактами, такими как концессионные, лицензионные, разрешения и допуска, включая контракты на разведку и разработку природных ресурсов; и
 - (h) любое другое материальное и нематериальное, движимое и недвижимое имущество, и любые сопутствующие права собственности, такие как аренда, ипотека, право удержания и залог.

Инвестиции включают доходы, получаемые от инвестиций, в частности, прибыль, процент, доходы с капитала, дивиденды, гонорары и выплаты. Изменение в форме, в которой инвестируются активы, не затрагивает их характер как инвестиции.

- **Инвестиционный спор** 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.

Инвестиционные споры по Энергетической хартии (1)

- (1) 18 октября 1995 года Казахстан ратифицировал Договор к Энергетической хартии.
- (2) Договор к Энергетической хартии устанавливает основу для сотрудничества между европейскими странами и другими промышленно развитыми странами с целью разработки энергетического потенциала стран Центральной и Восточной Европы и обеспечения надежности энергоснабжения Европейского Союза.
- (3) Инвестиционный спор по Договору к Энергетической хартии может быть разрешен в государственных судах или в арбитраже в соответствии с Регламентом ICSID, Комиссией Организации объединенных наций по праву международной торговли ("ЮНСИТРАЛ") или Торговой палатой Стокгольма.

Инвестиционные споры по Энергетической хартии (2)

(4) Договор к Энергетической хартии содержит следующие определения:

- **Инвестор** означает:

(a) в отношении Договаривающейся стороны:

- (i) физическое лицо, имеющее гражданство или подданство этой Договаривающейся стороны или постоянно проживающее в ней, в соответствии с ее применимым законодательством;
- (ii) компанию или другую организацию, учрежденную в соответствии с ее применимым законодательством (статья 1.7)

- **Инвестиция** означает все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно Инвестором, и включает:

(a) вещественную и невещественную, а также движимую и недвижимую собственность и любые имущественные права, такие как аренда, ипотека, право удержания имущества и залог;

(b) компанию или деловое предприятия, либо акции, вклады или другие форму участия в акционерном капитале компании или делового предприятия, а также облигации и другие долговые обязательства компании или делового предприятия;

(c) право требования по денежным средствам и право требования выполнения обязательств по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией;

(d) Интеллектуальную собственность;

(e) Доходы;

(f) любое право, предоставленное в соответствии с законом или по контракту или в силу любых лицензий или разрешений, выданных согласно закону, на осуществление любой Хозяйственной деятельности в Энергетическом секторе (статья 1.6).

- **Инвестиция** относится к любой инвестиции, связанной с Хозяйственной деятельностью в Энергетическом секторе, а также к инвестициям или классам инвестиций, которые обозначены Договаривающейся стороной на ее Территории как «проекты эффективности в соответствии с Хартией» и о которых под этим обозначением уведомлен Секретариат (статья 1.6).

- **Инвестиционный спор:** этот термин не определен.

Инвестиционные споры по Договору о Евразийском экономическом союзе

(1) Согласно Договору о ЕЭС, «инвестиционные споры» могут рассматриваться государственными судами или в арбитраже в соответствии с регламентом ICSID или UNCITRAL или торгово-промышленной палаты, выбранной по согласованию сторон.

(2) В приложении 16 к Договору содержатся следующие определения:

ИНВЕСТИЦИИ означает материальные и нематериальные ценности, вкладываемые инвестором одного государства-члена в объекты предпринимательской деятельности на территории другого государства-члена в соответствии с законодательством последнего, в том числе:

- денежные средства (деньги), ценные бумаги и другое имущество;
- права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставленные на основе законодательства государств-членов или по договору, включая, в частности, права на разведку, разработку, добычу и эксплуатацию природных ресурсов;
- имущественные права и иные права, имеющие денежную оценку (п. 7 статьи 6)

Инвестор государства-члена означает любое лицо государства-члена, осуществляющее инвестиции на территории другого государства-члена в соответствии с законодательством последнего (п. 8 статьи 6).

Инвестиционный спор: этот термин не определен, но может толковаться как означающий все споры между государством-реципиентом инвестиций и инвестором другого государства-члена, возникающие в связи с инвестициями такого инвестора на территории государства-реципиента.

Критерии Salini

- (1) Все инвестиции сделаны на основании коммерческих сделок, однако не все коммерческие сделки являются инвестициями;
- (2) Отсутствие определения инвестиций в Конвенции ICSID создает определенные трудности в определении того, является ли конкретная сделка «инвестицией» (и, таким образом, подпадает под юрисдикцию инвестиционного арбитража) или это только коммерческая сделка (и, таким образом, не подпадает под юрисдикцию инвестиционного арбитража). ВIT обычно содержат в себе списки того, что может быть определено как «инвестиции», однако они очень широкие и потенциально охватывают также коммерческие сделки, которые обычно не рассматриваются как инвестиции.
- (3) Это послужило основанием к необходимости выработки практического теста, который помог бы определить является ли конкретная сделка «инвестицией», а не чисто коммерческой сделкой. В 2001 году ICSID арбитраж по делу *Salini Costruttori SpA. & Italstrade SpA. vs. Kingdom of Morocco* установил четыре критерия, которые должны быть соблюдены для того, чтобы сделка могла рассматриваться как «инвестиция» ("**Критерии Salini**"). В дальнейшем данные критерии были модифицированы и в настоящее время их общепризнанная формулировка является следующей:
 - a) деятельность инвестора должны быть достаточно продолжительной;
 - b) как правило, должен присутствовать элемент риска для инвестора и государственных органов;
 - c) обязательства инвестора должны быть значительны;
 - d) вклад инвестора должен влечь развитие государства-реципиента.
- (4) Хотя эти Критерии Salini иногда оспариваются, они являются наиболее часто употребляемыми составами арбитражей, рассматривающими международные инвестиционные споры, для определения того является ли конкретная сделка «инвестицией» или чисто коммерческой сделкой.

Предложение

Предлагаемое толкование термина «инвестиционные споры» (1)

(1) Вопрос для обсуждения

Определение термина «инвестиционные споры» в Предпринимательском кодексе неоднозначно, что противоречит обязательствам Казахстана в рамках договоров о защите инвестиций, стороной которых она является. А это влечет за собой существенную неопределенностью относительно того, как этот термин будет толковаться новыми коллегиями по разрешению инвестиционных споров. Такая неопределенность будет скорее мешать, чем помогать коллегиям по разрешению инвестиционных споров в достижении цели по улучшению инвестиционного климата Казахстан.

Предложение по толкованию термина «инвестиционные споры» новыми коллегиями по разрешению инвестиционных споров

Предлагается, чтобы Верховный суд Казахстана принял нормативное постановление, предписывающее судьям новых коллегий по разрешению инвестиционных споров толковать термин «инвестиционные споры», предусмотренного п.1 статьи 296 Предпринимательского кодекса.

Проект предлагаемого нормативного решения приобщен в виде приложения «Б» (слайд 21-23).

В соответствии с предлагаемым толкованием, термин «инвестиционный спор» означает любой спор между инвестором и государственными органами в связи с «инвестицией». Определение «инвестиция» предлагается взять из Соглашения между Республикой Казахстан и Японией о поощрении и защите инвестиций (2015г.). Однако для того чтобы квалифицировать спор как «инвестиционный», инвестиции, участвующие в конкретном споре, должны отвечать Критериям Salini.

Предлагаемое толкование термина «инвестиционные споры» (2)

(3) Анализ предлагаемого толкования

Принятием нормативного постановления о толковании термина «инвестиционный спор» Верховный суд устранит неопределенность в отношении данного термина, и термин будет единообразно толковаться всеми судьями коллегий по разрешению инвестиционных споров.

Предлагаемое толкование будет иметь следующие дополнительные преимущества для Республики Казахстан и для коллегий по разрешению инвестиционных споров :

- под него не будут попадать споры об обычных хозяйственных операциях.
- оно будет соответствовать обязательствам Казахстана в рамках договоров о защите инвестиций, стороной которых он является. Оно не будет ни увеличивать, ни уменьшить объем обязательств.

Предлагаемое толкование будет иметь следующие дополнительные преимущества для инвесторов:

- не будет требования о том, чтобы это был спор по договору с государством.
- не потребует отказ инвесторов от прав, которые они имели бы в случае международного инвестиционного арбитража.

Предлагаемое постановление является разумным компромиссом между интересами Республики Казахстан и его судов и интересов инвесторов. Это поможет новым коллегиям по разрешению инвестиционных споров в достижении цели по улучшению инвестиционного климата Казахстана.

Приложение «А»

Список стран, заключивших с Республикой Казахстан Договор о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций*

Америка

1. США

Европа

2.	Австрия	10.	Великобритания	18.	Польша
3.	Бельгийско-Люксембургский союз	11.	Греция	19.	Румыния
4.	Болгария	12.	Венгрия	20.	Сербия
5.	Чешская Республика	13.	Италия	21.	Словакия
6.	Эстония	14.	Латвия	22.	Испания
7.	Финляндия	15.	Литва	23.	Швеция
8.	Франция	16.	Македония	24.	Швейцария
9.	Германия	17.	Нидерланды		

Страны-республики бывшего Советского Союза (за исключением прибалтийских государств)

25.	Азербайджан	28.	Кыргызстан	31.	Узбекистан
26.	Армения	29.	Россия	32.	Украина
27.	Грузия	30.	Таджикистан		

Страны Азии, Африки и Ближнего Востока

33.	Афганистан	39.	Япония	45.	Пакистан
34.	Китай	40.	Иордания	46.	Катар
35.	Египет	41.	Корея	47.	Турция
36.	Индия	42.	Кувейт	48.	Вьетнам
37.	Иран	43.	Малайзия		
38.	Израиль	44.	Монголия		

Международные организации

49. Государства-члены Евразийского экономического сообщества (ЕврАзЭС)

* см. «Путеводитель Инвестора», опубликованный Министерством по инвестициям и развитию РК

ПРОЕКТ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (1)

*О вопросах толкования термина «инвестиционный спор» по п. 1 статьи 296
Предпринимательского кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 года №375-V*

1. В соответствии с п. 1 статьи 296 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 года (№375-V) (далее – **Предпринимательский кодекс**), инвестиционным спором является спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами, в том числе крупными инвесторами, и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора.
2. В соответствии с п. 3 статьи 274 Предпринимательского кодекса, деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью.
3. На основании приведенных определений споры между инвестором и государственными органами, вытекающие или возникающие в связи с видами деятельности инвестора, перечисленными в п. 3 статьи 274 Предпринимательского кодекса, рассматриваются как инвестиционные споры, если деятельность инвестора осуществляется на основании договора между инвестором и государственными органами.
4. В то же время международные соглашения о защите инвестиций, ратифицированные Республикой Казахстан, расширяют понятие инвестиционного спора между государственными органами и инвесторами, возникающего в связи с инвестициями, даже если такая деятельность осуществляется не на основании договора между инвестором и государственными органами.

ПРОЕКТ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (2)

5. В соответствии с международными договорами термин «инвестиции» означает все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором, включая: an enterprise and a branch of an enterprise;
- (a) юридическое лицо, а также его филиал;
 - (b) акции, доли или другие формы долевого участия в предприятии, включая права, вытекающие из них;
 - (c) облигации, долговые обязательства, ссуды и другие формы долга, включая права, вытекающие из них;
 - (d) права согласно контрактам, включая контракты «под ключ», договоры строительства, управления, производства или контракты распределения доходов;
 - (e) денежные требования и любая работа согласно контракту, имеющая коммерческую ценность;
 - (f) права интеллектуальной собственности, в том числе авторские права и смежные права, патенты и права, касающиеся полезных моделей, торговых марок, промышленных образцов, топологий интегральных микросхем, новых сортов растений, мест происхождения товаров или географических указаний и конфиденциальной информации;
 - (g) права, предоставленные в соответствии с законами и нормативными актами принимающего государства или контрактами, такими как концессионные, лицензионные, разрешения и допуска, включая контракты на разведку и разработку природных ресурсов; и
 - (h) любое другое материальное и нематериальное, движимое и недвижимое имущество, и любые сопутствующие права собственности, такие как аренда, ипотека, право удержания и залог.

Инвестиции включают доходы, получаемые от инвестиций, в частности, прибыль, процент, доходы с капитала, дивиденды, гонорары и выплаты. Изменение в форме, в которой инвестируются активы, не затрагивает их характер как инвестиции.

ПРОЕКТ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (3)

6. В соответствии с общепризнанными международными принципами, выработанными международной инвестиционной арбитражной практикой, можно определить некоторые характерные критерии, которые позволяют рассматривать активы, перечисленные в пункте 5, в качестве инвестиций в целях урегулирования инвестиционных споров:
 - a) деятельность инвестора должны быть достаточно продолжительной;
 - b) как правило, должен присутствовать элемент риска для инвестора и государственных органов;
 - c) обязательства инвестора должны быть значительны;
 - d) вклад инвестора должен влечь развитие государства-реципиента.
7. В соответствии с п. 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.
8. В соответствии с п. 1 статьи 1 Гражданского процессуального кодекса, применение норм гражданского права основано, среди прочего, на общепризнанных международных принципах.
9. В соответствии с принципом равенства всех инвесторов, предусмотренным статьей 6 Предпринимательского кодекса, все национальные инвесторы имеют право на такую же защиту, что и иностранные.
10. Соответственно, термин «инвестиционный спор», предусмотренный п. 1 статьи 296 Предпринимательского кодекса, должен толковаться судами как любой спор между инвесторами и государственными органами, возникающий в связи с инвестициями, перечисленными в пункте 5 выше, с учетом критериев, приведенных в пункте 6 выше.