

Международный инвестиционный арбитраж как гарантия защиты прав недропользователя

Ж. Караманова, юрист юридической фирмы «GRATA»

В статье рассматриваются актуальные вопросы, касающиеся разрешения споров, вытекающих из контрактов на недропользование, в международном арбитраже, разъясняются понятия международного инвестиционного арбитража, инвестиционного спора, приводится краткий анализ текущего законодательства Республики Казахстан в части исключительной юрисдикции государственных судов.

Как известно, существует несколько видов международных арбитражных разбирательств: международный коммерческий арбитраж, международный инвестиционный арбитраж и арбитражные разбирательства между государствами.

Международный инвестиционный арбитраж — это механизм разрешения споров между иностранными инвесторами и государственными органами. Его уникальность заключается в том, что он дает инвесторам возможность требовать компенсацию за материальный ущерб или нарушение обязательств от самого правительства и делать это вне судебной системы какого-либо из государств. Арбитры международного инвестиционного арбитража, как правило, адвокаты и юристы с мировым именем, которые выбираются специально для каждого процесса самими сторонами или назначаются одной из международных организаций, предоставляющих услуги в этой области.

Специфика споров, вытекающих из контрактов на недропользование, заключается в том, что одной из сторон спора является государство или уполномоченный государственный орган. Передача спора, вытекающего из такого контракта, в суды общей юрисдикции Республики Казахстан, скорее всего, означала бы высокую вероятность давления государства на судей, а потому крайне нежелательна для инвесторов-недропользователей. Таким образом, **основное отличие инвестиционного арбитража** от коммерческого арбитража состоит в том, что ответчиком выступает обычно государство, а истцом — частное лицо, гражданин (компания) другого государства, и, как правило, речь идет об очень больших деньгах.

Необходимо подчеркнуть, что для того, чтобы спор рассматривался в международном арбитраже, необходимо иметь **предварительное согласие** обеих сторон. В коммерческих отношениях такое согласие чаще всего достигается путем включения в контрактные отношения арбитражной оговорки, то есть предварительной договоренности сторон о том, что все споры, имеющие отношение к данному контракту, будут решаться через международный арбитраж. В контексте же инвестиционного арбитража согласие правительства обычно фиксируется в **инвестиционном соглашении** между страной инвестора и страной привлечения инвестиций. Казахстан является участником тридцати девяти таких соглашений. Данные соглашения оговаривают права, которыми наделяются инвесторы той или иной страны, например право на компенсацию в случае экспроприации или дискриминационного отношения к ним со стороны властей. Что является, а что не является дискриминационным отношением, какую следует выплатить компенсацию и иные подобные вопросы арбитры решают на основании конкретных фактов каждого дела и применимого права.

Согласно статье 4 Закона Республики Казахстан от 8 января 2003 г. № 373-ІІ «Об инвестициях» инвестору предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов. Однако, несмотря на существующий механизм защиты прав инвесторов, каждого волнует вопрос **исполнения решений арбитражных судов**.

На сегодняшний день в Казахстане сформирована правовая база для признания и исполнения решений международных арбитражей. Казахстан присоединился и ратифицировал практически все основные международные и региональные конвенции и соглашения, ка-

сающиеся арбитража, сегодня все они являются действующим правом Республики Казахстан. Так, в частности, приняты внутренние нормативные правовые акты — законы Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже», «О третейских судах», «О внесении дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам деятельности третейских судов и арбитражей» (в частности, в Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан).

Казахстан также присоединился к Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г., Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г., ратифицировал Вашингтонскую конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г. Казахстан является стороной соглашений «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» от 20 марта 1992 г. и «О порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества» от 6 марта 1998 г. Присоединившись к данным конвенциям и соглашениям, Казахстан обязался признавать силу арбитражных договоров и оговорок о порядке разрешения споров в части контрактов на недоропользование, а также признавать и исполнять решения как иностранных и международных, так и казахстанских третейских судов.

Перечень оснований для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, предусмотренный Законом Республики Казахстан «О международном коммерческом арбитраже», соответствует перечню, установленному в Нью-Йоркской конвенции. Таким образом, в Казахстане признаются решения арбитражей, вынесенные в другом государстве — участнике конвенций.

Как известно, Россия подписала Договор к Энергетической хартии (ДЭХ), который является единственным многосторонним международным договором, создающим общую правовую систему для безопасной транспортировки энергетических материалов и продуктов, в 1994 г., но до сих пор не ратифицировала его, несмотря на немалое давление со стороны стран Евросоюза. Казахстан, в свою очередь, подписал 17 декабря 1994 г. и ратифицировал ДЭХ 18 октября 1995 г. Ратификация ДЭХ — еще одна гарантия того, что права потенциальных инвесторов в сфере энергетики в Казахстане будут защищены, а государство может быть привлечено к материальной ответственности за нарушения ДЭХ через международный инвестиционный арбитраж.

Очень важно определить, что же такое инвестиционный спор, который можно передать в инвестиционный арбитраж. Определение **инвестиционного спора** сформулировано в ДЭХ довольно узко — это спор в отношении инвестиций между стороной и инвестором другой стороны, который касается нарушения обязательств в части поощрения и защиты капиталовложений. Таким образом, инвестор может заявлять претензии в порядке, предусмотренном ДЭХ, по следующим вопросам:

- обеспечение справедливого и равного режима, национального режима и режима наибольшего благоприятствования (с контролируемыми изъятиями и государственными субсидиями);
- добросовестное рассмотрение государством вопросов въезда и пребывания на территории государства персонала иностранного инвестора;
- предоставление режима наибольшего благоприятствования при возмещении иностранному инвестору ущерба, причиненного в результате войны, гражданских беспорядков и других аналогичных событий;
- гарантии при экспроприации;
- гарантия перевода платежей, связанных с иностранными инвестициями.

Согласно статье 25 **Вашингтонской конвенции** к инвестиционным спорам относятся правовые споры, возникающие непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между принимающим государством и физическим или юридическим лицом другого государства. Таким образом, Вашингтонская конвенция довольно широко определяет категорию инвестиционных споров.

Согласно **Закону Республики Казахстан «Об инвестициях»** инвестиционный спор — это спор, вытекающий из договорных обязательств между инвестором и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора. На наш взгляд, данное определение инвестиционного спора является не совсем удачным и ухудшает положение инвесторов по сравнению со старым Законом Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях».

Во-первых, из категории инвестиционных споров исключены **споры по внедоговорным отношениям** между уполномоченным органом государства и инвестором. Таким образом, они могут рассматриваться только в государственных судах, в то время как старый Закон Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях» (ст. 27) позволял передавать их в международный арбитраж даже при отсутствии согласия государства. Во-вторых, совершенно очевидно, что наличие любого спора



можно обосновать нарушением законодательства одной из сторон спора, и, таким образом, такое определение инвестиционного спора повышает риск передачи споров между государством и инвестором в казахстанские суды, поскольку основанием для такой передачи может послужить обвинение государством инвестора в нарушении законодательства.

Закон Республики Казахстан от 8 января 2003 г. № 373-III «Об инвестициях» (ст. 9) предусматривает, что инвестиционные споры могут быть разрешены путем переговоров, в судах Республики Казахстан либо в соответствии с ранее согласованной сторонами процедурой разрешения споров (в международных арбитражах, определяемых соглашением сторон). С одной стороны, Закон Республики Казахстан «Об инвестициях» конкретно не регламентирует, в какие имен-

но арбитражи следует передать спор, как это было в старом Законе Республики Казахстан «Об иностранных инвестициях», и оставляет это на усмотрение сторон, но, с другой стороны, на наш взгляд, арбитражное соглашение должно исключать юрисдикцию государственного суда. Следует обратить внимание на тот факт, что право инвесторов на обращение в арбитраж ограничено в соответствии со статьей 417 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 г., установившей **исключительную компетенцию казахстанских судов по спорам, связанным с определением прав на недвижимое имущество**. Очевидно, что осуществление инвесторами прав, вытекающих из контрактов на недропользование, может повлечь споры и в отношении прав на недвижимость, затронутых в этой статье (например, возможен спор о признании прав на земельные участки над недрами, на здания и сооружения, построенные на участках над недрами).

Кроме того, при решении вопроса об исключительной компетенции казахстанских судов надо учитывать положения международных договоров. Если инвестиционные споры, связанные с определением прав на недвижимое имущество и другими вопросами, указанные в статье 417 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан, подпадают под действие международных договоров, обеспечивающих рассмотрение инвестиционных споров арбитражем, то норма кодекса об исключительной компетенции не должна к ним применяться.

На сегодняшний день в Казахстане сформирована правовая база для признания и исполнения решений международных арбитражей. Казахстан присоединился и ратифицировал практически все основные международные и региональные конвенции и соглашения, касающиеся арбитража, сегодня все они являются действующим правом Республики Казахстан.

Статья 25 Вашингтонской конвенции устанавливает следующие признаки споров, на которые распространяется юрисдикция Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданного на основе Вашингтонской конвенции: 1) спор должен быть непосредственно связан с инвестициями; 2) сторонами спора должны быть государство, являющееся участником Вашингтонской конвенции, и физическое или юридическое лицо, принадлежащее к другому государству — участнику Вашингтонской конвенции; 3) стороны спора должны дать письменное согласие на его передачу в центр.

Если спор не связан с инвестициями и касается фактических обстоятельств, возможность его рассмотрения в МЦУИС предусматривают Правила дополнительной процедуры, принятые

в 1978 г. В целях расширения юрисдикции центра 27 сентября 1978 г. им были приняты «Дополнительные средства механизма рассмотре-

ния спора и процедуры по установлению фактов», позволяющие МЦУИС разрешать в рамках арбитражного разбирательства или применения не предусмотренных Вашингтонской конвенцией процедур споры между государствами и инвесторами. Это, в частности, споры с участием стороны, не являющейся государством или не относящейся к государству, подписавшему Вашингтонскую конвенцию, или разногласия, не связанные с инвестициями.

Особое значение этих международно-правовых механизмов состоит в том, что инвесторы имеют возможность заявить свои претензии государству, принимающего инвестиции, и вступить с ним в **диалог**, причем процесс урегулирования инвестиционного спора можно признать действительно успешным именно тогда, когда стороны идут на компромисс и спор заканчивается по согласию без вынесения решения.

Несмотря на положительные моменты и преимущества передачи спора в арбитраж, каждая сторона может найти в этой процедуре для себя определенные трудности или минусы. В частности, для Казахстана минусы применения ДЭХ могут заключаться в следующем. Во-первых, всем инвесторам стран — участниц ДЭХ в энергетическую промышленность Казахстана открыта дорога в международный арбитраж, где они смогут требовать от государства материальную компенсацию за нарушение положений ДЭХ, касающихся защиты иностранных инвестиций. Во-вторых, наличие ре-

шений, вынесенных против Казахстана, усиливает негативную оценку в части надежности иностранных инвестиций в стране и тем самым замедляет процесс экономического роста. Дело в том, что в отличие от арбитражных решений в исключительно коммерческих спорах решения по инвестиционным спорам нередко **предаются огласке**.

Если же говорить о минусах споров с государством для инвесторов вообще, то, безусловно, приходится констатировать, что государство обладает гораздо большими ресурсами и возможностями, чем частный инвестор, и может при необходимости, при возникновении угрозы нанесения ущерба публичным интересам государства задействовать административный ресурс. Именно поэтому инвесторы наделяются правами преследовать государство, его государственные органы в международных арбитражах, самостоятельно выбирать способы и методы разбирательства.

Необходимо отметить, что у иностранных инвесторов значительно меньше возможностей в части доступа к документам, имеющим непубличный характер, или получения свидетельских показаний государственных чиновников в свою пользу.

К тому же, праву инвестора предъявлять иски государство может противопоставить

право пересмотреть или расторгнуть международное соглашение на основании Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Международная практика показывает, что **неравенство сторон** проявляется также в невозможности инвестора обеспечить себе достойную защиту: такие страны, как Иран, США, Канада, Мексика, которые ведут активную инвестиционную политику, сформировали мощные юридические команды, имеющие богатый опыт ведения дел, в то время как большинство исков предъявляются средними инвестиционными компаниями с небольшими бюджетами, которым весьма сложно противостоять таким государственным командам.

Темпы привлечения иностранных инвестиций в Казахстан приводят к увеличению количества инвестиционных споров. Двусторонние инвестиционные соглашения предоставляют инвесторам прямое право подать иск в арбитраж против государства, нарушившего законы и соглашения, даже если инвесторы не заключили соглашения с соответствующим государством. Казахстан готов придерживаться тех же правил в сфере энергетики, как и его соседи, и может, таким образом, способствовать притоку иностранных инвестиций в страну, а международный инвестиционный арбитраж будет служить отличной гарантией защиты прав инвесторов. ❧❧❧



Ваша работа связана с функционированием топливно-энергетического комплекса?



Вам необходимо быть в курсе всех последних изменений законодательства в отрасли?



У Вас нет времени отслеживать все новости в области недропользования, экологии и энергетики?

Чтобы перехватить **инициативу**, нужно обладать **информацией**

Подпишитесь на **ЭЛЕКТРОННУЮ ВЕРСИЮ** и Вы будете иметь **БОЛЕЕ ОПЕРАТИВНЫЙ** доступ к нашим изданиям.

Заявку можно оформить в редакции:
тел. (495) 235-47-88, 230-30-22,
факс (495) 235-23-61,
e-mail: order@oilgaslaw.ru
или на сайте <http://www.oilgaslaw.ru/>

Подписка на печатную версию принимается по каталогу "Газеты. Журналы" Роспечати и объединенному каталогу "Пресса России".
Сроки доставки — в соответствии с нормами почтовой связи.



Группа изданий **ПравоГЭК**

Нефть, Газ и Право

Журнал правовой и коммерческой информации в области недропользования и энергетики
Выходит с 1995 г.
Периодичность — 6 выпусков в год.

Нефть, Газ и Право Казахстана

Новое информационно-правовое издание ТЭК Республики Казахстан
Выходит со II полугодия 2004 г.
Периодичность — 4 выпуска в год.

Нефтегаз, Энергетика и Законодательство

Ежегодное информационно-правовое издание топливно-энергетического комплекса России и стран СНГ
Выходит с 2001 г.
Периодичность — 1 раз в год.

Вестник ТЭК

Ежемесячный информационно-аналитический бюллетень
Выходит с 1996 г.
Периодичность — 12 выпусков в год.

Вестник ТЭК: новости недели

Еженедельный информационно-аналитический бюллетень
Выходит со II полугодия 2004 г.
Периодичность — 46 выпусков в год

Вестник ТЭК: правовые вопросы

Бюллетень оперативной правовой информации в области недропользования, экологии и энергетики
Выходит со II полугодия 2004 г.
Периодичность — 20 выпусков в год