Член Международного совета

при Верховном суде Республики Казахстан

Кенжебаева А.Т.

**Понятие "инвестиционный спор" по законодательству Республики Казахстан и по двусторонним инвестиционным соглашениям**

**Предложения по расширению юрисдикции инвестиционных судов**

Специализированная судебная коллегия Верховного Суда РК и специализированный состав суда г. Астаны (далее – “инвестиционные суды”) были созданы год назад, что уже позволяет делать определенные выводы об их эффективности. Инвестиционные суды в Казахстане – это уникальное явление, в мире аналогов не существует, поэтому не было возможности опереться на какой-либо опыт других стран. В целом, по нашему мнению, инвестиционные суды показали свою нужность и полезность. В то же время, выявились пути совершенствования их работы, возможности их использования для более успешного достижения их целей, создании дополнительных гарантий правой охраны и судебной защиты общественных ценностей, которыми в данном случае являются права и имущественные интересы инвесторов, обеспечение благоприятного инвестиционного климата для развития экономики, стимулирование инвестиций в создание новых, расширение и обновление действующих производств.

Выявилась необходимость расширения юрисдикции инвестиционных судов, и, в частности Специализированной судебной коллегии Верховного Суда РК, путем увеличения категории дел, которые могут быть отнесены к их компетенции.

Расширение юрисдикции инвестиционных судов может быть обеспечено посредством изменений в действующее законодательство, внесение которых желательно *(de lege ferenda)*, и/или изменений в практику его применения, без необходимости изменения этого законодательства *(de lege lata)*.

# Предложения по изменению законодательства (*de lege ferenda)*

## Предоставить инвестору, инвестирующему в уставный капитал компании, права на **косвенный иск** по инвестиционному спору, что позволит эффективнее использовать потенциал инвестиционных судов

## По своей направленности инвестиции можно разделить на инвестиции, направленные инвестором на развитие своей внутренней инфраструктуры, и инвестиции в направлении внешних субъектов. По этой классификации инвестиции в фиксированные активы, направленные на повышение капитализации самого инвестора, являются внутренним инвестициями, а инвестиции, направленные во внешнюю среду, то есть в уставный капитал коммерческих организаций, являются внешними инвестициями.

В зависимости от природы обязательств, по поводу которых возник спор между государственным органом и инвестором, этот спор может быть отнесен к «инвестиционному спору» или «иному спору, связанному с инвестиционной деятельностью». При этом инвестиционным спором в законе признается спор, вытекающий *из договорных обязательств* между инвесторами и государственными органами в связи с инвестиционной деятельностью инвестора. При толковании этого определения утвердилось мнение о том, что сторонами инвестиционного спора могут выступать лишь стороны инвестиционного контракта. Это мнение исключает из числа возможных сторон инвестиционного спора инвестора, инвестирующего в уставный капитал коммерческой организации, поскольку сам этот инвестор не является стороной инвестиционного контракта. Между тем, такое толкование инвестиционного спора является достаточно спорным, оно не оправданно ограничивает круг потенциальных сторон этого спора.

В процессуальном смысле иск как требование о защите нарушенного или оспариваемого права подлежит разрешению судом по существу при условии, если на момент его предъявления субъективное гражданское право принадлежит истцу, и имеются доказательства нарушения этого права ответчиком. Стороной инвестиционного контракта обычно является коммерческая организация, в уставный капитал которой данный инвестор инвестировал свои активы (участник ТОО или акционер в АО). Эта организация является юридически самостоятельной и реализует свою правосубъектность через свои органы управления. Поэтому только за данной организацией признается право на предъявление иска о защите ее прав по инвестиционному контракту и возмещении убытков. Инвестор, инвестирующий в уставный капитал такой организации (далее – “внешний инвестор”), обычно не имеет прав по контракту, которые могли бы быть нарушены, или прав на имущество организации, которому причинены убытки, следовательно, онне имеет самостоятельного материально-правового интереса в исходе дела. Поэтому этот инвестор не имеет ни права на указанный иск (иск в материальном смысле), ни права на предъявление такого иска (иск в процессуальном смысле).

Внешний инвестор не имеет права и на предъявление так называемого косвенного (деривативного) иска. По законодательству РК о хозяйственных товариществах и обществах участник *(акционер)* компании не имеет права на предъявление иска от своего имени, но в интересах компании и с целью реализовать право, которое она по той или иной причине не может реализовать самостоятельно. Исключение сделано лишь для случаев, когда участник (акционер) компании предъявляет иск к лицу, участвующему в управлении компанией, о возмещении убытков, причиненных компании вследствие нарушения указанным лицом своих фидуциарных обязанностей (ст. 63 Закона об АО, п. 3 ст. 52 Закона о ТОО). Таким образом, ответчиками по косвенному иску могут быть только лица, участвующие в управлении компанией. Право участника (акционера) компании на предъявления косвенного иска к третьим лицам законодательством не предусмотрено. Таким образом, в инвестиционном споре внешний инвестор может занимать лишь процессуальное положение третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, на стороне истца или ответчика.

На третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, решение суда отражается лишь косвенно, через изменение правового статуса стороны, с которой они связаны самостоятельным правоотношением. В рассматриваемом случае, компанию и ее участника связывает корпоративное правоотношение. Вместе с тем, расторжение с компанией инвестиционного контракта, его нарушение государственным органом, причинившее убытки компании, может снизить ее рыночную стоимость, что влечет снижение рыночной стоимости доли участия инвестора в уставном капитале этой компании, то есть цены, по которой он мог бы произвести отчуждение этой доли (акций) третьим лицам. Вследствие причиненных ей убытков компания может также принять решение не выплачивать дивиденды или выплатить их в меньшем размере. Конечно, эти последствия могут наступить и вследствие иных причин, что делает весьма сложным процесс установления причинно-следственной связи между причинением убытков компании и указанными последствиями. Тем не менее, действия государственного органа, нарушающие права компании по контракту, могут косвенно отразиться на внешнем инвесторе, его имущественных интересах, связанных с его участием в этой компании.

Доля участия (акции) в уставном капитале компании является инвестицией, цель вложения которой состоит в возврате инвестором первоначального вложенных средств и получении дохода в будущем в виде дивидендов, а также приращении рыночной стоимости его доли участия (акций) в этом капитале. Получение этого дохода и составляет имущественный интерес инвестора. Поэтому данному интересу должна быть обеспечена должная правовая охрана и судебная защита. В этой связи, предлагаем *de lege ferenda* **предоставить внешнему инвестору право на предъявление иска от своего имени, но в интересах компании по инвестиционному спору (косвенный иск).** При этом выгодоприобретателем по такому иску будет компания, в пользу которой будет взыскиваться присужденное.

Реализация этого предложения позволит не только обеспечить должную правовую охрану и судебную защиту имущественным интересам внешнего инвестора, но и реализовать замысел, что преследовал законодатель при создании инвестиционных судов. Они создавались как альтернатива коммерческим арбитражам, их равноценная замена для разрешения инвестиционных споров, которой инвесторы пользуются неохотно, причина чего, на наш взгляд, кроется в арбитражных соглашениях, которыми, как правило, связаны стороны инвестиционного контракта. Обращение инвестора в суд республики с иском по спору, вытекающему из указанного контракта, равнозначно его отказу от такого соглашения. Поэтому эти альтернативы являются взаимоисключающими, и выбор одной означает отказ от другой. Как показывает практика, инвесторы по-прежнему выбирают арбитраж, несмотря на материальные и временные издержки, сопряженные с арбитражным разбирательством. Причина такого выбора лежит в плоскости доверия инвесторов к судебной системе республики, в целом, и инвестиционным судам, в частности, поэтому такая ситуация может продолжаться бесконечно долго. Изменить ее кардинально позволит повышение качества правосудия, но немедленной мерой могло быть стать предоставление участнику компании права на предъявление косвенного иска по инвестиционному спору, поскольку этот участник, как правило, арбитражным соглашением не связан и не поставлен в ситуацию выбора.

Предоставление внешнему инвестору права на косвенный иск по инвестиционному спору позволит эффективнее использовать потенциал инвестиционных судов. При этом в потенциале эти суды могут служить альтернативой не только коммерческим, но также инвестиционным арбитражам (далее - “трибунал”), рассматривающим споры между государством и иностранным инвестором, вытекающие из нарушения двусторонних инвестиционных договоров (далее – “ДИД”).

По положениям всех без исключения ДИДов республики акции и иные формы участия в уставном капитале компании признаются инвестициями. Поэтому компания, с которой государственный орган заключил инвестиционный контракт, может рассматриваться не только в качестве инвестора, но и в качестве инвестиции, защита которой гарантируется ДИДами. При этом внешний инвестор вправе требовать в трибунале возмещения ему не только прямых убытков, причиненных непосредственно его участию в компании (*например, вследствие национализации компании и/или экспроприации его доли участия)*, но также косвенных убытков, причиненных ему опосредованно, вследствие ущерба активам компании (*например, снижение рыночной стоимости его доли участия).* Так, например, трибунал по делу Mondev Int. против США указал, что *“по мнению Трибунала, Истец, безусловно, может заявить об убытках или ущербе, понесенных им в результате оспариваемых действий, даже если убыток или ущерб были также понесены предприятием [принадлежащим ему]...”[[1]](#footnote-1).*

При этом на предъявление такого иска внешнему инвестору не требуется согласие компании. Так, например, трибунал по делу CMS против Аргентины указал, что *“не находит никаких преград в современном международном праве для концепции, позволяющей акционерам предъявлять иски независимо от заинтересованных корпораций …”.[[2]](#footnote-2)* В решении по другому делу против Аргентины трибунал указал, что *“вопрос о том, вправе ли местная компания в дальнейшем обратиться с иском о нарушении ее прав по контрактам, лицензиям или иным инструментам, не влияет на прямое право иностранных акционеров, предоставленное им двусторонним инвестиционным договором, на предъявление иска в защиту своих интересов, связанных с инвестицией”[[3]](#footnote-3).*

Таким образом, в практике трибуналов по спорам, связанным с причинением убытков компании, за ее участником (акционером) признается право на самостоятельный иск о возмещении причиненных ему убытков. В этих спорах, материально-правовой интерес внешнего инвестора в исходе дела трибуналы находят в получении инвестором дохода от инвестиций *(приращение рыночной стоимости его доли участия в компании или дивиденды)*, а способ защиты этого интереса – в возмещении косвенных убытков.

Законодательство республики не позволяет внешнему инвестору обратиться в инвестиционный суд с подобным иском и требовать с государственного органа, нарушившего инвестиционный контракт, возмещения косвенных убытков. По смыслу статьи 9 ГК РК требовать взыскания убытков, а равно иных средств и способов защиты, лицо вправе только в целях защиты субъективного гражданского права. Имущественный интерес внешнего инвестора в получении дохода от инвестицийне имеет оформления в материальном праве республики, ему не придана форма субъективного гражданского права, поэтому он не охраняется и не обеспечен защитой. Кроме того, косвенные убытки, напрямую не связанные с нарушением гражданского обязательства, то есть наступившие в связи с другими сопутствующими обстоятельствами, убытками в значении статьи 9 ГК РК не являются и взысканию не подлежат. Таким образом, внешний инвестор может обеспечить защиту указанного интереса только в рамках ДИДа и при условии, что государством его инкорпорации (гражданства) является государство, с которым у республики подписано международное инвестиционное соглашение. Инвесторы из других государств, а также местные инвесторы, инвестирующие в уставный капитал компании, такой защитой не обеспечены. В этой связи, **предлагаем управомочить внешнего инвестора на предъявление косвенного иска по инвестиционному спору,** и закрепить в главе 14 ГПК РК норму соответствующего содержания.

Наделение внешних инвесторов правом на предъявление косвенных исков даст возможность инвесторам быстро и качественно решать споры по инвестиционному договору в судах РК без риска потери возможности обращения в международный арбитраж в случае необходимости в соответствии с арбитражной оговоркой инвестиционного контракта.

## Наделить специализированную судебную коллегию Верховного Суда РК компетенцией по рассмотрению **всех** споров **крупного** инвестора с государственными органами

По правилам подсудности, установленным подп. 2 ст. 28 ГПК РК, специализированная судебная коллегия Верховного Суда РК по правилам суда первой инстанции рассматривает инвестиционные споры, стороной которых является крупный инвестор. При этом иные споры между этим инвестором и государственными органами, связанные с инвестиционной деятельностью, по правилам суда первой инстанции рассматривает специализированный состав суда города Астаны, что следует из п. 4 ст. 27 ГПК РК. Таким образом, при распределении компетенции между Верховным Судом РК и судом города Астаны законодатель основывался на статусе инвестора, являющегося стороной спора, и категорией этого спора (публично-правовой и частноправовой).

Распределение компетенции между этими судами в зависимости от статуса инвестора оправдано и объясняется желанием законодателя обеспечить крупного инвестора высоким качеством правосудия, зависящего главным образом от квалификации судей это правосудие отправляющих. Думается, что эти же аргументы должны лечь в основу решения вопроса о распределение компетенции в зависимости от категории спора. Вопросы факта и права, разрешаемые судами при рассмотрении публично-правовых споров, не менее сложны, чем вопросы, разрешаемые при рассмотрении частноправовых споров. Решения же судов, выносимые по публично-правовым спорам, нередко оказывают на статус инвестора, его имущественное положение куда более серьезное влияние, чем решения, выносимые по частноправовым спорам. Практика показала, что количество дел с участием крупных инвесторов не так велико, поэтому было бы желательным, чтобы специализированная судебная коллегия Верховного Суда РК по правилам суда первой инстанции рассматривала **все** споры между крупными инвесторами и государственными органами, связанные с инвестиционной деятельностью.

* 1. Установить компетенцию специализированной судебной коллегии Верховного Суда РК и специализированного состава суда города Астаны в отношении споров между инвесторами и **субъектами квазигосударственного сектора**

В отношениях с инвесторами интересы государства представляют не только его органы, но и субъекты квазигодарственного сектора. *De jure* они являются субъектами частного права. *De facto* эти субъекты обслуживают государство, выступая в его интересах в правоотношениях с другими субъектами права в силу предоставленного им правомочия, осуществляемых ими публичных функций или, наконец, в силу прямого или косвенного участия государства в уставном капитале этих субъектов и, тем самым, имеющего возможность определять их решения. Например, по постановлению Правительства РК от 20.06.2016 года № 355 полномочным органом, управомоченным действовать в интересах республики во всех ее соглашениях о разделе продукции, является ТОО “PSA”, учредителем которого является НК “КазМунайГаз”. Таким образом, интересы республики в ее правоотношениях с наиболее крупными иностранными инвесторами представляет квазипубличная компания в силу предоставленного правомочия. Выступают в интересах государства в отношениях с иными субъектами права квазипубличные компании, осуществляющие публичные функции. Например, по Постановлению Правительства РК от 04.02.2013 года № 84 на РГП “НИИС” Министерства юстиции РК возложены функции, составляющие предмет государственной монополии по законодательству РК об охране интеллектуальной собственности (*ст. 4-1 Патентного закона РК, ст. 3-2 Закона РК Об охране селекционных достижений, ст. 3-1 Закона РК О товарных знаках)*. По сути, государство рассматривает этих субъектов как свои собственные органы. То же касается и АО «Фонд национального благосостояния «Самрук-Қазына», и его дочерних предприятий. Например, на практике есть много случаев, когда национальные компании заключают договоры с инвесторами на реализацию отдельных проектов или создают с инвесторами совместные предприятия. Поэтому споры инвесторов с субъектами квазигосударственного сектора, на наш взгляд, должны также рассматриваться инвестиционными судами. В этой связи, следует расширить понятие инвестиционного спора и включить в его содержание споры, вытекающие из договорных обязательств между инвесторами, в том числе крупными инвесторами, и субъектами квазигосударственного сектора. Иные споры между указанными участниками, вытекающие из недоговорных отношений, предлагаем относить к категории иных споров, связанных с инвестиционной деятельностью инвесторов.

С учетом данных предложений, а также предложения, изложенного в пункте 1.2, предлагаемпринять следующие изменения в ПК РК и ГПК РК.

* Изменить норму п. 1 ст. 296 ГПК РК и изложить ее в следующей редакции:

*“1. Инвестиционным спором является спор, вытекающий из договорных обязательств между инвесторами, в том числе крупными инвесторами, и государственными органами или субъектами квазигосударственного сектора в связи с инвестиционной деятельностью инвестора”.*

* Изменить норму подп. 2 ст. 28 ГПК РК и изложить ее в следующей редакции:

*“2) по инвестиционным спорам, а также по иным спорам крупных инвесторов с государственными органами или субъектами квазигосударственного сектора, связанным с инвестиционной деятельностью крупного инвестора”.*

* Изменить норму п. 4 ст. 27 ГПК РК и изложить ее в следующей редакции:

*“Суд города Астаны по правилам суда первой инстанции рассматривает и разрешает гражданские дела по инвестиционным и иным спорам инвесторов с государственными органами или субъектами квазигосударственного сектора, связанным с инвестиционной деятельностью инвестора, кроме дел, подсудных Верховному Суду Республики Казахстан”.*

1. ***Предложения, не требующие изменения законодательства (de lege lata)***

 2.1. Разъяснить, что вложения юридического лица в свои основные фонды должны рассматриваться в качестве реальных инвестиций также и в тех случаях, когда они осуществляются в основные фонды его **филиала**, создаваемого на территории республики

По объекту инвестирования инвестиции можно разделить на реальные (материальные и нематериальные) и финансовые инвестиции. Реальные инвестиции – это, прежде всего, капитальные вложения. Они представляют собой инвестиции в основные средства, в том числе затраты на новое строительство, расширение, реконструкцию или техническое перевооружение действующих предприятий, приобретение машин, оборудования, инвентаря и другие затраты. Финансовые же инвестиции – это вложения в финансовые инструменты, то есть вложения в акции, долю участия, облигации или иные ценные бумаги. По этой классификации вложения в фиксированные активы являются реальными инвестициями, а инвестиции, направленные на приобретение инвестором доли участия в уставном капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории республики в форме хозяйственного товарищества или общества, являются финансовыми инвестициями.

Реальные инвестиции могут вкладываться компанией не только в свои основные фонды, но также ее филиала. Поэтому вложение капитала в основные фонды филиала юридического лица (в том числе и иностранного), создаваемого на территории республики, являются инвестициями, и должны признаваться таковыми. Поэтому споры юридического лица с государственными органами, связанные с такими инвестициями, должны относиться к категории «иных споров между инвесторами и государственными органами, связанных с инвестиционной деятельностью» и рассматриваться инвестиционными судами.

* 1. Разъяснить, что от имени инвестора стороной спора в инвестиционном суде могут выступать **операторы**, назначенные на осуществление их функций в соответствии с законодательством о недрах и недропользовании

Многие проекты в сфере недропользования ведутся недропользователями через оператора. Оператор – это юридическое лицо, определяемое недропользователями, осуществляющее оперативное управление деятельностью и учетно-отчетные операции, связанные с исполнением контракта, за действия которого недропользователи несут имущественную ответственность. Таким образом, недропользователи создают фигуру оператора именно для того, чтобы освободить их от каждодневного ведения нефтяных операций, для чего оператор доложен быть наделен правом по закону приносить иски в суд и быть ответчиком в суде от своего имени, но в интересах представляемых им недропользователей. В отличие от так называемого «косвенного иска», обсуждавшегося в пункте 1.1 выше, в данном случае оператор даже косвенно не получает для себя ничего в результате рассмотрения спора, всё получают представляемые им недропользователи, поэтому такой иск можно назвать «представительский иск». Однако представительский статус оператора отличается от статуса профессионального представителя в суде по поручению тем, что оператор приносит иск от своего имени.

Такой подход позволит освободить недропользователей от необходимости участвовать в судебных разбирательствах, когда участия оператора было бы достаточным. При этом, поскольку оператор представляет недропользователей, то его споры с государственными органами также должны подпадать под юрисдикцию инвестиционных судов.

\*\*\*\*\*

1. Mondev International LTD. v. The United States of America. Award of 11 October 200), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>. P. 82. [↑](#footnote-ref-1)
2. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 17 July 2003, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>. P. 48. [↑](#footnote-ref-2)
3. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic. Decision on Jurisdiction of 14 January 2004, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>. P. 48. [↑](#footnote-ref-3)