**Елюбаев Жумагельды Сакенович, д.ю.н., профессор,**

**член Международного Совета при Верховном Суде РК,**

**Президент Казахстанской ассоциации юристов**

**нефтегазовой отрасли (KPLA), член Управляющего**

**Совета Коллегии коммерческих юристов**

**Kazakhstan Bar Association, Управляющий правовой советник**

**Евразийского подразделения корпорации Шеврон**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

(3 февраля, Астана, Круглый стол: «Отдельные вопросы практики

рассмотрения инвестиционных споров. Разграничение их подсудности»)

**Опыт участия инвесторов в новом судопроизводстве:**

**вопросы практики и законодательства**

В ходе реформы судебной системы Казахстана в 2015 года были учреждены специализированные суды по рассмотрению инвестиционных и иных споров, связанных с инвестиционной деятельностью (далее – «*инвестиционные споры*»). Это новелла в судебной системе страны вселила инвесторам определенную уверенность в будущее, поскольку они усматривали в таких судах надежный механизм защиты своих прав и законных интересов.

Следует признать, что в деятельности новых судебных инстанций есть положительные примеры, которые могут быть образцом отправления правосудия. Есть конкретные судебные решения, вступившие в законную силу, которыми были защищены права и интересы инвесторов.

Но, к сожалению, складывающаяся судебная практика названных специализированных судов свидетельствуют и о существующих серьезных проблемах концептуального характера и о формальном подходе судов и судей к рассмотрению дел данной категории. На деле продолжается ошибочная практика специализированных межрайонных экономических судов, которые до учреждения новых судебных инстанций, рассматривали дела подобной категории с участием инвесторов. Таким образом, получается как говорил известный российский государственный деятель: «хотели как лучше, а получилось, как всегда».

Между тем, Верховный Суд РК, лично глава высшей судебной инстанции, господин К.А.Мами, вложили много сил и энергии для того, чтобы учредить специализированные суды по рассмотрению инвестиционных и иных судов, связанных с инвестиционной деятельностью (далее – «*инвестиционные суды*») для того, чтобы в стране сформировался привлекательный инвестиционный климат, который весьма важен для нашей страны в условиях тяжелейшего экономического кризиса. Сейчас, инвесторы, как иностранные, так и национальные, вновь озабочены защитой своих прав и законных интересов. Уже есть первые обращения в Совет инвесторов при Президенте РК, Правительство РК, Администрацию Президента РК о принятии реальных мер по защите инвестиционной деятельности не на словах, а на деле.

Чтобы не быть голословным хотелось бы остановится на некоторых проблемах, не в целях критики судов и судей, а для того, чтобы обратить внимание представителей государственных органов, судей, прокуроров, инвесторов на необходимость обеспечения законности в сфере инвестиционной деятельности и формирования реального инвестиционного климата в стране.

Первая проблема, это недостатки в сфере обеспечения принципов независимости и беспристрастности в деятельности судей. Эти принципы закреплены в конкретных нормах законодательных актов Республики Казахстан и они являются обязательными для судей и судебной администрации.

Что же показывает практика. Сегодня, мы имеем много примеров, когда судьи своими действиями не обеспечивают равенство сторон, проявляют предвзятость к позиции представителей хозяйствующих субъектов, в большой степени защищают позицию государственных органов, являющихся стороной в споре, допускают нарушения процессуального законодательства, в конечном итоге, принимают ошибочные решения.

К примеру, по одному из дел, судья не удовлетворил ни одного ходатайства ответчика-инвестора и вынес решение на основе небесспорных документов и доказательств, представленных истцом (уполномоченным государственным органом). В частности, представителем ответчика было заявлено ходатайство о назначении судебно-экологической экспертизы на предмет установления объема произведенных эмиссий и размера ущерба окружающей среды, поскольку расчеты истца и ответчика значительно отличались друг от друга. Суд же, отклонив заявленное ходатайство, принял за основу расчеты истца и взыскал с ответчика денежную сумму, превышающую 50,000,000 долларов США. При этом, суд не мотивировал в достаточной степени свое решение, в частности, почему же он взял за основу расчеты истца и отклонил расчеты ответчика. По этому же делу ответчиком было заявлено ходатайство о привлечении специалиста из независимого проектного учреждения, предоставляющего услуги по проектированию и нормированию в области охраны окружающей среды. И это ходатайство было отклонено судом. Видя, что судья не беспристрастен, представитель ответчика заявил отвод судье, но зачитать ему заявление об отводе, судья не позволил, прервав речь представителя ответчика.

Разве подобные действия судьи не свидетельствуют о проявлении пристрастности при рассмотрении инвестиционных и иных споров, связанных с инвестиционной деятельностью? Изъятие у хозяйствующего субъекта более 50 млн. долларов США по решению суда, которое вызывает сомнение, разве не является актом посягательства на финансовые интересы и права инвестора? Разве эти действия суда не являются актом попрания элементарных требований гражданско-процессуального законодательства?

Здесь следует отметить, по одному из аналогичных дел (разница лишь в объемах эмиссии и размере якобы причиненного ущерба окружающей среде) Верховный Суд РК признал законным и обоснованным действие суда аппеляционной инстанции одной из областей о назначении судебно-экологической экспертизы по ходатайству ответчика-природопользователя. Эксперты пришли к выводу, что действиями ответчика не был причинен ущерб окружающей среде, что явилось основанием к отказу в иске, предъявленном природопользователю Департаментом экологии. Все судебные постановления по этому делу вступили в силу. Этот прецедент позволяет инвесторам считать, что суды по разному подходят к рассмотрению идентичных споров, и расценивают такие действия судов, дискриминационными. В связи с этим уместно вспомнить весьма справедливое ленинское высказывание о том, что «*законность не может быть калужской и казанской, а должна быть единой всероссийской и даже единой для всей федерации советских республик*». Эти слова в своем смысловом значении весьма актуальны для современного Казахстана, так как, к сожалению, у нас в действительности складывается законность «атырауская», «*кызылординская*», «*акмолинская*», а не единая общереспубликанская, и с этим что-то надо делать.

Вторая проблема, это определение подведомственности «*инвестиционных споров*». Практика показывает, что в 2016 году было рассмотрено ряд дел с участием крупных инвесторов, работающих в нефтегазовой отрасли страны. Эти инвесторы имеют заключенные с Республикой Казахстан контракты на недропользование с длительным сроком их действия. Во всех контрактах имеются обязательства недропользователя-инвестора соблюдать экологические требования при осуществлении хозяйственной деятельности. Разработка недр предполагает не только добычу углеводородного сырья, она сопряжена с выполнением целого комплекса иных технологических операций, связанных с добычей: операции по разведке месторождения и оценке запасов; буровые работы и установка скваженного оборудования, его испытание и введение в эксплуатацию; строительство, испытание и введение в эксплуатацию системы доставки углеводородного сырья от скважины на завод первичной переработки в целях получения товарной продукции (нефти, газа, серы и др.) и отделение попутных веществ, не представляющих ценность и потребительские свойства; строительство, испытание и эксплуатация производственных объектов; выполнение иных работ. На все это инвесторы вкладывают многомиллиардные капиталовложения в долларах США. Поэтому, вся деятельность недропользователя является инвестиционной деятельностью, основанной на закрепленных в контракте правах. Очевидно, что эти контракты налагают на недропользователя и определенные обязательства.

Следует отметить, в большинстве подобных контрактов между Республикой Казахстан и крупными инвесторами закреплено положение о том, что все споры по заключению, исполнению и прекращению контракта разрешаются дружественным путем посредством переговоров, а при недостижении взаимоприемлемого решения, спор передается на рассмотрение арбитража. Это очень важное положение, которое должно учитываться государственными судами и уполномоченными государственными органами.

Как было указано выше, одним из обязательств недропользователя в этих контрактах является соблюдение требований экологического законодательства Республики Казахстан. И если недропользователь не соблюдает или ненадлежащим образом соблюдает экологические требования при осуществлении своей хозяйственной деятельности, либо к такому мнению приходят контролирующие государственные органы, и это обстоятельство является предметом спора, то его следует рассматривать как неисполнение контрактных обязательств. В силу этого, спор, например, относительно эмиссий в окружающую среду с нарушением экологических требований, должен быть предметом переговоров сторон либо спор должен разрешаться в арбитраже.

Анализ судебных дел, рассмотренных «*инвестиционными судами*» свидетельствует о том, что крупные инвесторы, выступающие в качестве ответчиков, по так называемым «*экологическим делам*», неоднократно заявляли, что спор о возмещении ущерба окружающей среде должен быть разрешен арбитражем, а не государственным судом. Между тем такие ходатайства «*инвестиционными судами*» отклонялись, а иски принимались в их производство и рассматривались по существу.

В связи с этим, надо констатировать еще одно обстоятельство, связанное с этим вопросом. Например, сейчас, складывается практика, что каждый раз при рассмотрении «*инвестиционных споров*» суды запрашивают подтверждение том, что является ли компания «*инвестором*» или «*крупным инвестором*». Между тем такая информация должна запрашиваться от уполномоченных и местных органов власти, которые ведут реестер всех инвесторов и их данные являются официальным документом для определения подсудности дел.

Здесь следует отметить, например, все налоговые споры с такими крупными инвесторами, хотя они вытекают из публичных отношений, разрешаются путем переговоров либо в арбитраже. Имея в виду, что ставки платежей за эмиссии в окружающую среду предусмотрены в Налоговом кодексе РК и у недропользователя есть контрактное обязательство «*соблюдать экологические требования*», то споры относительно исполнения этого контрактного обязательства должны разрешаться путем переговоров или рассматриваться в арбитраже. По крайней мере, этот вопрос должен быть изучен Верховным Судом РК для того, чтобы, наконец, разобраться какие дела относятся к компетенции «*инвестиционных судов*», а какие другим специализированным судам или арбитражу.

Третья проблема, связана с тем, что при рассмотрении «*экологических дел*» судами не примается во внимание то обстоятельство, что в ряде случаев природопользователю приходится действовать в условиях «*крайней необходимости*». Например, если природопользователь осуществляет сжигание газа на факеле с целью предотвращения большего вреда, например, аварии, катастрофы, гибели людей, уничтожения производственных объектов или значительного их повреждения, то он действует в условиях «*крайней необходимости*», что само по себе должно исключать его привлечение к гражданско-правовой, материальной, административной, налоговой и уголовной ответственности. Конечно, эти обстоятельства должны быть тщательно проверены соответствующими экспертами контролирующих органов и независимыми экспертами. Если же вредные последствия наступили вследствие использования устаревшего оборудования, нарушения технологии, человеческого фактора или хозяйствующий субъект не проводит своевременные капитальные и текущий ремонты оборудования, то эти обстоятельства могут быть основанием к привлечению природопользователя к ответственности за вред, причиненный окружающей среде.

Как показывает практика, в большинстве случаев природопользователи действуют в условиях «*крайней необходимости*» при сжигании газа на факелах и данная практика полностью соответствует требованиям статьи 85 Закона РК «О недрах и недропользовании». Более того, такое сжигание газа предусматривается утвержденной технологией и производиться без человеческого участия. Если бы существующие датчики и другие контролирующие приборы и оборудование не срабатывали бы в аварийных ситуациях, а в некоторых случаях, если бы ответственный работник производства не осуществил бы требуемые действия по предотвращению аварии, то наступили бы более тяжкие последствия – уничтожение или значительное повреждение производственных объектов, гибель людей, приостановление производства и т.д.

Между тем, эти обстоятельства вообще остаются без внимания, как со стороны контролирующих государственных органов, так и судов. Хотя почти по каждому делу представители природопользователей обращают на это внимание, но их доводы не проверяются и не оцениваются. Все идут по формальному пути – есть факт эмиссии, установлен объем эмиссии, определен размер ущерба окружающей среде по так называемому «*косвенному методу*», и только на основе этих данных суды выносят поспешные решения о взыскании ущерба с природопользователя. Эти обстоятельства не учитываются даже тогда, когда об наступлении условий «*крайней необходимости*» указывается в исковом заявлении самого уполномоченного органа. Например, в одном из исковых заявлений Департамента экологии прямо указывается, что сжигание газа на факелах было произведено «*для предотвращения аварии*». Однако этому обстоятельству суд не придал никакого значения и взыскал с природопользователя-инвестора более 4 млн. долларов США.

Четвертая проблема связана с тем, что суды при рассмотрении экологических дел не принимают во внимание имеющиеся законодательные толкования важных понятий и терминов. Руководствование ими способствовало бы формированию единообразной судебной практики и правильному разрешению конкретных дел. К примеру, возьмем законодательное толкование, данное понятию «*ущерб окружающей среде*» в пункте 42 статьи 1 Экологического кодекса РК (далее – ЭК РК), под которым понимается «*загрязнение окружающей среды или изъятие природных ресурсов свыше установленных нормативов, вызвавшее или вызывающее деградацию и истощение природных ресурсов или гибель живых организмов*».

Следует отметить, что вне зависимости от того, как осуществляется экономическая оценка ущерба, причиненного окружающей среде – «*прямым методом*» или «*косвенным методом»*, необходимо установить и доказать наличие такого ущерба. При этом, исходя из законодательного толкования данного понятия, не всякое «*загрязнение окружающей среды или изъятие природных ресурсов*» может быть расценено как «*ущерб окружающей среде*». Для этого необходимо, во-первых, чтобы «*загрязнение окружающей среды или изъятие природных ресурсов*» было «*свыше установленных нормативов*», а во-вторых, чтобы эти действия повлекли за собой вредные последствия – «*деградацию и истощение природных ресурсов или гибель живых организмов*».

Эти положения ЭК РК полностью игнорируются, как контролирующими органами по вопросам экологии, так и судами. Между тем природопользователи в каждом своем отзыве на исковое заявление, в аппеляционной жалобе и кассационном ходатайстве обращают внимание истца и суда на это законодательное толкование, которое должно учитываться при рассмотрении дел о возмещении ущерба окружающей среде.

Необходимо также отметить, что согласно положению, закрепленному в пункте 2 статьи 108 ЭК РК «*должностные лица уполномоченного органа в области охраны окружающей среды в месячный срок с даты установления факта нанесения ущерба окружающей среде проводят сбор и анализ необходимых материалов и устанавливает экономическую оценку нанесенного ущерба*».

К таким действиям, в частности, относятся: анализ объективных данных производственного мониторинга окружающей среды, зафиксированных станциями объективного наблюдения и контроля; проведение инструментальных замеров и получение образцов атмосферного воздуха; лабораторный анализ отобранных образцов воздуха; расчет рассеивания приземных концентраций загрязняющих веществ и т.п. действия. Уполномоченный орган при необходимости вправе и наверное обязан привлекать независимых экспертов для выполнения таких действий.

К сожалению, вышеприведенное требование остается без должного внимания, либо ограничивается формальным сбором материалов и документов, не доказывающих факт наличия «ущерба окружающей среде» в том понимании, как это трактуется законодательным актом. И суды никогда не задаются вопросом, а выполнили ли уполномоченные органы вышеописанные действия в целях соблюдения требований статьи 108 ЭК РК.

Между тем необходимость проверки правильности представленных уполномоченным органом расчетов оценки ущерба, в том числе путем привлечения специалистов или назначения экспертизы, выяснение обстоятельств, свидетельствующих о наступлении вредных последствий предусмотрены в действующем нормативном постановлении Верховного Суда РК «О некоторых вопросах применения судами экологического законодательства Республики Казахстан по гражданским делам», а также в ранее действовавшем нормативном постановлении Верховного Суда РК «О практике применения судами законодательства об охране окружающей среды».

Пятая проблема касается вопросов выполнения уполномоченными органами своих полномочий по выдаче разрешительных документов, что приводит к возникновению споров в сфере специального природопользования.

К примеру, один их крупных недропользователей-инвесторов, реализуя бизнес-план (в части проведения планового капитального ремонта производственного объекта), утвержденный учредителями/участниками (одним из участников является НК «КазМунайГаз», управляющий долей Республики Казахстан в данном проекте), направил на согласование в уполномоченный государственный орган заявку на дополнительный объем сжигания газа. Уполномоченный орган необоснованно затягивал процесс согласования, несмотря на неоднократные письменные обращения крупного инвестора. Между тем, недропользователь-инвестор во исполнение решения высшего органа управления компании, начал плановый ремонт производственного объекта в отсутствие согласия уполномоченного органа в целях обеспечения безопасной работы, охраны окружающей среды, защиты жизни и здоровья работников компании, а также населения близлежащих населенных пунктов. Следует отметить, инвестор обязан был провести ремонт в сроки, установленные собственниками компании (как выше указано, одним из собственников этой компании является Республика Казахстан). В ходе ремонтных работ в плановом порядке на факелах был сожжен определенный объем газа.

Позднее, уполномоченный орган отказал в удовлетворении дополнительной заявки на сжигание газа на факелах в связи с проведением планового ремонта. При этом основанием к отказу было указано, что «*законодательство РК не предусматривает механизм рассмотрения и согласования уже сожженных объемов газа*». Напрашивается вопрос, а что мешало уполномоченному органу удовлетворить заявку до начала ремонтных работ и до сжигания в связи с этим газа на факелах? Хотелось бы ошибиться, но инвестор вправе предположить, что уполномоченный орган заранее планировал получение денег в бюджет за «самовольное сжигание газа». Так в итоге и получилось, «*инвестиционный суд*» взыскал с недропользователя-инвестора по иску уполномоченного органа более 50 млн. долларов США. При этом суд никоим образом не принял во внимание доводы представителя ответчика-инвестора, который на основе письменных доказательств подтвердил вышеизложенное обстоятельство.

В данном случае, было бы достаточным, чтобы инвестор произвел экологические платежи за выбросы в окружающую среду по ставкам, установленным НК РК, поскольку, так называемое «*самовольное сжигание*» газа было произведено по причине бездействия уполномоченного органа.

Хотелось бы сказать и о новой тенденции судов, когда они без достаточного анализа, объективной оценки представленных доказательств налагают на ответчика расходы представителей уполномоченных органов, которые участвуют в судебных процессах. Так, например, на наш взгляд, государственные чиновники злоупотребляют свои положением, когда на два-три дня раньше прибывают из других регионов в Астану для участия в процессах, проводимых «*инвестиционными судами*» под сомнительным предлогом подготовки к делу. Проживают в дорогих гостиницах, питаются в популярных ресторанах, затем несколько часов участвуют в процессе, но все расходы за приятное времяпровождение в столице выставляют ответчику, а суды удовлетворяют такие ходатайства, не проверяя обоснованность и правильность таких расходов. А суммы, порой доходят до миллионов тенге…

Есть проблемы и с применением технических средств. Так, если Специализированная коллегия Верховного Суда РК начала применять такие возможности, например видеоконференцию для обеспечения дистанционного участия сторон в процессе, то специализированный состав суда города Астаны, еще не начал такую практику, хотя соответствующие обращения от инвесторов уже были. Видимо, надо использовать научно-технические ресурсы в целях сокращения расходов сторон, а также в целях своевременного рассмотрения дел данной категории.

Можно приводить и другие примеры из судебной практики, которые вызывают много вопросов у инвесторов. Но главным вопросом является то, для чего были учреждены новые судебные инстанции по рассмотрению «*инвестиционных споров*»? Думается все же для того, чтобы сформировать новую правоприменительную практику, обеспечить объективный и законный процесс разрешения споров, где одной из сторон является инвестор, защитить права и интересы государства и инвесторов путем правильного применения норм материального и процессуального законодательства.

В силу изложенного, наступило время для тщательного, всестороннего и объективного анализа сложившейся судебной практики по рассмотрению «*инвестиционных споров*», разработки разъяснений по сложным вопросам правоприменения.

Судам необходимо отойти от «*обвинительного уклона*» и «*ложного патриотизма*» при рассмотрении дел данной категории. «*Инвестиционные дела*», особенно экологические, являются сложными по своей сути, поскольку в основе их лежат не только различное понимание требований законодательства, но и понимание технических и технологических вопросов. Чтобы правильно понять их и в целях вынесения справедливого и законного решения судам, необходимо чаще привлекать технических специалистов, научные и проектные учреждения, независимых экспертов, в максимальной степени объективно рассматривать заявленные сторонами ходатайства для установления истины по спору.

С сожалением следует отметить, что инвесторы разочарованы существующей правоприменительной практикой «инвестиционных судов», они потеряли веру в справедливость и объективный суд. И исправить такое положение могут только суды, если будут следовать Букве Закона, а также обеспечивать действие основополагающих принципов судопроизводства – законности, независимости судей, равноправия сторон и других важных положений действующего законодательства.

В заключение хочу сказать, что Президент Республики Казахстан неоднократно публично заявлял, что создание привлекательного инвестиционного климата является одним из ключевых задач для дальнейшего развития страны, а сложившаяся правоприменительная практика фактически указывает на саботаж поручений Главы государства и обесценивают проводимую работу по совершенствованию судебной системы. В своем последнем «Послании народу Казахстана» от 31 января 2017 года Президент Республики Казахстан вновь ставит задачу о том, что «необходимо добиться повышения доверия к судебной системе». По моему твердому убеждению, повышение доверия к суду, в первую очередь, зависит от деятельности самих судов и судей.