

Рецензия

на диссертацию Кужатова Багдата Гиззатовича на соискание степени доктора PhD по специальности 8D04202 – «Международное право» на тему: Установление баланса между регуляторными правами и защитой инвестиций в рамках справедливого и равноправного режима: Договор к Энергетической Хартии».

Актуальность и исследованность. Тема диссертации, безусловно, является очень актуальной, особенно для Казахстана. Казахстан всегда нуждался и нуждается в иностранных инвестициях, причем главным образом в сфере добычи углеводородов. Поэтому Договор к Энергетической Хартии (далее - ДЭХ) очень важен для нас, ибо он гарантирует хорошую законодательную поддержку для инвесторов и позволяет им получить справедливое возмещение в случае нарушения справедливого и равноправного режима (далее – СРР).

Пример самого громкого дела последних лет (братьев Стати против Казахстана), по которому арбитраж присудил в пользу Стати более 500 млн.долларов США, прекрасно это демонстрирует, ибо процесс проводился на основе нарушения ДЭХ. Я хорошо знаком с этим делом, ибо я выступал в нем в качестве эксперта по казахстанскому праву.

Тема диссертации, безусловно, является малоисследованной, я бы даже сказал, почти неисследованной. Вообще работ по ДЭХ очень мало и в мире, но монографических исследований почти нет. Если в России появилось несколько статей о ДЭХ, то в Казахстане их нет, кроме, разве что моей статьи (в соавторстве с W. Holland) «Договор к Энергетической Хартии и развитие казахстанского законодательства» в книге «The Energy Charter Treaty: an East-West Gateway for Investment and Trade, Edited by Wilde T. Kluwer Law International, 1996».

Пожалуй, диссертация Б. Кужатова - это первое монографическое исследование по ДЭХ на постсоветском пространстве (возможно, и в мировом пространстве). Ну, а что касается исследования СРР по ДЭХ – это бесспорно, первое монографическое исследование.

Диссертантом была проделана громадная аналитическая работа, им были проанализированы десятки монографий, сотни статей (в основном – на

английском языке), десятки дел, связанных с ДЭХ и с защитой прав инвесторов. Это позволило ему создать красивую и стройную теорию применения СРР и сделать определенные предложения по его совершенствованию.

Анализ содержания диссертации. Раздел 1 диссертации посвящен проблемам баланса между регулируемыми правами и защитой инвестиций в энергетическом секторе (с. 22-46).

В первом подразделе Раздела 1 диссертант проанализировал особенности энергетического сектора в историческом аспекте (инвестиции в энергетику, энергетическая безопасность, проблемы охраны окружающей среды, здравоохранение, трудовые вопросы и т.п.). Особенное внимание уделяется устойчивому развитию и изменению климата, где анализируются новые инициативы, направленные на устойчивое развитие, пересмотренная энергетическая политика на примере Казахстана и ЕС.

Диссертант установил, что большинство Договаривающихся Сторон ДЭХ являются развитыми государствами – членами ЕС, которые зависят от импорта энергии. С другой стороны, другие Договаривающиеся стороны ДЭХ (большинство из которых, если не все, являются экспортерами энергии) являются странами с переходной экономикой. Поэтому целесообразно рассмотреть влияние мер регулирования с точки зрения двух разных Договаривающихся Сторон ДЭХ: во-первых, экспортеров энергии с переходной экономикой и, во-вторых, зависящих от импортера развитых государств ЕС.

Нынешние темпы перехода к возобновляемым источникам энергии в развивающихся Договаривающихся сторонах ДЭХ медленнее по сравнению с темпами в зависимых от импорта развитых Договаривающихся сторонах ДЭХ. Скорость перехода определяется доступностью международного финансирования, существующей инфраструктурой, нормативно-правовой базой и стоимостью технологий. С другой стороны, страны бывшего СССР по-прежнему являются основными экспортерами ископаемого топлива в страны-участницы ДЭХ ЕС (с. 37). Для целей анализа нормативно-правовой базы в диссертации рассматривается Казахстан и ЕС в качестве примера (с. 37-48).

Второй подраздел Раздела 1 посвящен защите инвестиций в энергетическом секторе.

Очень интересен анализ защиты инвестиций в период до ДЭХ. Автор рассматривает защиту инвестиций в рамках международного обычая и в ранних концессиях.

Особый интерес представляет анализ традиционных положений о стабильности. Четыре типа стабилизационных положений: 1) замораживание - невозможность изменять законодательство; 2) запрет на односторонние изменения контракта; 3) восстановление экономического баланса; 4) распределение бремени. Характерно, что этот анализ имеет большую актуальность и для Казахстана, ибо почти все эти типы использовались и продолжают использоваться в контрактах и в законодательстве Казахстана.

После анализа резолюций Генеральной Ассамблеи ООН и двусторонних инвестиционных договоров автор переходит непосредственно к периоду ДЭХ (с.63-72). Сделан детальный и широкий анализ предпосылок заключения ДЭХ, описание его структуры и предмета, защиты инвестиций в ДЭХ. Автор считает заключение ДЭХ как многостороннего договора выдающимся достижением в эволюции международных инвестиционных соглашений (с.73).

Принятие ДЭХ стало существенным вкладом в решение постоянного нарушаемого баланса между защитой инвестиций и регулируемыми правами, что диссертант справедливо рассматривает как баланс между публичными и частными интересами (с.72).

Раздел 2 является одним из основных, ибо он посвящен непосредственно раскрытию темы диссертации о применении справедливого и равного режима. Этот вопрос опять же рассматривается в контексте проблемы баланса между защитой инвестиций и регулируемыми правами.

В подразделе первом **Раздела 2** исследуются вопросы СРР в международном инвестиционном праве (с. 75-93).

Автор показывает достаточно неопределенное определение СРР и его элементов в источниках международного инвестиционного права и в арбитражной практике. Например, диссертант пишет, что определение отказа в правосудии понимается в широком, узком и промежуточном значениях (с. 88) и тут же показывает это на примерах из арбитражной практики.

Автор опирается на дискуссии в научной литературе и на основе их анализа делает собственные выводы.

Например, говоря о нарушении законных ожиданий инвестора как эмитента СРР и проанализировав два основных доктринальных подхода к пониманию концепции правомерных ожиданий в МИП, а именно, во-первых, с позиции общего принципа права в отечественных правовых системах и, во-вторых, в качестве общих принципов международного права, через выражение добросовестности, он приходит к выводу:

«Если говорить об истории, то не только в ДЭХ, но и в целом в других МИС основная проблема с арбитражными решениями, основанными на концепции законных ожиданий, заключается в отсутствии анализа и неясности происхождения этой концепции как правонарушения в отношении СРР» (с. 91-92 диссертации).

Подраздел второй Раздела 2 посвящен уже собственно проблемам СРР в ДЭХ (с.94-130).

Он приводит первые два предложения ст. 10 (1) ДЭХ:

«Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создает стабильное, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для Осуществления Инвестиций на ее Территории. Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения Инвестициям Инвесторов других Договаривающихся Сторон справедливый и одинаковый режим».

Соотношение между первым и вторым предложением породило немало разногласий в арбитражной практике, которые диссертант тщательно анализирует (с.93-99).

Диссертант отмечает, что такая формулировка делает СРР в ДЭХ уникальным по двум взаимосвязанным причинам: во-первых, СРР является безоговорочным стандартом обращения, поскольку он выражен в форме широкого стандарта без ссылки на международный обычай, принципы международного права и связанные с ними дополнительные ограничения.

Во-вторых, что более важно, он отличается от других неквалифицированных форм СРР исключительно связью между вторым предложением и первым предложением. Фактически, именно эта связь в некоторой степени делает формулировку СРР в соответствии с ДЭХ уникальной, поскольку она наделяет СРР такими характеристиками, как

стабильность, справедливость и прозрачность, которые появляются в первом предложении (с. 94-95).

Значительную ценность представляет анализ регуляторного пространства в рамках СРР (с. 110-127). Особенно понравилось мне описание регуляторного пространства в современных международных инвестиционных соглашениях (МИС) (с.113-119).

На утверждение некоторых авторов (Titi K.), что право регулирования как понятие в МИП должно позволять отступать от международных обязательств, не беря на себя обязанность компенсировать, диссертант отвечает:

«Но спорно, будет ли включение возникающего права на регулирование в МИС исключать обязанность компенсировать. При определении размера компенсации или нарушения положений о защите инвестиций трибунал должен учитывать эти положения, чтобы определить, применяла ли договаривающаяся сторона законные меры регулирования, признанные в основном тексте договора. Появляющееся право регулировать положения современных МИС, по-видимому, дополняет положения об «общих исключениях» в защите правового пространства принимающих государств. Но даже сочетание «общих исключений» и «возникающего права на регулирование» не кажется полностью освобождающим от ответственности за регулирующие меры, направленные на защиту общественных интересов и чувствительных сфер принимающего государства. Также важно отметить, что, несмотря на то, что общие положения об исключениях были заимствованы из практики ВТО, трибуналы в рамках МИС не могли применить опыт ВТО из-за различий в механизмах компенсации, сторон споров, а также общих различий между МИС и Соглашения ВТО. В настоящей диссертации утверждается, что, не преуменьшая нормативного значения этих положений, эти положения не защищают законные меры государства в отношении общественных целей. Одной из причин решения Франции, Испании и Нидерландов выйти из ДЭХ было неудовлетворенность усилиями по реформированию ДЭХ, в частности компенсации за меры государственной политики» (с.119).

Я привел такую длинную цитату, чтобы показать самостоятельность исследования и достаточную четкость и убедительность аргументации диссертанта в отстаивании им своих выводов.

И, наконец, центральный **Раздел 3** диссертации: пересмотр баланса между защитой инвестиций и регулируемыми правами в сфере справедливого и равноправного режима (с. 131 -160).

Особый интерес представляет подпункт (е): меры, связанные с экономическими санкциями (с.158), ибо это отклик на самые последние события: санкции против России из-за развязывания захватнической войны с Украиной. Диссертант рассматривает два сценария арбитражных исков. Это еще раз подчеркивает актуальность и новизну диссертации.

Поскольку основные положения этого раздела отражены в положениях, выносимых на защиту, есть смысл рассмотреть основные положения, выносимые на защиту.

Положения, выносимые на защиту:

1. Отсутствие доктринальной концепции, обычного значения и нормативного содержания СРР, расширенное применение трибуналами расплывчатых норм СРР в Статье 10 (1) ДЭХ в свете арбитражной практики (прецедентов), толкование и признание декларативной части Статьи 10 (1) ДЭХ в качестве нарушения СРР требуют от Договаривающихся Сторон ДЭХ принять на себя «строгое» обязательство обеспечивать стабильную нормативно-правовую базу и защищать законные ожидания инвесторов в отношении стабильности национального законодательства. Такое применение СРР трибуналами привело к многомиллионным арбитражным решениям в соответствии с ДЭХ, которые поднимают фундаментальный доктринальный вопрос в МИП, касающийся ответственности государств за добросовестные (bona fide) регулятивные меры государства в публичных интересах.

Подтверждаю новизну этого положения, что я изложил выше

*2. В целях установления баланса между двумя конкурирующими концепциями в диссертации обосновывается, что доктринальную концепцию СРР следует рассматривать с точки зрения самостоятельного договорного обязательства, согласованного между договаривающимися государствами. Это обосновывается тем, что СРР изначально был разработан двухсторонними инвестиционными соглашениями и ДДТС как норма *lex specialis*, а включение СРР в МИС было связано с устранением неопределенности в отношении МСО. Концепция СРР не должна быть связана с какими-либо другими доктринальными концепциями / источниками, такими как международное обычное право, МСО общие принципы международного права и верховенство закона. Такая концепция о самостоятельном договорном обязательстве снижает риск расширения толкования.*

Обоснование самостоятельности СРР имеет важное практическое значение и, несомненно, заслуживает внимания.

4. В целях установления баланса между двумя конкурирующими концепциями в диссертации предлагается интегрировать в ДЭХ применимые нормы права на осуществление регулирования в общественных / публичных интересах. В текущем ДЭХ отсутствуют применимые оговорки, которые защищают права государства на осуществление регулирования публичных интересов. После анализа различных оговорок, таких как общие исключения, изъятия и право на осуществление регулирования положения, в диссертации предлагается включить положение о «строгом» праве на осуществление регулирования в преамбуле ДЭХ и в отдельной статье ДЭХ, которое эффективно защищает публичные интересы.

Предлагаемая формулировка выглядит следующим образом:

Формулировка преамбулы:

«ПРИЗНАВАЯ право Договаривающихся Сторон осуществлять регулирование на своей территории для достижения публичных целей регулирования, включая, помимо прочего, защиту окружающей среды, охрану здоровья, права потребителей, смягчение последствий изменения климата, энергетическую безопасность».

Формулировка отдельной статьей:

«Для большей определенности добросовестное осуществление (bona fide) [сноска] права Договаривающихся Сторон на осуществление регулирования на своей территории для достижения целей государственной политики, включая, помимо прочего, защиту окружающей среды, охрану здоровья, права потребителей, смягчение последствий изменения климата, энергетическую безопасность, не должно рассматриваться как нарушение обязательства справедливого и равноправного обращения».

«Формулировка сноски: определение того, является ли осуществление прав добросовестным (bona fide), требует рассмотрения в каждом конкретном случае и на основе фактов».

На мой взгляд, это один из самых сильных моментов диссертации. Автор предлагает собственный вариант построения международного договора. Я вас уверяю, это не так просто сделать. Над редакцией договора, тем более такого многостороннего, как ДЭХ, работают сотни людей, ведущих специалистов многих стран. И в этих условиях предложить что-то свое – дорогого стоит.

5. В диссертации предлагается новый подход к применению предложенных двух конкурирующих норм: СРР и права на осуществление регулирования. Гипотетически тестируя различные регулятивные меры государства в соответствии с предложенными нормами, в диссертации предлагается применять положение о праве на осуществление регулирования, которое носит разрешительный характер, а не нормой

защиты, т.е. важнейшим элементом нового ДЭХ. Следовательно, нормы права на осуществление регулирования должны ограничивать сферу применения СРР. Таким образом, инвесторы могут ссылаться на нарушения (деликты) СРР только в том случае, если принимающее государство ненадлежащим образом применяет меры регулирования. Результаты проверки демонстрируют эффективность предложенной формулировки в установлении баланса прав государства и инвесторов.

Интересное положение, заслуживающее поддержки. Отражает основные положения диссертации, направленные на поиск соотношения между регулирующими правами и защитой инвестиций.

Таким образом, изложенное позволяет сделать вывод, что диссертация Б.Г. Кужатова отвечает всем требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание степени доктора PhD.

Замечания, которые я хочу сделать по диссертации, не носят характер существенного нарушения требований, предъявляемых к такого рода диссертациям.

1. Я хотел бы остановиться на центральном положении на защиту, сформулированном автором.

Положение 3:

«Основываясь на доктринальной концепции самостоятельного договорного обязательства, в диссертации кодифицируются нарушения (деликты) СРР и предлагается новая конструкция СРР в соответствии с ДЭХ. Новая конструкция СРР должна содержать нарушения (деликты), которые в самом деле отражают смысл СРР, такие как отказ в правосудии, произвол или неразумность, дискриминация и неправомерное обращение. Обоснование данного предложения заключается в том, что Договаривающаяся Сторона ДЭХ может быть привлечена к ответственности только за нарушения ограниченного перечня правонарушений. Таким образом, новая конструкция повышает определенность и предсказуемость для Договаривающихся Сторон ДЭХ и инвесторов в применении норм СРР.»

Обязательство стабильности и защита законных ожиданий должны быть исключены из норм СРР, и при необходимости такие обязательства и защита могут быть согласованы или предоставлены в ходе индивидуальных договорных переговоров между принимающим государством и инвестором или в национальном законодательстве».

Положение, безусловно, отличается новизной, ибо здесь предлагаются меры, которых нет в действующем ДЭХ. Но насколько это является личным предложением диссертанта? Он сам упоминает, что воспользовался предложениями ЕС по этому вопросу. Это замечание касается только перечня нарушений, которые должны быть включены в СРР.

Диссертант пишет:

а) «В этой диссертации предлагается включить отказ в правосудии в новый СРР, как указано ниже:

«(а) отказ в правосудии в уголовном, гражданском или административном судопроизводстве» (с. 135).

б) «В этой диссертации предлагается включить произвол или неразумность в новое положение ДЭХ, как указано ниже:

«(в) явный произвол, включая неразумность и дискриминацию инвесторов или инвестиций, находящихся в аналогичном положении» (с.139).

(с) «В настоящей диссертации предлагается включить оскорбительное отношение в новый СРР, как указано ниже:

«(с) оскорбительное обращение, такое как домогательство или принуждение» (с. 143).

Новизна здесь, возможно, в формулировках, но не по существу. Ибо именно эти формулировки предлагал ЕС в переговорах по модернизации ДЭХ, а с предложениями ЕС автор, как он сам писал, знаком.

Поэтому следовало указать, что новизна этих предложений заключается не в существе их, а в точности формулировок, что само по себе является существенной новизной.

Я принимал участие в переговорах по модернизации ДЭХ. Интересно посмотреть, в какой мере предложения диссертанта были реализованы в почти окончательном тексте модернизированного ДЭХ (текст уже меняться не будет, но он должен быть утвержден на Конференции по ДЭХ, которая предположительно состоится в апреле 2023 г.).

Я приведу только пункты 10 (1) и 10(2) проекта модернизированного ДЭХ с выделением тех подпунктов, которые совпадают с предложениями диссертанта:

«(1) Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет Инвестициям Инвесторов других Договаривающихся Сторон и таким Инвесторам в отношении их Инвестиций Справедливый и Одинаковый Режим и полную защиту и безопасность на своей территории.

(2) Договаривающаяся Сторона нарушает обязательство предоставлять Справедливый и Одинаковый Режим, изложенный в пункте (1), посредством меры или серии мер, которые представляют собой:

(а) произвол, такой как вопиющая необоснованность;

(b) нацеленную дискриминацию по неправомерным основаниям, таким как пол, раса или религиозное убеждение;

(с) существенное нарушение надлежащей правовой процедуры, включая существенное нарушение прозрачности судебных и административных разбирательств;

(d) отказ в правосудии в рамках уголовного, гражданского и административного судебных разбирательств;

(е) неправомерное обращение, такое как преследование, принуждение или оказание давления; или

(f) неисполнение законных ожиданий Инвестора, которые были центральными для его Инвестиции, и возникли из четких и конкретных заявлений или обязательств этой Договаривающейся Стороны, на которые Инвестор разумно полагался при принятии решения об осуществлении или сохранении Инвестиции.

Для общей определенности, нарушение другого положения настоящего Договора или любого международного соглашения не устанавливает нарушение Справедливого и Одинакового Режима».

Мы видим, что предложения различаются в формулировках, но по существу они совпадают. И пусть группа по модернизации пошла значительно дальше предложений диссертанта, но ведь там участвовало более 50 стран, обсуждение длилось три года. Первоначальный список ограничений тоже состоял примерно из таких же положений, что предлагались диссертантом, но за три года этот список разросся до шести. Можно отметить также, что в этот список включено неисполнение законных ожиданий инвестора, в то время как диссертант выступает против этого. Но я могу засвидетельствовать, что это положение было включено после ожесточенных дискуссий. Многие делегации, в том числе Казахстан, выступали против и сняли возражения только для достижения консенсуса.

Таким образом, мое замечание по Положению 3 постепенно перешло в одобрение позиции диссертанта.

2. Второе замечание касается Казахстана. Диссертант упоминает Казахстан в ряде мест диссертации (с.67-68, 70-72, 38-40, 66-67, 99, 144, 149), но мельком и не по существу. Единственное исключение – сравнительный анализ Казахстана и ЕС при анализе нормативно-правовой базы (с.38-40).

Диссертация защищается в Казахстане, для Казахстана ДЭХ имеет очень важное значение, поэтому следовало там, где анализируются другие страны и другие договоры, по возможности заменить их договорами с участием Казахстана и самим Казахстаном как стороной в ДЭХ и других инвестиционных договорах.

3. Редакционные замечания.

а) В названии диссертации и в тексте говорится в основном о «регуляторных правах». Но в названии Раздела 1 применяется термин «регулирующие права». Что правильно? Видимо, это просто проблемы перевода на русский язык и в английском тексте такой проблемы не существует.

в) Подраздел 2 Раздела 2 начинается с анализа ст. 10 (1) ДЭХ. Диссертант анализирует только первые два предложения ст. 10 (1) ДЭХ, их он и приводит. Мне кажется, для более полного понимания проблемы

читателем следовало привести ст. 10 (1) целиком и потом показать место первых двух предложений в общем тексте ст. 10 (1) ДЭХ. Мне это было легко сделать, поскольку я участвовал в переговорах по ДЭХ и поэтому текст ДЭХ у меня под рукой. Но у других читателей это может вызвать определенные затруднения.

Эти замечания не являются существенными, они не колеблют общего вывода о том, что диссертация Б.Г. Кужатова на тему: «Установление баланса между регуляторными правами и защитой инвестиций в рамках справедливого и равноправного режима: Договор к Энергетической Хартии» написана на высоком научно-теоретическом уровне, обладает безусловной новизной, имеет большую практическую ценность и будет способствовать укреплению позиций Казахстана как участника ДЭХ.

Ввиду большого практического значения диссертации рекомендую опубликовать ее в виде монографии, только не под таким длинным названием. Могу предложить такое: «Справедливый и равноправный режим в Договоре к Энергетической Хартии».

Автор диссертации Б.Г. Кужатов, безусловно, заслуживает присуждения ему искомой степени доктора PhD.

Рецензент:

Директор НИИ частного права Каспийского университета,
член Международного Совета Верховного Суда Республики Казахстан,
руководитель делегации Казахстана на переговорах по ДЭХ (1991-1995)
и член делегации по модернизации ДЭХ (2021-2023),
академик Национальной академии наук Республики Казахстан,
доктор юридических наук, профессор

/М.К. Сулейменов /



ES.01.232

Подпись М.К. Сулейменова заверено
Вед. гос. РЦР Вашиева Д.В.