

## РЕЦЕНЗИЯ

на диссертацию Кужатова Багдата Гиззатовича

на соискание ученой степени доктора PhD на тему

**«Установление баланса между регуляторными правами и защитой инвестиций в рамках справедливого и равноправного режима: Договор к Энергетической Хартии»**

Правовой режим осуществления инвестиций в Республике Казахстан имеет важное значение для привлечения иностранных инвестиций и обеспечения баланса интересов инвестора и государства. Такой правовой режим определяется не только национальным законодательством, но и международными договорами, к которым присоединился Казахстан. Одним из таких договоров является Договор к Энергетической Хартии от 17 декабря 1994 г., ратифицированный Указом Президента РК от 18 октября 1995 г. № 2537. (далее - ДЭХ). Опыт применения ДЭХ к спорам, возникающим между Республикой Казахстаном и иностранными инвесторами, а также между инвесторами и другими Договаривающимися сторонами ДЭХ, показывает, что в применении его положений существует ряд проблем, обусловленных разными подходами в толковании.

К сожалению, в Казахстане нет исследований по ДЭХ, за исключением публикаций М.К. Сулейменова, в которых он затрагивает вопросы применения ДЭХ. В связи с изложенным, рецензируемая диссертация восполняет этот пробел и способствует, как мы полагаем, дальнейшим научным исследованиям по вопросам ДЭХ.

В представленной диссертации Кужатова Багдата Гиззатовича исследуются актуальные вопросы международного инвестиционного права, такие как проблемы толкования и применения положений статьи 10 (1) Договора к энергетической хартии (ДЭХ) о справедливом и равноправном режиме к иностранным инвестициям и инвесторам в энергетическом секторе, в частности, в международном инвестиционном арбитраже, а также проблемы реализации участниками Договора права на применение регулятивных мер.

Актуальность темы исследования подтверждается также увеличением инвестиционных арбитражных разбирательств, инициированных инвесторами в связи с нарушениями стандартов защиты инвестиций, и неоднозначным подходом арбитражей к толкованию и применению положений о справедливом и равноправном режиме, предусмотренных двусторонними и многосторонними инвестиционными соглашениями.

Диссертация состоит из трех разделов:

- в разделе 1 автор дает характеристику истории становления и развития международных стандартов защиты инвестиций, разделив материал на три этапа: период до ДЭХ, период ДЭХ и текущее состояние.

- в разделе 2 автор рассматривает основные доктринальные подходы к толкованию справедливого и равноправного режима инвестиций по ДЭХ, анализирует концептуальные позиции в литературе и материалы практики инвестиционных арбитражей;

- в разделе 3 диссертант на основе выводов, приведенных в разделе 2, представляет свои предложения по определению справедливого и равноправного режима по ДЭХ и перечня



нарушений такого режима, по включению в ДЭХ положений о праве государственных участников на применение регулятивных мер.

В ходе работы над исследованием диссертант применяет следующие методы научных исследований: историко-правовой, сравнительно-правовой, метод анализа и метод правового моделирования. Методология исследования полностью соответствует структуре и задачам исследования и позволяет провести анализ, в том числе сравнительно-правовой, существующих концепций, практики толкования и применения справедливого и равноправного режима в защите инвестиций.

Уровень владения английским языком позволил диссертанту работать с английским и русским текстами ДЭХ, что имеет важное значение в свете возможных проблем с аутентичностью текста ДЭХ.

По результатам проведенного исследования диссертант разработал и представил ряд положений, которые являются новыми, достаточно обоснованными и выносятся диссертантом на защиту.

Так, автором сформулированы следующие 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.

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.

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.

4. В целях установления баланса между двумя конкурирующими концепциями, в диссертации предлагается интегрировать в ДЭХ применимые нормы право на осуществление регулирования в общественных/публичных интересах. В текущем ДЭХ отсутствуют применимые оговорки, которые защищают права государства на осуществления 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 преамбулы 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»

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.»



Отмечая новизну и обоснованность в целом положений на защиту, следует указать на следующее.

Кужатовым Б.Г. обоснована необходимость разработки концепции справедливого и равноправного режима, особенно в части ответственности государства за применение регулятивных мер, направленных на защиту публичных (общественных интересов).

Автор предлагает рассматривать справедливый и равноправный режим как самостоятельное договорное обязательство между участниками ДЭХ и отграничивает его от международного обычного права, общих принципов международного права и т.п.

На основе проведенного анализа практики рассмотрения инвестиционными арбитражами требований, связанных с нарушением справедливого и равноправного режима, автор систематизирует такие нарушения и предлагает исчерпывающий перечень нарушений, которые могут быть признаны нарушениями справедливого и равноправного режима инвестиций и за которые участник ДЭХ может быть привлечен к ответственности.

Автором представлены конкретные предложения по внесению изменений и дополнений в ДЭХ с конкретными редакциями этих положений (преамбулы ДЭХ и отдельных его статей). При этом автор обосновывает, что инвесторы могут ссылаться на нарушения справедливого и равноправного режима инвестиций только в случаях, когда государство нарушает порядок применения регулятивных мер.

В целом, представленная диссертация носит характер завершеного научного исследования с хорошим анализом существующих правовых концепций справедливого и равноправного режима в международных инвестиционных соглашениях и практики рассмотрения инвестиционных споров в международных инвестиционных арбитражах, и вносит вклад в развитие международного инвестиционного права, доктрину справедливого и равноправного режима, концепции права на регулятивные меры. К достоинствам диссертации можно также отнести изучение огромного количества доктринальных источников на английском языке, мало известных в Казахстане, а также арбитражной практики по инвестиционным спорам. Как следует из содержания диссертации, автор также изучал публикации казахстанских авторов не только по ДЭХ, но и в области недропользования и регулирования иностранных инвестиций в Казахстане.

В то же время хотелось бы отметить на отдельные моменты, на которые, на наш взгляд, автору необходимо обратить внимание:

1. В третьем положении на защиту автор пишет, что в диссертации кодифицируются нарушения (деликты) СРР и предлагается новая конструкция СРР в соответствии с ДЭХ. Далее он отмечает, что 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.

Возможно это проблема соотношения терминов на английском и русском языках или перевода, однако, полагаем, что применение понятия «кодификация нарушений (деликтов)» применительно к ст. 10 (1) ДЭХ вряд ли можно считать обоснованным с учетом строгого значения термина «кодификация». Скорее всего, с учетом предлагаемой автором концепции, здесь речь идет о систематизации или формировании списка нарушений, совершение которых является нарушением СРР в контексте ст. 10 (1) ДЭХ. Кроме того, полагаем, что смысл СРР не в нарушениях, а в недопущении таких нарушений. Однако, это скорее замечание редакционного характера.



2. Описывая участников отношений по недропользованию и в целом в энергетическом секторе на стр. 23-24 диссертации автор отмечает, что государство возлагает ответственность за управление энергетическими ресурсами на министерство и/или государственную компанию, и резюмирует, что эти субъекты становятся договаривающимися сторонами в энергетических сделках. С изложенной позицией автора нельзя согласиться. Закон уполномочивает государственные органы на представительство интересов государства в контрактах на недропользование (статьи 111 ГК РК, ст. 35 Кодекса РК от 27.12.2018 г. «О недрах и недропользовании»). При этом договаривающейся стороной и субъектом ответственности в энергетических сделках остается государство.

3. В пятом положении на защиту автор обосновывает, что результаты проверки демонстрируют эффективность предложенной формулировки в установлении баланса прав государства и инвесторов. В целом в диссертации рассматривается вопрос об установлении баланса между регуляторными правами и защитой инвестиций в рамках справедливого и равноправного режима. Какие другие есть аспекты обеспечения баланса между государством и инвестором, требует в дальнейшем, на наш взгляд, более глубокого исследования.

Однако изложенные замечания являются дискуссионными, некоторые носят редакционный характер и не умаляют достоинств диссертации, ее значение в развитии инвестиционного права, установлении правового режима инвестиций, обеспечении баланса интересов инвестора и государства и в практике разрешения инвестиционных споров.

Руководствуясь вышеизложенным считаем, что диссертация Кужатова Багдата Гиззатовича на соискание ученой степени доктора PhD представляет собой самостоятельное научное исследование, соответствует требованиям, предъявляемым к диссертационным работам, а ее автор заслуживает присуждения ученой степени доктора PhD.

#### Рецензенты:

**Профессор Высшей школы права Әділет Каспийского общественного университета, доктор юридических наук**

**Ильясова К.М.**

**Ассоциированный профессор Высшей школы права Әділет Каспийского общественного университета, кандидат юридических наук**

**Казиева Г.Т.**



*Подписи Ильясовой К.М. и Казиевой Г.Т. заверено.*

*Вед. специалиста ДЧР Валиева Б.Н. Вит*