



К вопросу о возможности появления у государства приоритетного права на отчуждаемую долю в проектах в сфере недропользования

Асет Шынгысов, старший юрист,
международная юридическая фирма "ЛеБоф, Лам, Грин и МакРей"

Ключевые отрасли экономики Казахстана (нефтегазовая и добывающая) в скором времени могут столкнуться с концептуально новым методом государственного регулирования. Внесение изменений в законодательство РК о недропользовании планировалось с конца 2002 года. Однако

наряду с изменениями, уточняющими некоторые понятия, ответственность недропользователей и роль национальной компании, по сообщениям прессы, Сенатом Парламента РК в конце марта 2004 года были предложены дополнительные важные изменения, касающиеся предоставления



государству *приоритетного права* при отчуждении права недропользования или доли участия в юридическом лице (подрядчике). В частности, предлагается дополнить ст. 71 Указа Президента РК, имеющего силу закона, "О недрах и недропользовании" (гарантии прав недропользователя) (далее – Указ о недрах) следующей (третьей) частью (далее – Проект изменений):

"Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также *ранее заключенных* контрактах на недропользование государство имеет *приоритетное право* перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, обладающего правом недропользования, и другими лицами на приобретение *отчуждаемого* права недропользования (его части) и/или доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями".

Насколько нам известно, в конце июня депутаты Мажилиса Парламента РК на своем заседании рассмотрели Проект изменений, предложенный Сенатом, и не согласились с ним. Проект был передан на рассмотрение согласительной комиссии Мажилиса и Сената, которая начала работу в сентябре 2004 года после окончания летних парламентских каникул.

На наш взгляд, принятие Проекта изменений может породить много сложных правовых проблем и нанести значительный ущерб инвестиционному климату Казахстана. В настоящей статье мы попытались дать краткий предварительный анализ Проекта изменений и некоторых связанных с ним правовых проблем, включая вопросы соответствия указанных изменений законодательству и международным договорам РК и их предлагаемого ретроспективного применения.

Правовая основа

Представляется, что, несмотря на использование термина "приоритетное право" при отчуждении доли в юридическом лице, реализация государством такого приоритетного права непосредственно может затронуть право преимущественной покупки других участников проекта в отношении доли участия в консорциуме или юридическом лице, владеющем правом недропользования. Таким образом, государство может нарушить преимущественные права других участников проекта, существующие на основании закона и (или) договора. Далее, в случае принятия Проекта изменений государство может стать "незримым" потенциальным участником любого проекта, которому поэтому необходимо будет направлять уведомление о предстоящей продаже доли участия с целью получения отказа от реализации права преимущественной покупки или согласия. В соответствии с действующим законодательством РК у государства нет такого права.

Поскольку речь идет о продаже доли в юридическом лице или консорциуме (подрядчике), Проект изменений в случае его принятия может проти-

СОБЫТИЯ

Как сообщалось, в минувшую среду Указом Президента Казахстана Нурсултана Назарбаева от должности председателя АРЕМЗК "в связи с реорганизацией" данного ведомства был освобожден Ораз Жандосов.

Распоряжениями главы государства от занимаемых должностей были освобождены и первый заместитель председателя АРЕМЗК Ж.Ертлесова, заместители председателя агентства Алмас Мынбаев и Бакытжан Сагинтаев.

В настоящее время исполнение обязанностей председателя АРЕМЗК возложено на Б.Сагинтаева.

"Интерфакс–Казахстан", 12.07.2004

Законопроект о СРП при проведении операций на море будет передан на обсуждение в Парламент

Отдельные положения законопроекта "О соглашениях о разделе продукции при проведении операций на море" рассмотрены сегодня, 2 сентября, на совещании Правительства под председательством премьер-министра Даниала Ахметова, сообщает пресс-служба главы Правительства.

Документ уже неоднократно обсуждался на совещаниях, поэтому, предваряя данное обсуждение, премьер-министр напомнил, что законопроект, соответствующий требованиям сегодняшнего дня, в большей степени обусловлен изменившимися реалиями в нефтегазодобывающем секторе. Основная его идея – реализация Стратегии индустриально-инновационного развития страны и послания Президента народу Казахстана.

В ходе обсуждения было отмечено, что в проект внесены все замечания, высказанные заинтересованными министерствами и ведомствами, в частности, по методикам расчетов и отсылочных норм. В основном работа над окончательным вариантом законопроекта заключалась в уточнении формулировок.

Комментируя положения документа относительно стабильности заключенных контрактов с инвесторами, Д. Ахметов подчеркнул, что этот пункт является чрезвычайно важным для Республики, которая гарантирует соблюдение достигнутых ранее договоренностей.

По итогам совещания премьер-министр поручил заинтересованным министерствам и ведомствам внести в законопроект все высказанные на данном совещании замечания и передать документ на обсуждение в Парламент.

"Kazakhstan today", 02.09.2004

Правительство РФ одобрило переход в торговле с Казахстаном на взимание НДС на поставки газа и нефти по стране назначения

Правительство РФ одобрило переход во взаимной торговле с Казахстаном на взимание НДС и других косвенных налогов на поставки природного газа, нефти, включая стабильный газовый конденсат, по стране назначения. Как сообщает пресс-служба Правительства, постановление об изменениях в российско-казахстанском соглашении о принципах взимания косвенных налогов во взаимной торговле было подписано премьер-министром Михаилом Фрадковым 4 сентября.

Проект протокола к соглашению, вносящий соответствующие изменения, был представлен Министерству финансов. Минфину с участием заинтересованных федеральных органов исполнительной власти поручено провести переговоры с казахстанской стороной о подписании соответствующего протокола.

РИА "Новости", 07.09.2004



воречить Конституции РК и гражданскому законодательству РК. В частности, ст. 26.3 Конституции предусматривает, что лишение имущества возможно только по решению суда, а принудительное отчуждение имущества для государственных нужд возможно только в исключительных случаях, предусмотренных законом, и при условии равноценного возмещения. Затрагиваются нормы ГК о преимущественном праве участников на долю в общей долевой собственности (ст. 216 ГК), преимущественном праве на долю в простом товариществе (консорциуме) (ст. 230 ГК), преимущественном праве на долю в ТОО (ст. 80 ГК, ст. 31 Закона о ТОО), свободе договора (ст. 380 ГК), равенстве Республики Казахстан с другими субъектами в гражданско-правовых отношениях (ст. 111 ГК) и применении к государству, выступающему в гражданско-правовых отношениях, норм о юридических лицах (ст. 114 ГК).

Вызывает озабоченность также то, что Проектом изменений предлагается внести в ст. 71 Указа о недрах, посвященную гарантиям прав недропользователя. Первые две части указанной статьи действительно содержат определенные гарантии стабильности законодательства и предусматривают конкретные пределы таких гарантий. На наш взгляд, Проект изменений, направленный на создание дополнительного (более обременительного) "изъятия" из гарантий прав недропользователя, может нарушить права недропользователя (и участников проекта), в том числе основополагающее право преимущественной покупки при отчуждении доли участия другими участниками в консорциуме или юридическом лице – недропользователе без участия государства.

Особо подчеркнем, что Проект изменений предлагается распространить не только на вновь заключаемые, но и на все ранее заключенные контракты на недропользование, что может явиться существенным нарушением прежних договоренностей и гарантий стабильности положения инвесторов, так как по общему правилу в случае изменения законодательства условия заключенного договора (включая договоры с государством) сохраняют силу (ст. 383 ГК).

Наконец, сторонники Проекта изменений ссылаются на нормы Закона РК "О национальной безопасности" (в частности, на ст. 18 Закона, касающуюся обеспечения экономической безопасности страны). Однако в Законе отсутствуют положения о наличии у государства возможности необоснованного изменения условий заключенных контрактов. Кроме того, ст. 18.2 Закона прямо предписывает соблюдать гарантии, предоставленные иностранным инвесторам, а одним из главных принципов обеспечения национальной безопасности РК провозглашен принцип законности (ст. 3 Закона).

Экспроприация и национализация

Помимо прочих прав и законных интересов, само право преимущественной покупки, основан-

ное на законе или договоре, является имущественным правом (ст. 115 ГК). Поэтому одностороннее решение государства по лишению собственника указанного права без его согласия может быть признано экспроприацией.

В ряде законодательных актов РК содержатся гарантии инвесторам от экспроприации. Как правило, экспроприация допускается лишь в исключительных случаях, предусмотренных законодательными актами РК (и, вероятно, в случае с Проектом изменений соответствующая правовая основа отсутствует), и при условии полной компенсации инвестору причиненных убытков.

Необходимо отметить, что гарантии прав и стабильности правового положения инвесторов в Казахстане также содержатся в двусторонних и многосторонних международных договорах РК, которые при надлежащей ратификации имеют приоритет перед внутренним законодательством. Многие международные соглашения содержат достаточно широкие определения понятия "экспроприация" и (или) действий, "приравняемых к экспроприации", и возлагают на государство обязанность возмещения убытков инвесторов при экспроприации (включая упущенную выгоду).

Действия государства по принятию законодательства, подобного Проекту изменений, и реализация соответствующих прав могут быть расценены международным арбитражным трибуналом как экспроприация или действия, приравненные к экспроприации.

Кроме того, согласно ст. 249.4 ГК принятие Проекта изменений может быть по существу признано национализацией, т.е. обращением в государственную собственность имущества, находящегося в частной собственности юридических лиц, на основании принятого Закона РК.

В связи с этим государство должно понимать, что для соблюдения основополагающего принципа законности и справедливости недостаточно предложить компенсацию на условиях, не хуже предлагаемых другими участниками. Наконец, группа частных инвесторов должна иметь право, в силу положений Закона и договора с Республикой Казахстан на сохранение частного характера своей группы (т.е. без принудительного участия государства в качестве партнера).

Последствия и методы защиты

Можно предположить, что возможными последствиями принятия Проекта изменений станут значительное ухудшение инвестиционного имиджа Казахстана, снижение инвестиционной активности в сфере недропользования и возникновение особенно сложных правовых проблем, связанных с ретроспективным применением заявляемого приоритетного права государства к ранее заключенным контрактам. Такое ретроспективное применение может нарушить гарантии стабильности законодательства, которые были ранее предоставлены инвесторам законодательными актами РК



(Указом о нефти, Указом о недрах, законодательными актами об инвестициях, Гражданским кодексом и т.п.), соглашениями и контрактами с инвесторами, международными договорами РК, и таким образом повлечь отрицательные последствия.

Далее, можно предвидеть обоснованные опасения инвесторов о том, что если государство решит воспользоваться своим "приоритетным" правом (в случае принятия Проекта изменений), то стороны в сделке могут оказаться в менее благоприятных (неравных) условиях, так как государство будет способно повлиять на реальную конечную покупную цену путем административных рычагов (например, через предъявление требований налогового характера, процедуру зачетов).

Вероятно, что присутствие государства в качестве потенциального партнера в проекте может заставить инвесторов сделать продажу долей в проектах менее прозрачной либо отказаться от продажи, что также может негативно отразиться на инвестиционной активности.

На наш взгляд также юридически неоспоримой, с точки зрения наличия конфликта интересов, выглядит ситуация, когда государство (сторона договора и собственник недр) заключает договор само с собой в качестве нового "незваного" участника недропользователя (консорциума), изначально состоящего из частных инвесторов.

Наконец, принятие Проекта изменений может стать значительным ухудшением законодательства и гарантий стабильности инвестиций в Казахстане. Но, очевидно, что инвесторы будут защищать свои права в соответствии с предусмотренным в контрактах порядком (как правило, через процедуру международного арбитража).

Некоторые предварительные выводы

У любого государства, конечно, есть суверенное право вносить изменения в законодательство. Другое дело, всегда ли целесообразно это делать и не будут ли при этом нарушены чьи-либо юридические права, основанные на договоре, законе и международных договорах.

В настоящий момент трудно точно предвидеть, к чему приведет (в случае принятия Проекта изменений) появление подобного дамоклова меча над существующими и будущими проектами в сфере недропользования. При этом можно с уверенностью предположить, что реакция со стороны инвесторов и недропользователей будет резко отрицательной, особенно в отношении ретроспективного применения предлагаемых изменений в нарушение всех действующих законодательных и договорных гарантий стабильности.

Принятие Проекта изменений не будет положительным событием для нефтегазовой и добывающей отраслей Казахстана, особенно в свете снижения интереса иностранных инвесторов к новым крупным углеводородным проектам (например, проект Курмангазы) из-за ужесточения налогового режима для недропользователей. ❀

СОБЫТИЯ

Глава Правительства поручил до конца года завершить разработку нормативной базы розничного рынка электроэнергетики

Премьер-министр РК Даниал Ахметов поручил кабинету министров до конца года завершить разработку нормативной базы розничного рынка электроэнергетики. Об этом говорится в сообщении, распространенном пресс-службой премьер-министра РК по итогам заседания Правительства РК сегодня, 7 сентября, в Астане.

Как сообщалось ранее, согласно постановлению Правительства РК, первый этап развития розничного рынка электроэнергетики – спотовый рынок, функционирующий в режиме "реального времени", – должен начать работу уже в течение III квартала 2004 года. Введение розничного рынка, по мнению экспертов, должно установить реальную цену на электроэнергию в Казахстане и обеспечить равные условия для различных производителей, с одной стороны, и потребителей, с другой.

В ходе совещания Д. Ахметов подверг критике работу министерств и ведомств, допустивших срыв разработки законов "Об электроэнергетике", "О государственных закупках", "О естественных монополиях" и других нормативных правовых актов.

По информации Министерства энергетики и минеральных ресурсов РК, план мероприятий по реализации концепции дальнейшего развития рыночных отношений в электроэнергетике предусматривает внесение 5 законопроектов, 9 нормативных правовых актов и реализацию 17 других организационных мероприятий.

По поручению Д. Ахметова разработчики нормативных актов должны привести границы региональных электросетевых компаний в соответствие с административными границами областей, а также определить параметры разделения учета электроэнергетики между монопольными и конкурирующими структурами.

Kazakhstan today, 07.09.2004

Парламент РК начал работу над проектом закона "О третейских судах"

Комитет Сената по законодательству и правовой реформе начал работу над проектом закона "О третейских судах", сообщает пресс-служба Сената Парламента РК.

Законопроектом предусмотрено создание в стране нового альтернативного института судебного разбирательства разногласий и конфликтов физических и юридических лиц, возникающих из гражданско-правовых договоров.

Представлявший законопроект вице-министр юстиции Сабыржан Бекбосынов отметил, что явными преимуществами третейского суда являются свобода выбора сторонами нейтрального и компетентного судьи, меньшая формализованность и бюрократичность разбирательства, конфиденциальность, отсутствие досудебного порядка разрешения возникшего спора и возможность разрешения споров в одной инстанции. Практически все развитые страны имеют национальные законы о третейском суде.

С учетом ряда конкретных замечаний и предложений сенаторы поддержали разработчиков и приняли решение предложить законопроект на повестку дня пленарного заседания Сената.

На заседании также в первом чтении концептуально поддержаны и проекты законов "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам третейских судов и арбитражей" и "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам органов юстиции".

Kazakhstan today, 08.09.2004