

Ограничение иностранных инвестиций в стратегические отрасли: опыт Казахстана и зарубежных стран

С. Гасанова, LL.M., юрист юридической фирмы «AEQUITAS» (Алматы)

М. Дорав, партнер юридической фирмы «Егоров, Кряжевских и партнеры» (Москва)

К. Кряжевских, кандидат юридических наук, партнер юридической фирмы «Егоров, Кряжевских и партнеры» (Москва)

С момента обретения Казахстаном независимости и привлечения первых инвестиций в национальную экономику произошли разительные перемены в регулировании инвестиций, характеризующиеся переходом от режима наибольшего благоприятствования к режиму усиленного государственного контроля и снижением уровня гарантий, предоставляемых инвесторам.

Закономерно, что на начальном этапе своего развития в качестве независимого государства Казахстан предоставлял иностранным инвесторам максимальные льготы и гарантии, которые способствовали привлечению крупных инвестиций. Однако по мере роста национальной экономики и укрепления своих позиций государство постепенно отказалось от ранее проводимой политики предоставления инвесторам режима наибольшего благоприятствования, сокращая предоставляемые ранее льготы и гарантии¹. Такая тенденция обусловлена прежде всего желанием государства восстановить контроль над ранее находившимися в государственной собственности объектами, имеющими стратегическое значение для развития экономики Казахстана и обеспечения национальной безопасности.

Описанные изменения в политике Казахстана не являются чем-то новым, поскольку аналогичные тенденции, получившие название «ресурсный», или «сырьевой национализм», в последние годы наблюдаются во многих странах мира и в большинстве случаев также обосновываются защитой национальных интересов, стратегических отраслей экономики, безопасности и суверенитета государства². Наиболее наглядно превалирование этой тенденции в вопросе регулирования иностранных инвестиций демонстрирует простая статистика:

если в период 1992–2002 гг. только 6 % произошедших в мире 1550 изменений в национальных режимах регулирования прямых иностранных инвестиций были направлены на снижение инвестиционной открытости экономик, то в период 2002–2004 гг. эта цифра составила 12 % и достигла 21 % в период 2005–2007 гг. (в странах Латинской Америки только в одном 2007 г. доля таких изменений составила около 60 %)³.

Тенденции последних лет оказали зачастую негативное влияние на положение инвесторов, которые пришли на рынок Казахстана, рассчитывая на предоставляемые им гарантии. В связи с изменением положения инвесторов из-за вводимых законодательных ограничений возникает множество вопросов, основными из которых являются следующие: каким образом должны применяться данные ограничения в отношении ранее заключенных контрактов на недропользование и каковы пределы вмешательства государства? Сложность поиска ответов на эти и другие вопросы, на наш взгляд, заключается не только в недостаточной определенности статуса государства в отношениях с недропользователями, неясности ключевой терминологии, в том числе понятий «национальная безопасность», «бенефициарный контроль» и других, но и в целом в недостаточном внимании законодателя к опыту

¹ См.: Юридическая фирма «Aequitas». Правила игры в недропользовании // Нефть и газ Казахстана (Нефтегазовая вертикаль). 2009. № 20. С. 74.

² Подробнее см.: Дорав М., Кряжевских К. Сырьевой национализм: тенденции правового регулирования в России и иностранных государствах // Корпоративный юрист. М., 2009. № 5. С. 15–25; Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции: вызовы экономическому суверенитету // Московский журнал международного права. 2008. № 3. С. 5–20.

³ См.: Karl P. Sauvant. FDI protectionism is on the rise. 2009. P. 6 (доступно на <http://econ.worldbank.org>).



правового регулирования допуска иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики в зарубежных странах. Все это, на наш взгляд, не позволяет Казахстану построить в полной мере современную и транспарентную систему регулирования иностранных инвестиций, основанную на балансе частных и публичных интересов иностранных инвесторов и публичных интересов государства.

Законодательство Казахстана в части регулирования режима инвестиций все еще подвергается изменениям. Так, 17 февраля 2010 г. Мажилис окончательно одобрил долгожданную новую редакцию закона о недрах, которая должна в значительной степени повлиять на существующий режим недропользования и расширить возможность

государственного контроля инвестиций в ресурсный сектор экономики Казахстана. Поскольку новая редакция закона все еще не обнародована в официальных источниках и интернет-ресурсах (в том числе на сайте МЭМР), в настоящей статье использованы положения предыдущей редакции закона (далее — законопроект)⁴. Однако, учитывая внесение парламентариями более шестисот поправок в законопроект, мы не исключаем, что одобренная редакция существенно отличается от положений рассматриваемой нами редакции законопроекта.

Не останавливаясь подробно на всех изменениях ограничительного характера в различных отраслях экономики, в данной статье мы отметим лишь некоторые изменения законодательства о недрах и недропользовании, оп-

ределившие новый инвестиционный климат, в сравнении с регулированием аналогичных вопросов в зарубежных странах.

Государство, национальные компании и национальная безопасность

Вопрос о статусе государства в контрактах на недропользование периодически обсуждается казахстанскими юристами, но единого мнения по этому вопросу в настоящее время не сформировалось. По общему признанию государство как участник правоотношений

либо наделяется властными полномочиями, либо обладает равными правами с другими участниками

правоотношений, выступая субъектом частных правоотношений.

В какой же роли выступает государство в контрактах на недропользование? Ответ на этот вопрос не так очевиден, и это подтверждает известная дискуссия о статусе государства в контрактах на недропользование, развернувшаяся между академиком С.З. Зимановым и его оппонентами — академиком М.К. Сулейменовым и профессором Ю.Г. Басиным. В обоснование законности пересмотра государством некоторых положений ранее заключенных контрактов на недропользование академик С.З. Зиманов высказал мнение, что само участие государства в контракте с негосударственными организациями ставит государство в неравное положение и требует признания роли государства как особого субъекта гражданско-правовых отношений⁵, то есть как суверена.

Академик М.К. Сулейменов, профессор Ю.Г. Басин и другие цивилисты возражали, ссылаясь на полное юридическое равенство сторон гражданско-правовых отношений и их взаимную ответственность за принятые на себя обязательства⁶, а также обосновывали тезис о том, что государство как участник частных правоотношений выступает в качестве обычного субъекта частного права⁷.

Не углубляясь в детали данной дискуссии, отметим, что доводы известных казахстанских ученых позволяют говорить о дуализме статуса государства в отношениях, связанных с недропользованием, выступающего в качестве суверена и участника гражданско-правовых отношений одновременно.

Будучи сувереном и одновременно выступая стороной контракта на недропользование,

Тенденции, получившие название «ресурсный», или «сырьевой национализм», в последние годы наблюдаются во многих странах мира и в большинстве случаев также обосновываются защитой национальных интересов, стратегических отраслей экономики, безопасности и суверенитета государства.

⁴ Проект Закона Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» по состоянию на 5 июня 2009 г. В соответствии с законодательством Казахстана проекты нормативных правовых актов, затрагивающих интересы субъектов частного предпринимательства, подлежат обязательному опубликованию (распространению) в средствах массовой информации, включая интернет-ресурсы, до их рассмотрения соответствующим органом или на заседании экспертного совета. Более ранние редакции законопроекта были опубликованы на сайте МЭМР и в информационной системе «Параграф», однако последние изменения, одобренные Мажилисом, официально не обнародованы. Особенностью российской практики, отличной от Казахстана, является то, что текст законопроекта, замечания к нему, справки, изменения и иную информацию на всех стадиях его рассмотрения можно получить на официальном сайте Государственной Думы (<http://asozd2.duma.gov.ru/>).

⁵ Зиманов С.З. Инвесторы и контракты. Должно ли государство защищать интересы Республики и народа в контрактных отношениях по недропользованию? // Казахстанская правда. 2004. 27 мая.

⁶ Басин Ю. Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // Юрист. 2004. № 8.

⁷ Сулейменов М.К. Государство как сторона контракта на недропользование // Нефть, Газ и Право Казахстана. 2004. № 1.



государство неоднократно вносило изменения в режим недропользования и придавало таким изменениям обратную силу⁸.

Формальным основанием для внесения таких изменений чаще всего является закрепленная в законодательстве необходимость обеспечения национальной безопасности. При этом определение понятия «национальная безопасность», содержащееся в Законе Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан»⁹, достаточно обширное и при практическом применении может толковаться достаточно широко.

Интересно, что в законодательствах зарубежных стран также зачастую отсутствует четкое определение понятия «национальная безопасность». Так, регулирующая осуществление иностранных инвестиций в экономику США поправка Эксон — Флорио (Exxon — Florio provision) к Закону об оборонном производстве 1950 г. (Defense Production Act)¹⁰ не содержит определения термина «национальная безопасность» и Комитет США по иностранным инвестициям (CFIUS) до настоящего времени не предложил четких критериев, позволяющих считать, что «осуществление контроля иностранной стороной... угрожает интересам национальной безопасности»¹¹.

Закон Австралии об иностранных приобретениях и поглощениях компаний 1975 г. (FATA) разрешает казначею запретить сделку, которая противоречит «национальным интересам», не определяя содержания этого понятия, а напротив, возлагая на казначея широкие полномочия определять на основе рассмотрения отдельных дел соответствие предложений инвесторов национальным интересам Австралии.

⁸ По этому поводу профессор Ю.Г. Басин отмечал, что государство, являясь одновременно и законодателем, и участником гражданского договора, не должно уклоняться от исполнения принятых им на себя договорных обязательств, иначе государству будет предоставлена возможность по своему усмотрению изменять или прекращать действие гражданско-правового договора, участником которого оно является, на основании принадлежащей ему власти. См.: Басин Ю.Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // Юрист. 2004. № 8.

⁹ Пункт 3 статьи 18 Закона Республики Казахстан от 26 июня 1998 г. № 233-1 «О национальной безопасности Республики Казахстан» (с последующими изменениями и дополнениями). Примечательно, что данная норма была введена только в октябре 2005 г., то есть годом позже принятия нормы о приоритетном праве в первой редакции.

¹⁰ 50 App. U.S.C.A. § 2170 (West 1991 & Supp. 2006).

¹¹ В США установлен открытый перечень факторов, которые могут приниматься во внимание при определении CFIUS влияния сделки на национальную безопасность, в числе которых потенциальное воздействие на «критическую инфраструктуру», определенную как «системы и имущество, физическое или виртуальное, которое является для США столь важным, что вывод из строя или уничтожение таких систем или имущества может оказать негативное влияние на национальную безопасность», включая основные энергетические активы, а также иные ресурсы, в том числе природные ресурсы.

Мажилис Казахстана одобрил законопроект о недрах и недропользовании

17 февраля 2010 г. депутаты Мажилиса Парламента Республики Казахстан на пленарном заседании одобрили законопроект «О недрах и недропользовании».

Как отмечается в заключении Комитета Мажилиса по вопросам экологии и природопользования, «проект закона направлен на совершенствование механизма правового регулирования общественных отношений в сфере недропользования».

«В процессе работы над законопроектом отдельные его нормы были отредактированы или исключены полностью с целью приведения проекта закона в соответствие с гражданским, экологическим, налоговым кодексами Республики Казахстан, с законами Республики Казахстан «О частном предпринимательстве», «Об особо охраняемых природных территориях», «О правовом положении иностранцев», а также положений проекта друг с другом», – поясняется в заключении.

Кроме того, согласно заключению «в связи с принятием нового Налогового кодекса Республики Казахстан доработана статья 65 законопроекта в части уплаты подписного бонуса с учетом исключения обязанности недропользователя уплачивать подписной бонус при переходе от этапа разведки к этапу добычи».

В соответствии с новой редакцией статьи 59 контракт на совмещенную разведку и добычу будет заключаться по решению правительства только для участков недр (месторождений), имеющих стратегическое значение и (или) сложное геологическое строение. Кроме того, принята новая редакция пункта 1 статьи 58, в соответствии с которой «недропользователь, обнаруживший и оценивший месторождение на основании контракта на разведку, имеет исключительное право на заключение контракта на добычу без проведения конкурса на основе прямых переговоров».

Было решено, что условия заключения контракта на добычу должны определяться компетентным органом и недропользователем совместно.

Как сообщалось ранее, 15 января 2009 г. Министерство энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан внесло в парламент законопроект «О недрах и недропользовании», призванный заменить действующий одноименный закон и закон «О нефти».

«Цель разработки законопроекта – систематизация и совершенствование законодательства, устранение действующих в нем пробелов, а также обеспечение принципов прямого действия закона «О недрах» с минимизацией количества бланкетных, отсылочных норм», – сказал на презентации законопроекта глава МЭМР РК Сауат Мынбаев.



Как и CFIUS в США, Казначей Австралии не связан прецедентами при согласовании сделки по приобретению активов, относящихся к так называемым установленным законодательством секторам, имеющим отношение к «национальной безопасности» (prescribed sensitive sector).

Серьезную озабоченность отсутствием в российском законодательстве унифицированного понятия «национальная безопасность» и критериев «угрозы национальной безопасности» в связи с вступлением в 2008 г. в силу Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации» (далее — Закон «Об иностранных инвестициях в стратегические отрасли»)¹² высказывают и российские эксперты¹³.

Особый пример представляет Канада, в настоящее время не имеющая законодательства, аналогичного американскому, позволяющего запретить иностранные инвестиции по причине возможного ущерба национальной безопасности. В то время как Министерство промышленности Канады осуществляет тщательное исследование степени владения или контроля

Определение понятия «национальная безопасность», содержащееся в Законе Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан», достаточно обширное и при практическом применении может толковаться достаточно широко.

инвестора иностранным государством для рекомендации о наличии «чистой пользы» (net benefit)¹⁴, необходимой для одобрения сделки по приобретению канадского бизнеса иностранной государственной компанией, основанием для вмешательства министра по закону Канады об инвестициях является несоответствие сделки «национальной промышленной, экономической или культурной политике». Однако на практике понятие «национальная безопасность» широко трактуется Бюро Казначейства канадского

Госсекретариата в Руководящих принципах по исключительным случаям защиты национальной безопасности как «угроза

экономической безопасности, безопасности окружающей среды и гуманитарной безопасности», что канадскими юристами отмечается как недостаток предсказуемости в отношении инвестиционного климата¹⁵.

Отличительной особенностью Казахстана является то, что государственный контроль в сфере инвестиций осуществляется как самим государством, так и посредством созданных им национальных компаний, одновременно выступающих субъектами публично-правовых и частноправовых отношений. Национальная компания определена Законом Республики Казахстан «О недрах» как «созданное по решению правительства акционерное общество, единственным акционером которого является государство или национальный управляющий холдинг, осуществляющее деятельность в определенных сферах недропользования на условиях, установленных законодательством Республики Казахстан»¹⁶.

Обладая всеми признаками коммерческого юридического лица, национальные компании все же имеют особенности в правовом регулировании их положения. Существенным отличием от статуса других коммерческих акционерных обществ является наличие властных функций, возложенных на национальные компании государством¹⁷. Так, национальная компания по проведению нефтяных операций: а) представляет государственные интересы в контрактах с долевым участием национальной компании; б) участвует в реализации единой государственной политики в нефтегазовой отрасли; в) участвует в организации конкурсов на нефтяные операции на территории Казахстана и т.д.

Более того, при возникновении у государства приоритетного права на приобретение отчуждаемых активов это право может быть реализовано национальной компанией при нали-

¹² Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации».

¹³ См., напр.: Арутюнян А. Силовики проверят инвесторов // ЭЖ-Юрист. 2008. № 30; Дорав М., Кражевских К. Указ. соч. С. 20.

¹⁴ Согласно закону Канады об инвестициях государство контролирует прямые иностранные инвестиции, чтобы обеспечить получение для Канады «чистой пользы» с позиции:

- 1) эффекта инвестиций для экономики Канады;
- 2) степени и значения участия канадских граждан в канадском бизнесе;
- 3) эффекта инвестиций для производительности, технологического развития, инновационности и разнообразия продукции;
- 4) влияния на конкуренцию в одной или нескольких отраслях;
- 5) соответствия инвестиций национальной политике в области промышленности, экономики, культуры;
- 6) вклада инвестиций в конкурентоспособность Канады.

(См.: R.S.C. 1985, с. 28 (1st Supp.), as amended (elec. 2006) // Canadian Mining Law. From the Second Edition of the American Law of Mining. Edited by Rocky Mountain Mineral Law Foundation Westminster, Colorado, USA. Fasken Martineau Global Mining Group. 2007 Matthew Bender & Company, Inc., a member of the Lexis Nexis Group).

¹⁵ См.: Sandra Walker with assistance of Michael Kilby, State-Owned Investment: On the Rise & Under Fire. Paper prepared for the CBA Annual Fall Conference on Competition Law, October 2007. P. 11. Stikeman Elliott LLP.

¹⁶ Статья 1 Закона Республики Казахстан от 27 января 1996 г. № 2828 «О недрах и недропользовании» (с последующими изменениями и дополнениями). Аналогичная норма установлена Законом Республики Казахстан от 28 июля 1996 г. № 2350 «О нефти».

¹⁷ См.: Басин Ю.Г. Национальная компания // Актуальные вопросы гражданского права: вопросы теории и практики. Аequitas, 2003.



чий соответствующего решения Правительства Республики Казахстан.

Отчасти аналогом национальных компаний можно признать существующий в России институт государственных корпораций — некоммерческих организаций, создаваемых отдельными законами для выполнения специально определенных функций. К примеру, госкорпорация «Росатом» осуществляет ряд публично-правовых функций, включая нормативное регулирование атомной отрасли, заключение международных соглашений и т.д.¹⁸

Интересной представляется роль так называемых социально-предпринимательских корпораций (далее — СПК), наделенных статусом национальных компаний и созданных в целях содействия экономическому развитию отдельных регионов Казахстана. СПК создавались с использованием международного опыта взаимодействия частного и государственного секторов. Так, в США функционируют региональные корпорации экономического развития (EDS, CRDC и LVEDC), в Дании — социальные предприятия (social enterprises), главной целью которых является мобилизация частного сектора.

Для реализации задач СПК в их собственность передаются объекты государственной республиканской и коммунальной собственности, земля, нерентабельные государственные предприятия, которые можно использовать для создания новых производств. Среди прочего, СПК обладают правом на осуществление разведки, добычи и переработки полезных ископаемых (за исключением газа, нефти и урана, представляющих особую значимость для экономики Казахстана)¹⁹.

Таким образом, в отличие от национальных компаний, оперирующих на республиканском уровне (например, АО «Национальная компания «КазМунайГаз»), СПК осуществляют свою деятельность на региональном уровне в целях развития малого и среднего бизнеса.

Изложенные выше особенности статуса национальных компаний позволяют говорить о том, что они являются эффективным инструментом государственного контроля в сфере недропользования.

¹⁸ Ст. 4, 6, 7, 8, 14 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О государственной корпорации «Росатом» // Российская газета. 2007. 5 дек.

¹⁹ См., например, постановление Правительства Республики Казахстан от 19 октября 2007 г. № 970 «Об утверждении меморандумов об основных принципах деятельности акционерных обществ «Национальная компания «Социально-предпринимательская корпорация «Тобол», «Национальная компания «Социально-предпринимательская корпорация «Каспий», «Национальная компания «Социально-предпринимательская корпорация «Батыс»».

Налоги и тарифы

МЭМР РК прорабатывает вопрос о применении норм действующего налогообложения в отношении всех недропользователей

Министерство энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан (МЭМР РК) прорабатывает вопрос о применении норм действующего налогообложения в отношении всех без исключения недропользователей. Об этом в Мажилисе в ходе заседания Комитета по вопросам экологии и природопользованию сообщил глава министерства Сауат Мынбаев.

«Касательно налогообложения (недропользователей. — Прим. агентства) все сложнее. Их (недропользователей, работающих по старому законодательству), вообще-то, не так много, как, скажем, новых», — сказал С. Мынбаев.

«Из старых больших контрактов это Кашаган, Карачаганак и Тенгиз», — напомнил министр. Остальные недропользователи, по его словам, облагаются налогами уже в соответствии с новым законодательством.

«Взять и отменить стабильность — это такой большой вопрос. И как будет конкретный план действий осуществляться дальше с учетом прозвучавшего поручения (Президента Республики Казахстан), мы сейчас дополнительно обсуждаем», — отметил он.

Министр напомнил, что, в действующем законодательстве, «есть норма, она гласит следующее: в случае угрозы национальной экономической безопасности Республика Казахстан может в одностороннем порядке разорвать этот договор». Эта норма также была внесена в рассматриваемый в настоящее время комитетом законопроект «О недрах и недропользовании».

«Это я к тому, что если отказываться от налоговой стабильности по этим трем-четырем контрактам, то реальный путь — это тот, который (оговорен) в контракте», — считает С. Мынбаев. «Но, одним словом, это непростой вопрос. Мне дали такое поручение проработать, и мы сейчас этим занимаемся», — подчеркнул он.

Напомним, недавно Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев заявил, что иностранным недропользователям необходимо перейти на налогообложение по действующему налоговому законодательству.

«Все наши контракты работают по налоговому законодательству на момент их подписания, нам надо проработать вопрос о том, чтобы выходить из зоны неприкосновенности, чтобы все работали по тем же изменениям в налоговом законодательстве, которые произойдут в будущем», — сказал Н. Назарбаев.

«Налоговики к недропользователям приходят, им приходится нести огромными мешками бумаги десятилетней давности и искать там, как облагать налогами наших инвесторов, которые пришли в нефтегазовые и другие ресурсы страны», — отметил в этой связи глава государства.

«Здесь тоже надо находить компромисс... Времена идут, жизнь меняется во всем мире, интересы государства к этому нас подталкивают», — заключил он.



Приоритетное право государства

Переходя к вопросу о действующих ограничениях инвестиций в сфере недропользования, следует отметить, что некоторые наиболее существенные изменения инвестиционного режима имели под собой скорее политическую подоплеку и были непосредственно связаны с отчуждением долей в крупнейших проектах в Казахстане. Первым значимым шагом по пути усиления контроля государства стало внесение предварительно широко обсуждавшейся поправки в законодательство о недропользовании, устанавливающей приоритетное право государства.

Появление такого института в казахстанском законодательстве связывают с намерением Казахстана приобрести отчуждаемую долю в проекте освоения Кашаганского нефтяного месторождения в 2004 г.

Впоследствии приоритетное право государства было распространено и на косвенное отчуждение прав в сфере недропользования (на сей раз для целей приобретения государством косвенного контроля над другой крупной нефтяной компанией). Изменениям в части приоритетного права была придана обратная сила, тем самым были отменены гарантии, закрепленные в контрактах на недропользование.

Существующая редакция нормы о приоритетном праве изложена следующим образом: *«Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также ранее заключенных контрактах на недропользование, за исключением контрактов по подземным водам и общераспространенным полезным ископаемым, государство в лице Правительства Республики Казахстан или по решению Правительства Республики Казахстан национальный управляющий холдинг или национальная компания по недропользованию имеют 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, а также в юридическом лице, которое имеет возмож-*

ность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые недропользователем решения, если у данного юридического лица основная деятельность связана с недропользованием в Республике Казахстан на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями».

Неясное изложение нормы о приоритетном праве до сих пор вызывает многочисленные споры, в том числе о том, что понимается под «основной деятельностью, связанной с недропользованием в Казахстане», применяется

ли приоритетное право к безвозмездным сделкам и сделкам мены, и если да, то может ли государство в сделке

предложить денежную компенсацию вместо имущества, передаваемого в обмен на отчуждаемые акции (доли участия) или право недропользования, как реализуется приоритетное право государства в отношении биржевых сделок и т.д.

Необходимо отдать должное законопроекту, который проясняет эти и многие другие спорные вопросы. Так, законопроектом установлено, что приоритетное право будет распространяться на возмездные и безвозмездные сделки, при этом в отношении безвозмездных сделок приобретение будет осуществляться по рыночной стоимости отчуждаемого имущества. Не менее важным новшеством является установление законопроектом детальной процедуры реализации приоритетного права, отсутствие которой в действующем законе создает немало сложностей на практике. Однако вопросы, касающиеся критериев определения «основной деятельности, связанной с недропользованием в Республике Казахстан», так и остаются нерешенными.

Последствия несоблюдения приоритетного права также вызывают вопросы. В частности, последствием нарушения приоритетного права государства является прекращение контракта недропользования, заключенного с недропользователем. При этом в случаях прямого или косвенного отчуждения акций (долей участия) в недропользователе сам недропользователь далеко не во всех случаях может влиять на заключение сделки. Тем не менее он может понести безвиновную ответственность за действия третьих лиц, находящиеся вне его контроля. Данный факт, на наш взгляд, противоречит положениям гражданского законодательства²⁰, по общему правилу предусматривающего привлечение к ответственности при наличии вины.

²⁰ Согласно статье 270 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть), принятого 27 декабря 1994 г. (с последующими изменениями и дополнениями), обязательство не создает обязанностей для третьих лиц.



Приоритетное право не является единственным барьером, установленным государством на пути свободного обращения прав недропользования и акций (долей участия) в лицах, обладающих правом недропользования. Пункт 1 статьи 14 Закона Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» (далее — Закон «О недрах») устанавливает необходимость получения разрешения компетентного органа на передачу права недропользования *«...частично или полностью другому лицу на платной либо бесплатной основе, в том числе путем отчуждения доли участия (пакета акций) в юридическом лице, являющемся недропользователем...»*. Такая формулировка пункта 1 статьи 14, относящая передачу акций (долей участия) к передаче права недропользования, может стать основой для широкого толкования другого пункта этой же статьи, устанавливающей мораторий на передачу права недропользования в течение двух лет с момента заключения контракта на недропользование²¹.

Необходимо отметить, что в соответствии с действующей редакцией статьи 14 Закона «О недрах» компетентный орган вправе отказать в выдаче разрешения на передачу права недропользования, если она *«повлечет за собой несоблюдение требований по обеспечению национальной безопасности страны, в том числе в случае концентрации прав в рамках контракта и/или концентрации прав на проведение операций в области недропользования»*²². Последствием несоблюдения данной статьи является недействительность сделки с момента ее заключения.

Законопроект содержит более либеральную норму в отношении передачи права недропользования и освобождает ряд сделок от необходимости получения разрешения компетентного органа и отказа государства от приоритетного права. Так, разрешение компетентного органа и отказ государства не требуется при: а) передаче права недропользования в пользу стопроцентной дочерней организации; б) передаче права недропользования, акций (долей участия) между стопроцентно аффилированными

²¹ Там же, пункт 10 статьи 14. Отнесение пунктом 1 статьи 14 передачи акций (долей участия) к передаче права недропользования может быть оценено как расширение определения «права недропользования» для целей конкретной статьи. В этом случае запрет на отчуждение права недропользования в течение двух лет может быть распространен и на отчуждение акций (долей участия) в недропользователях, что, на наш взгляд, является недопустимым, и при толковании понятия «право недропользования» следует руководствоваться пунктом 13 статьи 1 Закона «О недрах».

²² Под концентрацией прав в области недропользования понимается обладание одним лицом или группой лиц из одной страны такой долей в контрактах на недропользование на территории Республики Казахстан или такой долей собственности в уставном капитале недропользователей в Республике Казахстан, которые способны создать или создают угрозу экономическим интересам Казахстана.

Недропользование

В Парламент Республики Казахстан внесен законопроект, предусматривающий исключительное право добычи на разведанных месторождениях

Недропользователи Казахстана, обнаружившие месторождение нефти, будут иметь приоритетное право на ее добычу.

Соответствующий законопроект «О недрах и недропользовании» был внесен Министерством энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан (МЭМР РК) в Мажилис Парламента Республики Казахстан и рассмотрен на заседании Комитета по вопросам экологии и природопользованию.

В частности, принята новая редакция пункта 1 статьи 58, в соответствии с которой «недропользователь, обнаруживший и оценивший месторождение на основе контракта на разведку, имеет исключительное право на заключение контракта на добычу без проведения конкурса на основе прямых переговоров», говорится в тексте законопроекта.

При этом «с целью недопущения ущемления интересов подрядчика, осуществившего разведку, условия заключения контракта на добычу должны определяться компетентным органом и недропользователем совместно», — сказано в пункте 3 статьи 58 законопроекта.

Кроме того, в соответствии с новым законопроектом был сохранен такой вид контракта на недропользование, как контракт на совмещенную разведку и добычу. «Такие контракты в соответствии с новой редакцией статьи 59 будут заключаться по решению правительства только для участков недр (месторождений), имеющих стратегическое значение и (или) сложное геологическое строение», — говорится в заключении Комитета Мажилиса по вопросам экологии и природопользованию.

Также в новой редакции законопроекта существенно переработаны нормы, регулирующие вопросы казахстанского содержания.

В ходе обсуждения законопроекта депутатами Мажилиса была предложена норма, согласно которой предельный объем приобретаемых полезных ископаемых и вид оплаты труда обязательно определяются контрактом.

Kazakhstan today. 26.01.10.

Глава налогового комитета Минфина Республики Казахстан сомневается в законности некоторых заключенных контрактов на недропользование

Глава налогового комитета Минфина Республики Казахстан Даулет Ергожин сомневается в законности некоторых заключенных контрактов на недропользование.



лицами; в) совершении сделок по отчуждению акций или производных бумаг недропользователя, обращающихся на организованном рынке ценных бумаг²³.

В то же время законопроектом предусмотрена необходимость получения разрешения компетентного органа на передачу права недропользования и акций (долей участия) в недропользователе в случае универсального правопреемства при реорганизации юридического лица, которое в настоящее время осуществляется без ограничений.

Что интересно, нормы, аналогичные наделяющим государство возможностью контролировать размещение акций за пределами Казахстана, уже действуют в Монголии, законодательство которой устанавливает обязательное размещение на фондовой бирже Монголии не менее 10 % акций лица, имеющего специальное разрешение на разработку в Монголии месторождения стратегического значения²⁴, и в России, где такой контроль осуществляет не уполномоченный орган в сфере недропользования, а аналог Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций — Федеральная служба по финансовым рынкам²⁵, запрещающая размещение за пределами

При возникновении у государства приоритетного права на приобретение отчуждаемых активов это право может быть реализовано национальной компанией при наличии соответствующего решения Правительства Республики Казахстан.

России свыше 25 % акций эмитента, имеющего стратегическое значение, и свыше 5 % акций эмитента, осуществляющего разработку участка недр федерального значения²⁶.

Стратегические объекты и участки недр стратегического значения

Помимо ограничений, указанных выше, в гражданское законодательство Республики Казахстан были внесены изменения, определяющие режим «стратегических объектов»,

к которым отнесено имущество, имеющее социально-экономическое значение для устойчивого развития казахстанского общества, владение и (или) пользование и (или)

распоряжение которым будут оказывать влияние на состояние национальной безопасности Казахстана²⁷.

Норма предусматривает исчерпывающий перечень имущества, которое может быть отнесено к стратегическим объектам (среди прочего это магистральные нефте- и газопроводы, национальная электрическая сеть, магистральные сети связи, международные аэропорты, магистральные железнодорожные сети и т.д.). Однако объекты имущества, перечисленные в статье 193-1 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее — ГК РК), автоматически не являются стратегическими объектами, а могут быть признаны таковыми только по решению Правительства Республики Казахстан²⁸.

В отношении оборота стратегических объектов ГК РК и подзаконными актами установлен специальный режим, схожий с режимом оборота права недропользования. По аналогии со статьей 71 Закона «О недрах» Правительство Республики Казахстан наделено приоритетным правом покупки отчуждаемых стратегических объектов по рыночной цене. Отчуждение или обременение стратегического объекта должно совершаться с разрешения Правительства Республики Казахстан. Несоблюдение требований, установленных в отношении порядка отчуждения и обременения стратегических объектов, влечет признание соответствующей сделки недействительной с момента ее совершения.

Хотелось бы отметить, что подобного регулирования не избежало как законодательство стран — экспортеров капитала, так и законодательство стран — получателей инвестиций.

²³ Первичный выпуск ценных бумаг в обращение на организованном рынке осуществляется с разрешения компетентного органа.

²⁴ Пункт 6 статьи 5 Закона Монголии от 8 июля 2006 г. «О полезных ископаемых» // Сборник законов Монголии, связанных с хозяйственной деятельностью. Улан-Батор, 2007.

²⁵ Приказ ФСФР России от 5 июня 2008 г. № 08-24/пз-н «О внесении изменений в положение о порядке выдачи Федеральной службой по финансовым рынкам разрешения на размещение и (или) обращение эмиссионных ценных бумаг российских эмитентов за пределами Российской Федерации, утвержденное приказом ФСФР России от 12 января 2006 г. № 06-5/пз-н».

²⁶ В соответствии со статьей 2.1 Закона Российской Федерации «О недрах» к участкам недр федерального значения относятся участки недр: (i) содержащие месторождения и проявления урана, алмазов, особо чистого кварцевого сырья, редких земель иттриевой группы, никеля, кобальта, тантала, ниобия, бериллия, лития, металлов платиновой группы; (ii) содержащие извлекаемые запасы нефти от 70 млн т, запасы газа от 50 млрд куб. м, запасы коренного золота от 50 т, запасы меди от 500 тыс. т; (iii) внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа; (iv) при пользовании которыми необходимо использование земельных участков из состава земель обороны, безопасности.

²⁷ Пункт 1 статьи 193-1 ГК РК.

²⁸ Перечень стратегических объектов определен постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 июля 2008 г. № 651 «Об утверждении перечня стратегических объектов, переданных в уставный капитал и (или) находящихся в собственности национальных холдингов и (или) национальных компаний либо их аффилированных лиц, а также иных юридических лиц с участием государства и стратегических объектов, находящихся в собственности юридических лиц, не аффилированных с государством, а также физических лиц».



В последнее время законодательство ЕС и ряда его членов также имплементировало в себя нормы, обеспечивающие контроль над сделками по слиянию и приобретению, связанными с получением контроля в так называемых стратегических секторах экономики. Так, прямые иностранные инвестиции в Германии подлежат специальному регулированию, имеющему целью защитить «жизненно важные интересы» для Германии и отдельные стратегические секторы. Министр экономики и технологий Германии может запретить сделку, которая может привести к приобретению 25 % и более акций компании стратегического сектора. Реформированное законодательство Франции²⁹, кроме различных правил для приобретения активов инвесторами из стран ЕС и неевропейскими инвесторами, установило и закрытый перечень стратегических отраслей³⁰.

Российский закон «Об иностранных инвестициях в стратегические отрасли» ввел в России разрешительный порядок участия иностранных инвесторов в хозяйственных обществах, осуществляющих деятельность в сорока областях, связанных с обеспечением обороны страны и безопасности государства. Совершение сделок, в результате которых иностранный инвестор приобретает контроль над стратегическим хозяйственным обществом, происходит только после получения предварительного согласования уполномоченного органа. К данной категории отнесены следующие сделки:

- 1) приобретение иностранным инвестором или группой лиц права прямо или косвенно распоряжаться 10 % и более голосов в отношении общества, осуществляющего пользование участком недр федерального зна-

²⁹ Article 30 of Law No. 2004-1343, dated December 9, 2004, concerning simplification of the law, JO No. 287, December 10, 2004, p. 20857. Decree No. 2005-1739 dated December 30, 2005 regulating foreign financial relationships and implementing Article L. 151-3 of the French Monetary and Financial Code (Приводится по сайту: <http://www.ffhsj.com/siteFiles/Publications/C1A6ABC45D5AD7EA5D7A003DED3EBA22.pdf>).

³⁰ Неевропейские инвесторы совершают следующие сделки с предварительного согласия Министерства экономики Франции:

- 1) приобретение контрольных пакетов в компаниях, чей зарегистрированный офис находится во Франции (stock transfer test);
- 2) прямое или косвенное приобретение ряда бизнесов компании, чей зарегистрированный офис находится во Франции (asset transfer test);
- 3) прямое или косвенное приобретение более чем 33,33 % акций или прав голосования в компании, чей зарегистрированный офис находится во Франции (threshold test).

Предоставление займов или гарантий, покупка лицензий или патентов, заключение соглашений о коммерческой или технической помощи в связи с приобретением французской компании иностранным инвестором не считаются иностранными инвестициями, требующими согласования с Министерством экономики Франции.

«В настоящее время мы провели анализ ранее заключенных СРП, есть определенные вопросы к самому оформлению договоров, законности заключения отдельных контрактов», – сказал Д. Ергожин журналистам на брифинге.

«Мы по ним сейчас работаем», – заверил он. Д. Ергожин считает, что «законодательная основа для разрыва контрактов в Республике Казахстан существует».

«Я не говорю, что они будут расторгаться. Я говорю, что есть различные механизмы и подходы к выработке решений. Расторжение является одним из последних этапов принятия решений», – подчеркнул он.

Д. Ергожин напомнил, что «установлен срок по внесению предложений (по переоформлению ранее заключенных соглашений о разделе продукции на контракты по текущему налогообложению) – 1 апреля».

«Я думаю, что после того, как мы отчитаемся в правительстве, будет и предмет для разговоров», – считает Д. Ергожин.

«Если рассматривать этот вопрос с точки зрения международных правовых отношений, так как данные соглашения подписывались от имени Республики Казахстан, то основная часть их перевода на текущий режим будет заключаться, во-первых, в переговорном процессе, во-вторых, если посчитать математически, по отдельным контрактам на недропользование, действующим в рамках СРП, уже выгоднее работать на текущем законодательстве, нежели оставаться на прошлом», – отметил Д. Ергожин.

В конце января Президент Казахстана Нурсултан Назарбаев предложил всем недропользователям перейти на налогообложение по действующему Налоговому кодексу.

«Все наши контракты работают по налоговому законодательству на момент их подписания, но нам надо проработать вопрос о том, чтобы выходить из зоны неприкосновенности, чтобы все работали по тем изменениям в налоговом законодательстве, которые произойдут в будущем», – сказал глава государства, выступая на совещании с членами правительства в Акорде.

«Налоговики туда (к недропользователям) приходят, им приходится нести огромными мешками бумаги десятилетней давности и искать там, как налогооблагать наших инвесторов, которые пришли в нефтегазовые и другие ресурсы страны», – констатировал Н. Назарбаев.

«Заключили контракты и теперь говорим о неизбежности этих контрактов! Здесь тоже надо находить компромисс», – считает президент.

«Времена идут, жизнь меняется во всем мире, интересы государства к этому нас подталкивают», – заключил он.

«Новости-Казахстан». 12.02.10.



чения. При этом под «косвенным распоряжением» понимается возможность фактически распоряжаться голосами через третьих лиц, включая российские лица, в том числе входящие в одну группу лиц с иностранным инвестором. Таким образом, юрисдикция сторон сделки не имеет значения, если в результате сделки иностранное лицо приобретает контроль в отношении стратегического общества. Акции (доли) в том числе могут приобретаться у российского лица российским лицом, подконтрольным иностранному инвестору, или иностранным лицом у иностранного лица, в том числе при совершении сделки за пределами Российской Федерации;

- 2) приобретение иностранным инвестором или группой лиц права прямо или косвенно распоряжаться более чем 50 % голосов в отношении общества, осуществляющего иные стратегические виды деятельности;
- 3) приобретение иностранным инвестором или группой лиц любого процента голосов в отношении общества, осуществляющего пользование участком недр федерального значения, если иностранный инвестор или группа лиц уже имеет право прямо или косвенно распоряжаться 10 % и более голосов в отношении такого общества;
- 4) осуществление иностранным инвестором полномочий управляющей компании в отношении стратегических обществ;
- 5) сделки, направленные на приобретение иностранным государством, международной организацией или находящейся под их контролем организацией права прямо или косвенно распоряжаться более чем 25 % общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, или иной возможности блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества либо права прямо или косвенно распоряжаться более чем 5 % общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный

капитал хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение и осуществляющего пользование участком недр федерального значения. Не допускается установление указанными субъектами контроля над стратегическими обществами (т.е. приобретение 10 % и более голосов стратегического недропользователя либо более 50 % голосов иного стратегического общества)³¹;

- 6) иные сделки, направленные на передачу иностранному инвестору права определять решения органов управления хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, в том числе определять условия осуществления им предпринимательской деятельности.

Эти правила также действует при приобретении акций российских стратегических обществ, обращающихся на зарубежных рынках.

Возвращаясь к законодательству Казахстана, необходимо разграничивать стратегические объекты и участки недр, имеющие стратегическое значение (стратегические участки недр). Вслед за принятыми изменениями в гражданское законодательство в части стратегических объектов законодательство о недропользовании также подверглось изменениям. В частности, было введено понятие участков недр (месторождений), имеющих стратегическое значение, перечень которых определяется Правительством Республики Казахстан. Примечательно, что критерии отнесения месторождений к участкам недр, имеющим стратегическое значение, не определены и любое месторождение может быть отнесено к таковым как при заключении контракта, так и на протяжении всего срока его действия.

Осуществление операций по недропользованию на стратегических участках недр предполагает особый режим недропользования и влечет за собой определенные негативные последствия для недропользователя в случае существенного изменения экономических интересов Республики Казахстан, создающего угрозу национальной безопасности.

Среди таких последствий Закон «О недрах» устанавливает возможность компетентного органа расторгнуть контракт на недропользование, а в некоторых случаях по инициативе Правительства Республики Казахстан и отказаться от исполнения контракта в одностороннем внесудебном порядке (без предоставления компенсации). Норма имеет ретроспективный характер, как и некоторые другие наиболее значимые изменения режима недропользования.

Применение вышеуказанных последствий возможно при условии, что «действия недропользователя при осуществлении операций по недропользованию... приводят к существенному изменению экономических интересов

³¹ Практически все развитые правовые системы специальным образом регулируют вопросы перехода национальных компаний под контроль лиц, находящихся в собственности других государств. Широкий резонанс вызывает то, что иностранные государственные компании могут преследовать обширные политические или стратегические цели, противоречащие национальным интересам государства – реципиента инвестиций. Поэтому, например, в Австралии контролируются и требуют одобрения любые сделки по приобретению контроля над австралийскими компаниями, независимо от размера приобретаемого пакета. В то же время отсутствует и запрет на передачу контроля над такими компаниями.



Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности...»³².

При анализе этой нормы возникает закономерный вопрос: каким образом действия недропользователя, добросовестно осуществляемые в рамках согласованных условий контракта на недропользование, могут повлечь существенное изменение экономических интересов Республики Казахстан и угрозу национальной безопасности? Применительно же к тому случаю, когда недропользователь отступает от своих обязательств по контракту, законодательство о недрах уже содержит соответствующие рычаги воздействия на нарушителя (вплоть до прекращения контракта). В том случае, если существенное изменение интересов Республики Казахстан произошло вследствие изменения экономической ситуации с момента заключения контракта, такое изменение нельзя считать причиненным действиями недропользователя при осуществлении операций по недропользованию. Таким образом, необходимость введения дополнительного механизма воздействия на недропользователя не является очевидной.

Особую обеспокоенность вызывает отсутствие каких-либо критериев для определения существенности изменения экономических интересов, широкое определение понятия «угроза национальной безопасности»³³, содержащегося в законодательстве, и отсутствие требования об установлении факта угрозы национальной безопасности в суде, что на практике может служить своеобразным карт-бланшем, предоставленным компетентному органу, на расторжение контракта или односторонний отказ от его исполнения. Такое регулирование серьезно увеличивает некоммерческие (политические) риски инвесторов, снижая уровень защиты инвестиций и принуждая инвесторов уклоняться от действия нестабильного национального права и прятаться под конвенциональные нормы международных договоров, что увеличивает транзакционные издержки всех участников экономического оборота, включая государство, увеличивая стоимость привлекаемого капитала.

Что интересно, в соседней России с 2008 г. действует законодательный запрет перехода права пользования участками недр федерального значения к созданному в соответствии с законодательством Российской Федерации юридическому лицу, в котором иностранный инвестор или группа лиц, в которую входит иностранный инвестор: а) имеют право прямо или косвенно распоряжаться (в том числе на осно-

³² Пункт 1 статьи 45-2 Закона «О недрах».

³³ Согласно статье 1 Закона «О национальной безопасности Республики Казахстан» под угрозой национальной безопасности понимается «совокупность условий, процессов и факторов, препятствующих реализации национальных интересов или создающих им опасность».

МЭМР РК начало переговорный процесс об увеличении казахстанских кадров в крупных нефтяных компаниях

Министерство энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан начало переговорный процесс об увеличении казахстанских кадров в крупных нефтяных компаниях. Об этом в Мажилисе Парламента Республики Казахстан на расширенном заседании Комитета по вопросам экологии и природопользованию сообщил глава МЭМР РК Сауат Мынбаев.

«Переговорным путем процесс усиления присутствия казахстанских кадров уже начал», – сказал С. Мынбаев, отвечая на вопросы журналистов по итогам заседания комитета.

В ходе заседания комитета Мажилиса, поясняя депутатам позицию ведомства в отношении данного вопроса, он пояснил, что «обязательная часть конкурсной заявки регулируется компетентным органом вместе с Минтруда и соцзащиты по каждому контракту и вырабатывается методика, каким образом считать минимальное содержание (национальных кадров)».

«Касательно многочисленных старых контрактов этот вопрос кроме как переговорами и внесением изменений в контракты невозможно больше никак решить», – отметил министр.

По его словам, «эта работа идет, только за два года внесены изменения в более чем 500 контрактов, в том числе касающихся национального содержания».

«Если говорить о крупных недропользователях, то здесь работа идет наиболее сложно, но, тем не менее, она идет. По завершившимся переговорам прошлого года по Кашагану количество людей (казахстанских кадров) повышено с 9 до 241», – проинформировал он.

«Последовательная работа на уровне правительства в этом плане будет проводиться и дальше», – заверил глава Минэнерго.

Напомним, недавно глава государства Нурсултан Назарбаев указал на то, что среди топ-менеджеров нефтяных компаний мало казахстанцев.

«Посмотрите: в крупных зарубежных нефтяных компаниях на уровне ведущих топ-менеджеров нет ни одного казахстанца. Ладно, по другим отраслям, но я сколько раз говорил ENRC, говорил «Казахмысу»: где воспитанные нами люди?» – сказал Н. Назарбаев.

«Вот если бы они, казахстанские топ-менеджеры, там были, вопросы импортозамещения решались бы по-другому, а пока министерства и ведомства смотрят на это сквозь пальцы», – заявил глава государства.



вании договора доверительного управления имуществом, договора простого товарищества, договора поручения или в результате других сделок либо по иным основаниям) более чем 10 % общего количества голосов, принадлежащих на голосующие доли (акции), составляющие уставный капитал такого юридического лица; б) имеют право на основании договора или по иному основанию определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе условия осуществления им предпринимательской деятельности; в) имеют право назначать единоличный исполнительный орган и (или) более чем 10 % состава коллегиального исполнительного органа и (или) имеют безусловную возможность избрать более чем 10 % состава совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального органа управления такого юридического лица. Лишь в исключительных случаях по решению Правительства Российской Федерации допускается переход права пользования участком недр федерального значения к указанным выше лицам.

Заключение

Эволюция казахстанского законодательства о недропользовании внесла свои коррективы, усиливая регулирование деятельности недропользователей и снижая степень их защищенности путем отмены режима стабильности контрактов. Все чаще стали использоваться термины «национальная безопасность», «стратегические объекты» и «стратегические отрасли». В результате инвестиционный климат в Казахстане уже не кажется столь привлекательным, как несколько лет назад. Законодательные инициативы государства в сфере недропользования зачастую отличаются непроработанностью и отсутствием детальной регламентации отдельных положений законодательных и подзаконных актов, на практике создающих трудности при их толковании и применении.

Определенные надежды в этом плане возлагаются на законопроект, который достаточно долгое время находится на стадии разработки и ожидаемые сроки принятия которого

переносились неоднократно. Законопроект объединяет в себе положения действующих законов «О недрах» и «О нефти», которые, как ожидается, утратят свою силу с принятием законопроекта. В законопроекте была сделана попытка устранить пробелы действующего законодательства о недрах, детально проработать используемую терминологию, унифицировать регламентацию некоторых вопросов, ранее регулируемых на уровне подзаконных актов и т.д.³⁴

Вместе с тем прослеживается тенденция усиления контроля государства за деятельностью недропользователей, никак не способствующая необходи-

мой защищенности прав ведения экономической деятельности для последних. Отдельные нормы законопроекта, на наш

Особую обеспокоенность вызывает отсутствие каких-либо критериев для определения существенности изменения экономических интересов, широкое определение понятия «угроза национальной безопасности», содержащегося в законодательстве, и отсутствие требования об установлении факта угрозы национальной безопасности в суде.

взгляд, требуют доработки, в том числе с учетом зарубежного опыта. Так, в рамках работы по обобщению опыта регулирования иностранных инвестиций, осуществляемой Организацией по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР), было подтверждено, что ограничение инвестиций должно осуществляться исключительно для защиты национальной безопасности и должно быть транспарентным, предсказуемым и соразмерным четко определенным угрозам национальной безопасности³⁵.

В июне 2008 г. исполнительный совет ОЭСР подтвердил следующие принципы:

- страны — реципиенты инвестиций не должны воздвигать протекционистских барьеров иностранным инвестициям;
- страны — реципиенты инвестиций не должны дискриминировать инвесторов в одинаковых условиях;
- любые дополнительные инвестиционные ограничения в странах — реципиентах инвестиций должны рассматриваться только в том случае, когда общая политика, применяемая в отношении как иностранных, так и местных инвесторов, затрагивает интересы национальной безопасности;
- в случае возникновения угрозы интересам национальной безопасности меры по обеспечению безопасности (защитные оговорки в отношении инвестиций/инвестиционные изъятия) стран — реципиентов инвестиций должны быть (а) транспарентными и предсказуемыми, (б) пропорциональными четко определенным угрозам национальной безопасности и (в) подлежать отчетности в их применении.

³⁴ См.: Юридическая фирма «Aequitas». Правила игры в недропользовании // Нефть и газ Казахстана. 2009. № 20.

³⁵ OECD Declaration on Sovereign Wealth Funds and Recipient Country Policies, June 5, 2008 (по сайту: [http://www.oilis.oecd.org/oilis/2008doc.nsf/LinkTo/NT000032DE/\\$FILE/JT03247225.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2008doc.nsf/LinkTo/NT000032DE/$FILE/JT03247225.PDF)).



С учетом изложенного развитие действующего законодательства Казахстана в части регулирования иностранных инвестиций, на наш взгляд, должно осуществляться по следующим основным направлениям:

- 1) разработка единого нормативного правового акта, регулирующего доступ инвесторов к стратегическим отраслям экономики, аналогичного поправке Эксона — Флорио в США, закона Австралии об иностранных приобретениях и поглощениях компаний 1975 г. или российскому закону «Об иностранных инвестициях в стратегические отрасли»;
- 2) установление четких критериев понятия «национальная безопасность», исключающих возможность его широкого толкования при принятии решений в отношении инвесторов;
- 3) внедрение системной проверки отсутствия «угрозы национальной безопасности» (national security test) в отношении иностранных инвестиций, при этом особое внимание необходимо уделять инвестициям, осуществляемым зарубежными государствами, международными организациями и подконтрольными им юридическими лицами, с введением пороговых значений установления контроля иностранного инвестора над казахстанскими организациями;
- 4) исключение не имеющей зарубежных аналогов действующей системы государственного контроля внутринациональных инвестиций в стратегические объекты и активы в сфере недропользования, в том числе государственных инвестиций, осуществляемых через национальные компании;
- 5) исключение дублирования государственного согласования иностранных инвестиций, когда Правительство Республики Казахстан согласует одну и ту же сделку последовательно на заседаниях нескольких правительственных комиссий (нередко с одинаковым составом участников комиссий);
- 6) внедрение прозрачной для инвесторов процедуры принятия решений (по примеру США, Австралии, Канады и других стран, где деятельность соответствующих государственных регуляторов прозрачна, все решения, а также законопроекты официально публикуются и обсуждаются, любые запросы инвесторов обрабатываются и комментируются, ведется реальный учет мнений)³⁶.

Мы полагаем также, что использование опыта зарубежных стран может быть достаточно эффективным для целей установления прозрачного и предсказуемого режима инвестиций, может способствовать оптимизации процесса принятия решений в отношении иностранных инвестиций.

³⁶ Например, см. публичные дискуссии на сайте: <http://www.regulations.gov/fdmspublic/component/main?main=DocketDetail&d=TREAS-DO-2008-0001>.

В связи с этим он выразил недоумение, почему на предприятиях, акционером которых является казахстанская сторона, в управленческом составе нет казахстанских специалистов. «Почему, мы же там акционеры? Почему позволительно такое отношение?» – спрашивает президент.

Kazakhstan Today. 26.01.10.

Правительство Республики Казахстан установило максимальные цены на ГСМ на февраль

Правительство Республики Казахстан установило предел для розничных цен на ГСМ на февраль, однако оставило свободными оптовые цены производителей нефтепродуктов, говорится в протоколе расширенного совещания рабочей группы по вопросу обеспечения внутреннего рынка нефтепродуктами и механизму ценообразования на ГСМ от 25 января 2010 г.

В частности, в протоколе указывается, что «совещание решило... установить розничную цену на февраль 2010 г. на: бензины марок Аи 92/93 < 82 тенге/литр, бензин марки Аи-80 < 62 тенге/литр, дизельное топливо (межсезонное) < 67 тенге/литр» (\$1 = 147,95 тенге).

В то же время в протоколе совещания отмечается, что принято решение «оптовую цену производителям нефтепродуктов не регулировать».

Также указывается, что «на зимнее дизельное топливо цена не устанавливается», так как зимнее топливо используется «ограниченным количеством регионов Республики Казахстан» и «ограниченным количеством единиц автотранспорта ввиду его высокой цены». Разница в цене составляет порядка 20 и более тенге.

Gazeta.kz. 02.02.10.

Мажилисмены Казахстана обсудили поправки в законодательство, усиливающие госконтроль в сфере оборота нефти

На заседании Комитета по международным делам, обороне и безопасности Мажилиса Парламента Республики Казахстан обсуждался проект закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления государственного контроля в сфере оборота нефти и нефтепродуктов».

«Законопроект разработан в целях борьбы с хищениями нефти, осуществляемыми путем несанкционированных врезок в магистральные нефтепроводы», – сказал депутат Валерий Котович, руководитель группы мажлисменов, разработавших законопроект.



Обоснованной с этой точки зрения представляется система предварительной проверки необходимости согласования сделок (preliminary clearance), используемая в Австралии, США и России. В частности, согласно законодательству России заявитель вправе направить в уполномоченный орган запрос о необходимости согласования сделки, и такой запрос должен быть рассмотрен уполномоченным органом по существу в течение тридцати дней³⁷. К сожалению, казахстанская практика идет по другому пути: в случае сомнения в необходимости согласования потенциальным инвесторам приходится обращаться с запросами в различные государственные органы, которые в свою очередь зачастую отсылают к нормам действующего законодательства без анализа сделки по существу. Таким образом, ос-

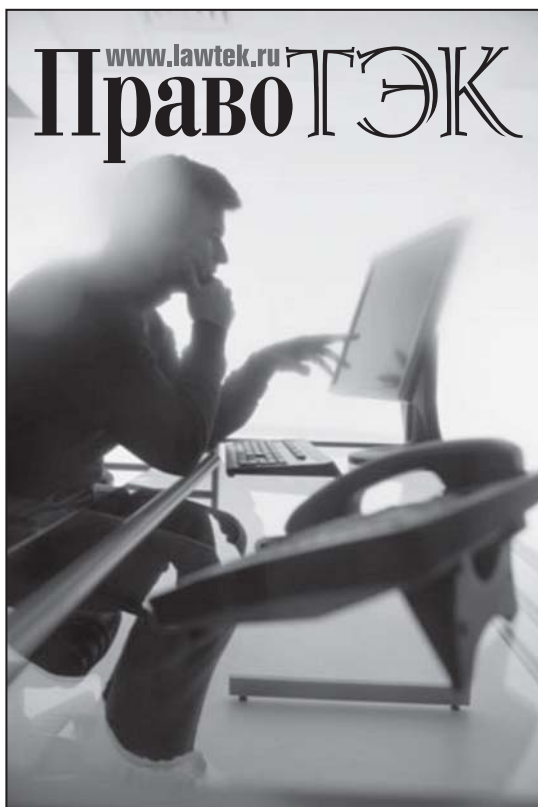
новываясь на неясных разъяснениях государственных органов, инвесторы вынуждены обращаться за согласованиями сделки, хотя получение таких согласований не всегда необходимо для конкретной сделки (что существенно увеличивает временные и материальные затраты инвесторов).

Необходимо также упомянуть о системе позитивного (договорного) обязывания, используемой в законодательстве России и Канады. В соответствии с указанной системой уполномоченные государственные органы согласовывают осуществление иностранных инвестиций при условии принятия инвестором на себя определенных обязательств³⁸. Система позитивного обязывания, несомненно, является положительным примером допуска иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики и может быть использована Казахстаном в целях транспарентного использования средств иностранных инвесторов на увеличение благосостояния страны.

Выражаем надежду, что корректировка законодательства с разработкой продуманных и понятных для инвесторов процедур позволит Казахстану получить конкурентные преимущества в условиях вызванной мировым финансовым кризисом борьбы за инвестиционные ресурсы. ❁❁❁

³⁷ Пункт 6 статьи 8 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в стратегические отрасли».

³⁸ Например, в России на потенциального инвестора специальным соглашением с уполномоченным органом могут быть возложены обязанности по формированию органов управления хозяйственного общества из определенного числа лиц, по сохранению численности работников в течение установленного срока, по переработке полезных ископаемых на территории Российской Федерации и прочее. В случае отказа инвестора принять на себя полностью или частично обязательства, уполномоченный орган принимает решение об отказе в согласовании сделки.



"PravoTЭК" – это независимый информационно-аналитический ресурс, специализирующийся на предоставлении и освещении актуальной информации о правовых процессах в области недропользования, экологии и энергетики России и других стран СНГ.

Это удобный рабочий инструмент для юристов, правоведа, аналитиков и бизнес-консультантов, чья профессиональная деятельность в большой степени связана с информационной составляющей.

Базовыми рубриками портала "PravoTЭК" являются:

Новости: отраслевые, правовые, судебные.

Анализ и комментарии: статьи, интервью, выступления.

Практика: судебная, налоговая, а также практика министерств и ведомств.

Законодательство: мониторинг, законопроекты, нормативные и правовые акты.

Календарь: выставки, конференции, семинары, круглые столы.

Досье: назначения, персоналии, проекты, события.

Подпишитесь на **бесплатную новостную ленту** и Вы будете всегда в курсе самых важных событий отрасли!

www.lawtek.ru - www.lawtek.ru - www.lawtek.ru



Вестник ТЭК: правовые вопросы

Бюллетень оперативной правовой информации в области недропользования, экологии и энергетики

Выходит с 2004 года
Периодичность –
20 выпусков в год

«Вестник ТЭК: правовые вопросы» – информационный бюллетень для тех, кому необходимо оперативно отслеживать последние изменения законодательства в области недропользования, нефтегазовой отрасли, электроэнергетики, охраны окружающей среды в России, других странах СНГ и за рубежом.

В бюллетене представлены правовые и судебные новости, отставки и назначения, арбитражная и налоговая практика, анализ и комментарии специалистов, обзор наиболее интересных материалов из прессы.

Вся эта информация подкреплена мониторингом нормативных правовых актов, принятых за текущий период, и анализом законопроектов, принятие которых может в той или иной мере повлиять на работу топливно-энергетического комплекса.

В каждом номере публикуется информация о прошедших событиях и календарь мероприятий, представляющих интерес для юриста, аудитора и бухгалтера.

Адрес в интернете:

<http://vestnik.oilgaslaw.ru/vpv/>

Индекс по каталогу «Газеты. Журналы» агентства Роспечать **84350**

Индекс по объединенному каталогу «Пресса России» **83593**

Подпишитесь на электронную версию и вы будете иметь более оперативный доступ к бюллетеню!



События Нефтяная отрасль

В. Котович отметил, что предлагаемые поправки в законодательство разработаны по поручению руководства НДП «Нур Отан». По его словам, несмотря на усиление охраны нефтепроводов нефтедобывающими компаниями, ситуация с хищением нефти продолжает ухудшаться. Законопроект направлен на устранение пробелов в действующем законодательстве, позволяющих лицам, занимающимся хищением нефти путем несанкционированных врезок в нефтепроводы, уклоняться от уголовной ответственности.

После обсуждения комитет принял решение поддержать законопроект.

«Казинформ». 16.02.10.

РД «КазМунайГаз» объявила результаты аудита запасов нефти по состоянию на 31 декабря 2009 г.

АО «Разведка Добыча «КазМунайГаз» объявило результаты аудита запасов нефти по состоянию на 31 декабря 2009 г.

По сообщению пресс-службы компании, согласно отчету независимой компании Gaffney, Cline & Associates (GCA) общие запасы нефти по категории «доказанные плюс вероятные» (2P) составили 234 415 тыс. тонн (1 725 млн баррелей) без учета долей РД КМГ в компаниях «Казгермунай» и ССЕЛ («Каражанбасмунай»). Коэффициент восполнения запасов составил 25 %, рассчитанный как отношение прироста запасов 2,2 млн тонн (16 млн баррелей) к добыче за год примерно 9 млн тонн (66 млн баррелей). Коэффициент восполнения запасов за последние три года составил 212 %, т.е. прирост запасов составил 59 млн тонн (436 млн баррелей), в то время как добыча составила 28 млн тонн (206 млн баррелей). Кратность запасов по состоянию на конец 2009 г. составила 26 лет.

Запасы по категории «доказанные» (1P) составили 87 874 тыс. тонн (646 млн баррелей), а по категории «доказанные плюс вероятные плюс возможные» (3P) запасы составили 270 468 тыс. тонн (1 989 млн баррелей).

Пресс-служба АО «РД «КазМунайГаз».
11.03.10.

Президент Республики Казахстан поручил министерству нефти и газа проработать вопрос о введении госсобственности на попутный газ

Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев поручил вновь созданному министерству нефти и газа проработать вопрос о введении государственной собственности на попутный газ.