

Правовое положение инвесторов в Республике Казахстан: последние изменения

М.Х. Криничанская, руководитель практики по Казахстану Юридической Фирмы «Вегас-Лекс»

В последние годы исследователи выделяли Казахстан среди прочих республик СНГ как «рай для иностранных инвесторов». Сочетание политической стабильности с «режимом наибольшего благоприятствования», который правительство создавало для иностранных компаний, позволяло добиться здесь высоких темпов экономического роста. Быстро растущая экономика, в свою очередь, служила дальнейшему укреплению политической стабильности и росту инвестиционной привлекательности.

Однако в 2003 году в инвестиционном законодательстве Республики Казахстан (далее – РК) произошли существенные изменения в связи с принятием Закона «Об инвестициях» от 8 января 2003 года (далее – Закон 2003 года) и отменой ранее действовавших законов РК «Об иностранных инвестициях» от 27 декабря 1994 года и «О государственной поддержке прямых инвестиций» от 28 февраля 1997 года. Корректировке подверглось и законодательство о недропользовании, причем не самым благоприятным для инвесторов образом. В то же время, права иностранных инвесторов защищены международными соглашениями по вопросам инвестиционной деятельности, ратифицированными Казахстаном, которые в силу своего статуса имеют преваляющую силу над национальным законодательством, и которые могут стать эффективным инструментом защиты прав иностранных инвесторов. В данной статье мы попытались показать, каким образом права иностранных инвесторов в условиях нового инвестиционного законодательства Казахстана могут быть защищены посредством инструментов международного публичного права.

Инвесторы и инвестиции

Ранее действовавший Закон РК «Об иностранных инвестициях» от 1994 года (далее – Закон 1994 года) предоставлял иностранным инвесторам существенные льготы и преимущества по сравнению с национальными инвесторами. В Законе существовала «легендарная» статья 6, гарантировавшая стабильность законодательного регулирования при реализации долгосрочных инвестиционных проектов в недропользовании, что было продиктовано объективными экономическими причинами – на тот момент не суще-

ствовало уверенности в способности молодого суверенного государства проводить последовательную экономическую политику. Эти гарантии действительно создавали режим наибольшего благоприятствования для иностранных инвестиций – не будет особым преувеличением сказать, что именно благодаря этой «шестой статье» многие инвесторы и появились в Казахстане.

Главное новшество, содержащееся в Законе 2003 года, – это введение равных условий для инвестиционной деятельности для казахстанских и иностранных предпринимателей. Существенные изменения претерпели основные дефиниции инвестиционного законодательства. Так, «инвесторами» теперь являются юридические и физические лица, осуществляющие инвестиции в Республике Казахстан (без разграничения понятий «иностранцы» и «национальные»). Значительно уже, в сравнении с ранее действовавшим инвестиционным законодательством, трактует Закон 2003 года и понятие «инвестиции», относя к ним все виды имущества (кроме товаров, предназначенных для личного потребления), включая предметы финансового лизинга, а также права на это имущество, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или в увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности.

Однако применительно к иностранным инвестициям по-прежнему действует ряд международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан, в которых понятие «инвестиции» охватывает более широкий круг правоотношений. Например, в Казахстанско-Российском Соглашении от 6 июля 1998 года «О поощрении и взаимной защите инвестиций» термин «инвестиции» охватывает все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемых инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с ее законодательством, в частности: движимое и недвижимое имущество, имущественные права; денежные средства, акции, вклады; право требования по денежным средствам, исключительные права на объекты интеллектуальной собственности; права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора.

Другой пример – это Договор к Энергетической хартии¹, который к «инвестициям» относит все виды активов, находящиеся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором, а также, наряду с другими правами, «любое право, предоставленное в соответствии с законом Договаривающегося государства или по контракту или в силу любых лицензий и разрешений, выданных согласно закону, осуществлять любую хозяйственную деятельность в Энергетическом Секторе».

Гарантии инвестиционной деятельности

Ранее действовавший Закон 1994 года предоставлял иностранным инвесторам существенные гарантии, которые в целом и формировали режим наибольшего благоприятствования. Важную роль играла гарантия от изменения законодательства, согласно которой в случае изменения законодательства или условий международных договоров инвестиционный режим, действовавший на момент осуществления инвестиций, мог применяться к иностранным инвестициям еще в течение 10 лет, а по долгосрочным контрактам (или лицензиям), заключенным с уполномоченным государственным органом – до окончания срока действия контракта (либо лицензии).

Иностранцам инвесторам предоставлялись также определенные таможенные льготы. В частности, оборудование и комплектующие к нему, которые ввозились в РК в качестве вклада в уставный капитал предприятия с иностранным участием, освобождались от уплаты таможенной пошлины. Личное имущество иностранного персонала иностранных предприятий, филиалов и представительств также освобождалось от уплаты таможенных пошлин.

В Законе 2003 года сохранились определенные гарантии для инвесторов. К примеру, гарантия от национализации и реквизиции декларирует, что принудительное изъятие имущества инвестора для государственных нужд допускается в исключительных случаях; при национализации инвестору Республикой возмещаются в полном объеме причиненные убытки, а в случае реквизиции инвестору выплачивается рыночная стоимость имущества. Однако, в отличие от Закона 1994 года, Закон 2003 года не называет оснований, при которых допускаются национализация и реквизиция, отсылая к иным нормативным актам, которые также содержат лишь общие формулировки.

Тем не менее, к иностранным инвестициям применимы международные договоры, которые содержат определенные гарантии прав иностранных инвесторов и более четко формулируют понятия «национализация» и «экспроприация». В этой связи можно назвать такие международные договоры, как Вашингтонская Конвенция 1965 года «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами других государств»; Нью-Йоркская Конвенция 1958 года «О признании и приведении

Премьер-министр Казахстана Даниал Ахметов принял руководителей крупных энергетических компаний из Кыргызстана, Таджикистана и Узбекистана.

В ходе встречи были обсуждены вопросы дальнейшего развития электроэнергетической отрасли в регионе. В частности, речь шла о необходимости координации деятельности между странами Центральной

Азии в целях обеспечения позитивной динамики в развитии электроэнергетики и возможности экспорта электроэнергии в страны ближнего и дальнего зарубежья.

Мы заинтересованы в стабильном развитии данного сектора в соседних государствах. И на сегодня Казахстан располагает финансовыми ресурсами для его инвестирования, отметил премьер-министр страны. Даниал Ахметов поручил ОАО «КЕГОК» изучить состояние энергетической отрасли соседних республик и выработать возможные варианты по организации совместной работы.

Пресс-служба премьер-министра Казахстана, 10.06.2005.

Суды и споры

Суд Астаны наложил арест на 50%-ную долю PetroKazakhstan в СП «Тургай-Петролеум»

Суд Астаны наложил арест на 50%-ную долю PetroKazakhstan в СП «Тургай-Петролеум» по ходатайству СП, сообщил региональный директор по Казахстану компании «ЛУКОЙЛ Оверсиз» Борис Зильберманц.

«Дочка» «ЛУКОЙЛ Оверсиз» и PetroKazakhstan владеют на паритетных началах СП «Тургай-Петролеум».

Ведомости, 18.04.2005.

S&P: Решение суда и претензии регулирующих органов не оказывают влияния на рейтинг «Петро-Казахстана»

Standard & Poor's заявило, что новости о решении суда и претензии регулирующих органов не оказывают влияния на рейтинг и прогноз «ПетроКазахстана» (Petrokazakhstan Inc.; PKZ, В+/Позитивный). Рейтинг остается неизменным, так как арест 50% акций «Тургай Петролеум», принадлежащих PKZ, казахстанским судом и претензии регулирующих органов пока имеют лишь весьма ограниченное воздействие на бизнес и финансовое положение компании.

«Тургай Петролеум» — совместное предприятие PKZ и «ЛУКОЙЛа» (ВВ/Стабильный), на долю которого приходится 24% нефтедобычи PKZ в 2004 г. Standard & Poor's полагает, что конфликт по поводу «Тургай» отражает риск ведения бизнеса в Казахстане, где системы налогообложения, регулирования и корпоративного управления находятся в стадии формирования. Страновой риск уже учтен в рейтинге PKZ.

¹ Договор к Энергетической Хартии, подписан в Лиссабоне 17 декабря 1994 года.



в исполнение иностранных арбитражных решений»; Договор к Энергетической Хартии; Соглашение «О поощрении и взаимной защите инвестиций» от 6 июля 1998, заключенное между Российской Федерацией и Республикой Казахстан; Конвенция «О защите прав инвестора» от 28 марта 1997 года, участниками которой являются Российская Федерация, Республика Казахстан и другие государства СНГ.

Во всех названных международных соглашениях говорится о том, что инвестиции не подлежат национализации, экспроприации или мерам, имеющим аналогичные последствия, за исключением случаев, когда национализация или реквизиция осуществляются в государственных или общественных интересах, либо при возникновении чрезвычайных обстоятельств (стихийные бедствия, аварии, эпидемии и подобные обстоятельства), при этом такие меры не должны быть дискриминационными по отношению к иностранным инвестициям.

Расторжение инвестиционных контрактов

Закон 2003 года содержит положение, согласно которому инвестиционные контракты могут быть расторгнуты в одностороннем порядке уполномоченным государственным органом по истечении трех месяцев с момента письменного уведомления инвестора в следующих случаях:

- ! при выявлении искажений или сокрытия сведений, представленных заявителем (инвестором) и повлиявших на решение о предоставлении инвестиционных преференций;
- ! при невыполнении инвестором (казахстанским юридическим лицом) своих обязательств по контракту;
- ! при выявлении искажений в отчетности, представленной заявителем уполномоченному органу.

Однако легитимность данного положения представляется сомнительной, поскольку все вышеперечисленные обстоятельства подлежат доказыванию, а, соответственно, контракт в этих случаях может быть расторгнут по требованию уполномоченного органа только в судебном порядке.

Судебная защита прав инвесторов

Закон 2003 года резко ограничил понятие инвестиционного спора. Если ранее оно включало «любой спор между иностранным инвестором и Республикой Казахстан..., возникший в связи с иностранными инвестициями», то теперь закон относит к инвестиционным лишь споры, вытекающие из договорных обязательств между инвестором и государственными органами в связи с инвестиционной деятельнос-

тью инвестора. Это означает, что все внедоговорные споры в понятие инвестиционного спора не входят. Закон 2003 года допускает рассмотрение инвестиционных споров в международном арбитраже только в силу международных договоров Республики Казахстан, либо в соответствии с ранее заключенным арбитражным соглашением. Впрочем, дефиниция «споры, не относящиеся к инвестиционным» в законе отсутствует, а значит, можно предположить, что к таковым относятся все остальные споры инвесторов. В соответствии со статьей 9 Закона 2003 года все не инвестиционные споры подлежат рассмотрению в соответствии с законодательством РК, т.е. судами Казахстана (в т.ч. третейскими)², либо в международном арбитраже или суде (учитывая правила ГК РК3 о международном частном праве). По нашему мнению, это означает, что иностранные инвесторы вправе передавать любой (инвестиционный и не инвестиционный) спор на рассмотрение в международный арбитраж, поскольку это право является общепризнанным в гражданском законодательстве Республики Казахстан.

Кроме того, возможность обращения в международный арбитраж предусматривают многие международные соглашения, заключенные с участием Казахстана. Например, статья 10 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Республикой Казахстан «О поощрении и взаимной защите инвестиций» от 6 июля 1998 года, говорит о том, что в случае возникновения спора, который не был решен путем переговоров в течение шести месяцев, может быть передан на рассмотрение в:

- ! Компетентный суд или арбитраж Договаривающейся стороны, на территории которой инвестиции осуществлены;
- ! Международный арбитражный суд одной из Торговых палат при согласии обеих сторон спора;
- ! Арбитражный суд ad hoc в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

В этой связи можно упомянуть Договор к Энергетической Хартии, согласно которому каждое государство-участник Договора, дает безусловное согласие на передачу инвестиционных споров в международные арбитражные органы.

Изменения в законодательстве Республики Казахстан о недропользовании

Изменения, внесенные в конце прошлого года в Закон РК «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г. (далее – Закон о недрах), также затрагивают положение инвесторов в Казахстане. Основная новация здесь – предоставление государству приоритетного права на выкуп права недропользования и/или доли участия в проектах по добыче полезных ископаемых, в том числе углеводородного сырья. Так, согласно новой редакции статьи 71 упомянутого закона:

² Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 дек. 1994 г., п.1 ст. 9.

³ Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 года, глава 61.



«...для сохранения и укрепления ресурсно-экономической 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».

Таким образом, данное правило распространяется как на действующие, так и на будущие контракты на недропользование.

Указанные поправки, разумеется, вызвали бурную дискуссию в казахстанских юридических кругах; стали слышны разговоры о возможном пересмотре ранее заключенных контрактов.

Наделение государства приоритетным правом покупки, по нашему мнению, можно рассматривать как возможность принудительного обращения имущества, находящегося в частной собственности граждан и юридических лиц, в государственную собственность, что, по сути, является национализацией. Обосновывая данную точку зрения, обратимся к ГК РК4, согласно которому право преимущественной покупки является имущественным правом, соответственно, одностороннее решение государства по лишению собственника указанного права без его согласия является ничем иным, как экспроприацией или национализацией. При реализации государством своего приоритетного права непосредственно затрагивается право преимущественной покупки, которое предоставлено законодательством другим участникам консорциума или юридического лица. Государство становится потенциальным участником любого проекта: каждый раз при продаже доли (права) необходимо будет его уведомлять о планируемой сделке, чтобы получить от властей разрешение или отказ.

С позиции международных соглашений, ратифицированных Казахстаном, права государства, предусмотренные ст. 71 Закона о недрах, могут быть рассмотрены международным арбитражем как экспроприация или действия, приравненные к экспроприации.

Итак, инвестиционное законодательство Казахстана претерпело в последнее время значительные изменения – и многие из них направлены на сокращение или даже отмену привилегий, предоставлявшихся ранее иностранным инвесторам. Это, однако, не означает, что инвесторы больше не могут рассчитывать на защиту своих прав. Во многих случаях, для разрешения правовых коллизий, не урегулированных либо недостаточно четко сформулированных в национальном законодательстве Казахстана, в качестве инструментов защиты прав иностранных инвесторов могут быть использованы международные договоры. ❧

⁴ Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 дек. 1994 г., ст. 115.

СОБЫТИЯ Суды и споры

Устойчивое финансовое положение PKZ и заметный успех компании в восполнении своей ресурсной базы в 2004 г. могут послужить причиной для повышения рейтинга, если конфликт по поводу «Тургая» будет урегулирован без существенного ущерба для финансового положения и бизнеса PKZ, а также если риски, связанные с бизнес-средой Казахстана и его регионов, для PKZ не будут заметно увеличиваться. По состоянию на конец 2004 г. совокупная задолженность PKZ с учетом лизинга составила 243 млн долл., а запас денежных средств — 199 млн долл. В худшем случае, если PKZ потеряет доступ к денежным потокам «Тургая», прогноз рейтинга может быть изменен на «Стабильный». Standard & Poor's будет внимательно следить за развитием событий.

Standard and Poor's, 18.04.2005.

Уголовное дело в отношении PetroKazakhstan по фактам сжигания попутного газа в факелах передано в ДКНБ

Уголовное дело в отношении АО «PetroKazakhstan Kumkol Resources» по фактам сжигания попутного газа в факелах на месторождениях Кумколь, Южный Кумколь, Арыскум, Кызылкия, Майбулак передано для расследования в департамент Комитета национальной безопасности (ДКНБ) по Кызылординской области и Байконуру. Об этом сообщил прокурор природоохранной прокуратуры Кызылординской области Хамит Тарбаков.

Как пояснил прокурор, согласно поправкам, внесенным в Закон РК «О нефти», с 1 января 2005 г. запрещено сжигать попутный газ в факелах. Между тем, результаты проверки, проведенной Кызылординской природоохранной прокуратурой показали что, эти требования игнорируют в АО «PetroKazakhstan Kumkol Resources».

По информации Х. Тарбакова, факты сжигания газа в факелах отмечены на месторождениях Кумколь, Южный Кумколь, Арыскум, Кызылкия, Майбулак. Попутный газ сжигается также в цехе подготовки и перекачки нефти и цехе утилизации газа. По сведениям прокурора, «только за январь и февраль 2005 года объем сожженного газа превысил 13 млрд. кубометров». «В этом нарушении правил выбросов в атмосферу загрязняющих веществ есть все признаки преступления, предусмотренного частью 1 статьи 282 УК РК (загрязнение атмосферы)», — считает Х. Тарбаков.

По его словам, в ходе проверки был также установлен целый ряд нарушений при разработке нефтяных месторождений, принадлежащих канадской компании. В частности, фонд добывающих скважин меньше проектных, обводненность продукции в два раза больше проектных нормативов. «То есть нарушены п.5 ст.63 Закона РК «О недрах и недропользовании», пункты 151, 185, 206 части 2 «Единых правил охраны недр при разработке месторождений полезных ископаемых в Республике Казахстан», — пояснил прокурор.

По этим нарушениям Кызылординской природоохранной прокуратурой возбуждены 5 административных производств в отношении АО «PetroKazakhstan Kumkol Resources» по статье 275 КоАП РК и направлены для рассмотрения в региональную инспекцию геологии и недропользования, которая вынесла постановление о наложении штрафа на общую сумму 563180 тенге.

Kazakhstan today, 22.04.2005.