

# Последствия введения нового приоритетного права для инвесторов в сфере недропользования

**Томас К. О'Брайен**, управляющий партнер «Кудерт Бразерс» (Алматы)  
**В.С. Мокроусов**, юрист «Кудерт Бразерс» (Алматы)

С подписанием Президентом Казахстана в декабре 2004 г. изменений в Закон «О недрах и недропользовании» (далее — Закон о недрах) претерпели коренные изменения и правовые рамки, регулирующие права недропользования. До внесения указанных изменений инвесторы осуществляли свою деятельность, исходя из предположения, что в случае принятия ими решения о продаже своего права недропользования или доли участия в юридическом лице, владеющем правом недропользования (далее — Право недропользования), они либо могли сделать это беспрепятственно, либо другие участники проекта по недропользованию могли воспользоваться своими контрактными или законодательно закрепленными приоритетными правами по приобретению такого Права недропользования.

Однако в настоящее время Республика Казахстан (далее — Республика) имеет новое установленное законодательством приоритетное право на приобретение отчуждаемого Права недропользования на условиях не хуже тех, которые предложены другими покупателями (далее — Приоритетное право). Поправка, внесенная в ст. 71 Закона о недрах (далее — Поправка), гласит: «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».

Не является секретом тот факт, что принятие Поправки было ускорено желанием Республики заявить о наличии приоритетного права на долю участия компании «Бритиш Газ» в Северо-Каспийском проекте.

В настоящее время возникает следующий вопрос: а не будет ли каждый случай передачи Права недропользования истолкован как затрагиваю-

щий приоритетное право Республики? Поправка сформулировано в несколько размытом и общем виде, что может быть истолковано как возможность широкого применения Приоритетного права. Наш анализ Поправки однако позволяет нам прийти к выводу, что Приоритетное право не дает возможность Республике приобрести любое Право недропользования, подлежащее передаче.

По нашему мнению, термины «отчуждение» и «покупатель» имеют основное значение в определении применимости Приоритетного права к предполагаемой передаче.

## Отчуждение в сравнении с универсальным правопреемством или реорганизацией

Гражданским Кодексом предусмотрено, что имущественные права могут передаваться посредством отчуждения, универсального правопреемства или другими способами (ст. 115 и 116). Казахское законодательство ясно разграничивает случаи передачи доли путем ее отчуждения и передачи посредством универсального правопреемства. Поскольку Поправка явно применима к сделкам «отчуждения», Приоритетное право не должно применяться к случаям передачи другим законным способом, то есть посредством универсального правопреемства. Такое заключение подтверждается также ст. 14 Закона о недрах, прямо указывающей, что для передачи «права недропользования ... в случае универсального правопреемства» согласия компетентного органа не требуется.

Согласно казахскому законодательству, универсальное правопреемство имеет место в отношении юридических лиц в случае реорганизации. Термин «реорганизация» широко определяется как включающий в себя «слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование» (ст. 45 Гражданского кодекса). Сделки, подпадающие под любую из вышеуказанных категорий, не являются «приобретениями», предусмотренными Поправкой, и находятся вне сферы действия Приоритетного права.



## Сделки продажи в сравнении со сделками без продаж

Приоритетное право применяется к любой сделке по продаже Права недропользования (продажа в данном случае понимается широко, как сделка, направленная на передачу Права недропользования за вознаграждение). Однако передача Права недропользования без совершения продажи не должна приводить к возможности использования Приоритетного права. Приоритетное право относится к сделкам по «приобретению» «отчуждаемых» прав недропользования и долей участия. Термины «приобретение» и «отчуждение» включают случаи передачи имущественных прав от одного лица другому — в обмен на встречное удовлетворение или без такового, — охватывая, таким образом, широкий круг сделок. Однако вследствие использования в Поправке формулировки «на условиях, не хуже тех, которые предложены другими покупателями», его применение должно быть ограничено сделками передачи Права недропользования покупателям-третьим лицам в обмен на определенное встречное удовлетворение.

## Обратная сила

Общая норма об отсутствии обратной силы установлена ст. 37.1 Закона «О нормативных правовых актах». В ней указано следующее: «действие нормативного правового акта не распространяется на отношения, возникшие до его введения в действие». Конечно, законы могут иметь обратную силу. Исключение из правила об отсутствии обратной силы можно обнаружить как в Законе «О нормативных правовых актах», так и в Гражданском кодексе. В ст. 37.2 Закона «О нормативных правовых актах» приведено разъяснение данного исключения: «Исключения из правила пункта 1 настоящей статьи [правила об отсутствии обратной силы. — Авт.] представляют случаи, когда обратная сила нормативного правового акта или его части предусмотрена им самим или актом о введении в действие нормативного правового акта, а также когда последний устраняет или смягчает ответственность за правонарушение, предусмотренную ранее».

Для того чтобы новый закон имел обратную силу, в таком законе должно быть прямо указано, что он имеет обратную силу. Поправка, несмотря на ее нетипичную формулировку, отвечает данному требованию, указывая что Приоритетное право применимо как к «вновь заключаемым», так и «ранее заключенным контрактам на недропользование».

## Стабилизация согласно законодательству о недрах и нефти

Вне зависимости от правил обратной силы, согласно казахстанскому законодательству, в некоторых сферах законодательства и в отдельных договорах предусматриваются права по стабилизации правового режима. Для преодоления силы существующих прав по контрактам на недропользование Приоритетное право должно затрагивать такие сферы, как обороноспособность, национальная безопасность, экологическая безопасность или здравоохранение. В ст. 71 Закона о недрах указано следующее: «Недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством. Изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение недропользователя, не применяются к контрактам, заключенным до внесения данных изменений и дополнений. Гарантии, установленные настоящей статьей, не распространяются на изменения законодательства Республики Казахстан в области обеспечения обороноспособности, национальной безопасности, в сфере экологической безопасности и здравоохранения».

Подобное положение содержится также в ст. 57 Закона о нефти.

Хотя в Поправке не содержится прямых ссылок на исключения из стабилизационного режима, такие, как вопросы национальной безопасности, в ней отмечено, что она применяется «для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны». Такая преамбула может означать возможность выдвигания дальнейших оправданий, которые будут использованы для того, чтобы обойти гарантии стабилизации правового режима.

Однако самого по себе довода в отношении обороноспособности или национальной безопасности может оказаться недостаточно. Имеются возможные аргументы против применения вышеизложенной второй части ст. 71 к отдельной сделке. Могут быть также использованы аргументы в отношении нарушения прав согласно международным инвестиционным и прочим договорам.

## Стабилизация согласно законодательству в сфере иностранных инвестиций

Закон «Об иностранных инвестициях» 1994 г. предусматривал стабилизацию в отношении изменений в законодательстве, тогда как его преемник — Закон «Об инвестициях» 2003 г. — менее великодушен и гарантирует лишь «стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изме-

нения в договоры вносятся по соглашению сторон» (ст. 4.3). Данное положение просто устанавливает гарантии в отношении контрактных условий безотносительно изменений в законодательстве. Однако можно также толковать данное положение как означающее, что любое изменение в законодательстве, оказывающее негативное воздействие на контрактные положения, не имеет силы.

Законом «Об инвестициях» 2003 г. предусмотрено, однако, что стабилизация не сохраняется в случае определенных изменений в законодательстве, например, изменений, вносимых в законодательство в области охраны здоровья и труда. Можно утверждать, что если закон предусматривает, что определенные изменения в законодательстве не защищены положениями о стабилизации, в таком случае другие изменения в законодательстве могут быть ими защищены, т.е. Закон «Об инвестициях» 2003 г. может косвенно предоставлять защиту инвесторам в отношении негативных изменений в других законах.

## Заключение

Рассмотренная нами сфера законодательства развивается весьма динамично. Как отмечалось выше, неясность Поправки вызывает риск того, что Республика будет иметь полномочия по широкому применению Приоритетного права. Мы полагаем, что Приоритетное право могло снизить ценность существующих проектов по недропользованию и может привести к сокращению притока инвестиций в Казахстан. Например, потенциальные покупатели Права недропользования будут проявлять нерешительность при осуществлении значительных затрат на проведение прединвестиционного анализа по проекту, если в дополнение к преимущественным правам других участников, Республика имеет право вмешаться и приобрести данную долю после осуществления потенциальным покупателем затрат не только на проведение прединвестиционного анализа, но и на определении рыночной цены такой доли. Отдельные инвесторы могут, тем не менее, находить средства правовой защиты в законодательстве на основании принципов отсутствия обратной силы и стабилизации правового режима, и имеется широкий круг сделок (передача без совершения продажи, реорганизация и универсальное правопреемство), в отношении которых Республика не будет иметь законодательно закрепленных полномочий по применению Приоритетного права. Определенные инвесторы могут воспользоваться защитой, предоставляемой международными соглашениями. ❧

## Министерство энергетики и минеральных ресурсов Казахстана установило недропользователю шестимесячный срок для устранения недостатков на месторождениях Тенгиз и Королевское

В министерстве энергетики и минеральных ресурсов (МЭМР) РК состоялось очередное заседание Центральной комиссии по разработке нефтяных и газовых месторождений Казахстана (ЦКР), на котором было рассмотрено состояние месторождений Тенгиз и Королевское, разрабатываемых ТОО СП «Тенгизшевройл» (ТШО) и месторождения Кумколь, разрабатываемого совместно АО «PetroKazakhstan Kumkol Resources» и ЗАО «Тургай Петролеум».

По материалам, представленным недропользователем, ЦКР отметила существенные нарушения правил разработки нефтяных месторождений Тенгиз и Королевское. В этой связи ЦКР приняла решение, в котором установила жесткие требования по устранению выявленных недостатков и определила шестимесячный срок повторного рассмотрения состояния разработки месторождений.

ЦКР отметила также, что поручения комиссии неоднократно не выполнялись АО «PetroKazakhstan Kumkol Resources» и ЗАО «Тургай Петролеум». В связи с этим, ЦКР была вынуждена принять решение об ограничении добычи нефти и газа на месторождении Кумколь в соответствии с установленным Комитетом геологии и недропользования МЭМР уровнем, исключаяющим сжигание попутного газа в факелах.

*Kazakhstan today, 21.04.2005.*

## Правительство Казахстана внесло в парламент законопроект об изменениях системы налогообложения недропользователей

Правительство внесло в парламент законопроект, предусматривающий внесение изменений в систему налогообложения недропользователей. Об этом сегодня, 16 мая, в ходе правительственного часа на тему «Налоговая политика: итоги и перспективы» сообщил министр экономики и бюджетного планирования РК Кайрат Келимбетов.

«Касательно налогообложения недропользователей хотел бы сказать, что по сравнению с прошлыми годами, наше законодательство было ужесточено. Но мы понимаем, что в ходе обсуждения тех или иных нефтяных контрактов по-прежнему возникают различные вопросы, которые свидетельствуют, что по каким-то моментам налогообложение должно быть более гибким», — пояснил К. Келимбетов.

По его словам, «именно с этой гибкой системой и связаны нынешние изменения в налоговый кодекс».

*Kazakhstan today, 16.05.2005.*

## Президент Казахстана подписал закон о СРП при проведении нефтяных операций на море

Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев подписал закон «О Соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море», сообщает *Kazakhstan today* со ссылкой на пресс-службу президента страны.