

Новое законодательство в отношении стратегических месторождений и трубопроводов в Казахстане*

Дж. Хайнс¹, партнер международной юридической фирмы Dewey & LeBoeuf

А. Шынгысов, партнер международной юридической фирмы Dewey & LeBoeuf

К. Нургазиева, старший юрист международной юридической фирмы Dewey & LeBoeuf

Авторы посвящают настоящую статью памяти покойного профессора Ю.Г. Басина, 85 лет со дня рождения которого отмечается в этом году. Юрий Григорьевич стоял у истоков гражданского права Республики Казахстан и активно выступал в поддержку прав инвесторов в их взаимоотношениях с государством по широкому кругу вопросов гражданского права.

В Казахстане были введены две новые существенные меры по ужесточению инвестиционного режима в стремительно развивающемся секторе разведки и добычи углеводородов.

В Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» (далее — Закон о недрах) были внесены изменения, предоставляющие государству право расторжения контрактов в одностороннем порядке при определенных обстоятельствах, а также в случае если требования государства о пересмотре контрактов не выполняются в отношении «месторождений, имеющих стратегическое значение».

Дополнительно был введен новый режим специального контроля над определенными «стратегическими объектами», в том числе нефте- и газопроводами.

Введение

В конце 2007 г. Казахстан взял новый агрессивный курс, желая установить более жесткий контроль над стремительно развивающимся сектором освоения углеводородных ресурсов страны и получить большую долю прибыли в данном секторе. В рамках реализации этого курса был внесен ряд поправок в Закон о недрах.

Согласно новым поправкам государство получает право в одностороннем порядке организовать повторные переговоры или инициировать внесение новых условий в СРП или иной контракт на недропользование в отношении какого-либо «месторождения, имеющего стратегическое значение» (под страхом расторжения контракта за несоблюдение подрядчиком законодательства), в случае если государство считает, что подрядчик осуществил какие-либо действия, которые привели к существенному изменению экономических интересов Республики Казахстан по такому контракту². В Законе о внесении изменений в Закон о недрах прямо предусмотрено, что данные поправки рас-

* Copyright © Dewey & LeBoeuf LLP. Май 2008 г. Некоторые права защищены. Настоящий материал или его части могут быть использованы в любой форме при условии четкого упоминания источника.

¹ Партнер Джонатан Хайнс работает в московском офисе международной юридической фирмы Dewey & LeBoeuf, а партнер Асет Шынгысов и старший юрист Клара Нургазиева работают в алматинском офисе указанной фирмы. Юристы-стажеры Асель Насимолдина и Айнура Каипова, а также помощник юриста Оксана Сатпаева, работающие в алматинском офисе, оказали значительное содействие в подготовке настоящей статьи.

² Имеется в виду Закон Республики Казахстан № 2-IV, подписанный Президентом Республики Казахстан 24 октября 2007 г., «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании», вступивший в силу (с момента официального опубликования) в начале ноября 2007 г.

В связи с этим мы в настоящей статье ссылаемся также на основополагающий Закон Республики Казахстан от 27 января 1996 г. № 2828 «О недрах и недропользовании» с дальнейшими изменениями и дополнениями (**Закон о недрах**), а также на Закон Республики Казахстан от 28 января 1995 г. № 2350 «О нефти» с дальнейшими изменениями и дополнениями (**Закон о нефти**), который тоже имеет непосредственное отношение к рассматриваемому вопросу.

пространяются как на ранее заключенные контракты, так и на контракты, которые будут заключены в будущем. (Отметим также возможность применения поправок к «стратегически важным» месторождениям твердых минералов, поскольку деятельность в горно-добывающей промышленности также регулируется Законом о недрах.) (см. ниже раздел 1).

Такое жесткое правовое мероприятие в целом рассматривается как направленное (в качестве Дамоклова меча) в основном на консорциум по Северо-Каспийскому СРП (месторождение Кашаган), о задержках в освоении которого и перерасходе средств заявляло Правительство Казахстана, используя это в качестве основания для внесения фундаментальных изменений в контрактные условия (включая, возможно, долю прибыли и (или) долю участия) и проведения других мероприятий, что в свое время получило высокий общественно-политический резонанс. (В настоящий момент этот спор, вероятнее всего, близок к разрешению.)

Данная ситуация напоминает события, имевшие место четыре года назад, когда государство путем внесения изменений в Закон о недрах, предоставивших государству приоритетное право покупки, оказало давление на консорциум по Северному Каспию (и в особенности на компанию «Бритиш Газ», на тот момент продававшую свою долю участия) в отношении продажи доли участия в пользу АО «Национальная нефтяная компания «КазМунайГаз» (КМГ), а не в пользу остальных участников проекта или в пользу третьих лиц согласно условиям соответствующих соглашений.

В Закон о недрах были внесены изменения, предоставляющие государству право расторжения контрактов в одностороннем порядке при определенных обстоятельствах, а также в случае если требования государства о пересмотре контрактов не выполняются в отношении «месторождений, имеющих стратегическое значение».

национальной безопасности), введенные в действие в августе прошлого года⁴ (см. ниже раздел 2), которые наделяют государство полномочием определять какой-либо магистральный нефте-

Аналогично ситуации, сложившейся в 2004 г., члены консорциума (и участники других уже существующих проектов, находящихся в подобной ситуации) смогут, скорее всего, найти основания для арбитражного разбирательства в рамках контракта, равно как и использовать меры защиты стабильности, обеспечиваемые казахстанским законодательством, и гарантии защиты против экспроприации в рамках международных соглашений, в случае если государство попытается применить свой недавно обретший юридическую силу меч, а инвесторы решат воспротивиться этому³.

В дополнение к указанным последним изменениям необходимо отметить менее заметные, но не менее важные поправки (в ГК РК и Закон о нацио-

национальной безопасности), введенные в действие в августе прошлого года⁴ (см. ниже раздел 2), которые наделяют государство полномочием определять какой-либо магистральный нефте- или газопровод (среди других объектов инфраструктуры) в качестве стратегического объекта и, таким образом, применять основные ограничения по передаче инвесторами долей участия в таких объектах, которые подобны ограничениям, применимым к передаче доли участия в нефтегазовых проектах в рамках действующего законодательства. Следует также принять во внимание проект Транспортного кодекса и проект закона о магистральных трубопроводах, каждый из которых в отдельности или оба вместе, когда будут введены в действие, возможно, окажут значительное влияние на правовой режим в данной сфере.

В начале 2007 г. имели место также другие заметные «технические» поправки (в том числе наиболее значимые в области охраны окружающей среды и технического регулирования), внесенные в Закон о недрах и Закон о нефти (см. ниже раздел 3).

В целом шаги Казахстана по пути усиления мер контроля над тем, что рассматривается как стратегически важные активы, связанные с углеводородными ресурсами, в которых иностранные компании владеют или могут владеть долевым участием, можно сравнить с многолетним стремлением России закрепить в законодательном порядке определенные меры контроля, которые будут введены в скором времени, в отношении иност-

³ Подобная ситуация наблюдалась в конце 2005 г., когда были приняты дополнительные поправки в Закон о недрах, расширившие область применения приоритетного права государства в целях более прямого распространения закона на осуществляемое на тот момент приобретение компании PetroKazakhstan компанией CNPC. В результате компания CNPC достигла соглашения с КМГ в отношении приобретения последней миноритарного пакета акций в компании PetroKazakhstan.

⁴ Имеется в виду Закон Республики Казахстан от 7 августа 2007 г. № 321-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые правовые акты по вопросам защиты интересов государства в экономической сфере» (Закон о стратегических объектах).

В связи с этим мы также ссылаемся на основной Закон Республики Казахстан от 26 июня 1998 г. № 233-1 «О национальной безопасности Республики Казахстан» с дальнейшими изменениями и дополнениями (далее – Закон о национальной безопасности), а также Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. с дальнейшими изменениями и дополнениями (далее – ГК РК).

ранных инвестиций в месторождения природных ресурсов «федерального значения», а также в отношении других «стратегически важных отраслей». Однако имеются два существенных отличия: (1) Казахстан оперативно ввел в действие свои меры, в то время как России потребовалось несколько лет для введения таковых, и (2) подход Казахстана — по крайней мере на официальном уровне — более жесткий, нежели метод, введение которого предстоит в России и в рамках которого участие иностранных инвесторов ограничивается определенной долей в процентах (без утверждения государственными органами). Для Казахстана предпочтительнее иметь в руках инструмент-«терминатор», в то время как для России удобнее опираться на иные рычаги давления. Возможно, это различие частично объяснимо тем, что в России имеется ряд крупных отечественных энергетических компаний с достаточным опытом, прочным положением и хорошим денежным капиталом, с чьей помощью становится возможным проведение торгов по консолидации ее активов на условиях, более приближенных к рыночным, например, недавнее вхождение «Газпрома» в проект компании «Шелл» — «Сахалин-2» и проект компании «Бритиш Петролеум» — «Ковыкта». (Следует отметить, что участие иностранных компаний в управлении казахстанскими углеводородными запасами (как нефти, так и газа), по оценкам, сегодня составляет почти 75 %. Данные показатели в России гораздо ниже.)

В то же время некоторые чиновники утверждают, что «Казахстан — это не Венесуэла и не Боливия, и мы не ищем открытой конфронтации с «нефтяными инвесторами» (см. вестник «Новости КМГ» от 3 ноября 2007 г.). Однако хотелось бы отметить, что Казахстан привлек ту же международную юридическую команду, которая оказывала консультационные услуги Венесуэле в ее недавних правовых баталиях с различными международными нефтяными компаниями в отношении экспроприации. Местные эксперты высказывают предположение, что новый инструмент для прекращения действия или расторжения контрактов по стратегически важным месторождениям является действительно настолько мощным, что существует малая вероятность того, что он вообще будет когда-либо применен — им будут пользоваться больше в качестве эффективного средства нажима. По словам одного из обозревате-

лей, «кровь не прольется». По нашим сведениям, в течение полугода с момента введения новых мер такой «крови» пролито не было.

Далее мы вкратце рассмотрим указанные изменения, внесенные в законодательство Казахстана⁵.

1. Внесенные в конце 2007 г. изменения в Закон о недрах — повторные переговоры или ва-банк?

Эта новая мера представляет собой весьма внушительное дополнение к имеющемуся в распоряжении государства арсеналу средств одностороннего прекращения действия контрактов в рамках Закона о недрах, который можно использовать против инвесторов, вкладывающих средства в проекты разведки и добычи нефти и газа.

Среди этих средств уже имеются обычные положения (в статьях 45 и 45-2 Закона о недрах), разрешающие прекращение действия контракта по инициативе компетентного органа в одном из следую-

щих возможных случаев (включая признание контракта недействительным): отказ, невыполнение «в течение достаточного срока» либо невозможность устранить нарушения контракта, которые ранее привели

к приостановлению прав; существенное невыполнение или нарушение контракта или программы работ (в некоторых случаях, вероятно, даже без возможности устранения таких нарушений); нарушение правил применения приоритетного права государства по статье 71 Закона о недрах и, возможно, даже просто в силу «недобросовестности подрядчика», по мнению Министерства энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан (далее — МЭМР) (см. пункты 3–7 статьи 7-1 Закона о нефти). На самом деле до сегодняшнего дня такие средства часто не применялись, особенно в отношении иностранных инвесторов.

⁵ Следует также обратить внимание на инициативу Министерства экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан, о которой сообщалось недавно, по проведению реформы в правовом режиме (и соответствующих положениях Налогового кодекса Республики Казахстан) в отношении новых проектов разведки и добычи — отказ от СРП и переход к упрощенной модели концессий. Причины этого в основном заключаются в существовании определенного мнения о том, что до сегодняшнего дня схемы платежей и договоренностей в рамках СРП были слишком усложненными, непрозрачными и не приносящими таких налоговых выгод Казахстану, какие могли бы быть, и могут привести к тому, что инвесторы искусственно увеличат затраты для их последующего возмещения и т.д. Данная инициатива требует пристального изучения.

А. Основные элементы. Содержание измененного закона (путем дополнений, внесенных недавно в статью 45-2 Закона о недрах) и очевидные результаты его воздействия вкратце можно изложить следующим образом.

Общее правило определяется (в новой версии пункта 1 статьи 45-2 Закона о недрах) следующим образом:

«В случае, если действия недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр (месторождений), имеющих стратегическое значение, приводят к существенному изменению экономических интересов Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности, компетентный орган (т.е. МЭМР — как сторона, подписывающая контракты от имени государства) вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контрактов с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан».

Это жесткое положение (краткий анализ которого приводится ниже) сопровождается следующими новыми «процедурными» правилами, работающими по принципу «закручивания гаек», которые добавлены в пункт 2 статьи 45-2 и позволяют МЭМР по собственной инициативе в одностороннем порядке расторгнуть контракт в случае, если:

- в срок до двух месяцев со дня получения уведомления от МЭМР о необходимости внесения изменений и (или) дополнений в условия контракта для восстановления экономических интересов Казахстана недропользователь письменно не представит своего согласия на ведение таких переговоров (либо откажется от их ведения);
- в срок до четырех месяцев с даты получения согласия недропользователя на ведение переговоров по изменению и (или) дополнению условий контракта недропользователь и МЭМР не достигли соглашения по изменению и (или) дополнению условий контракта для восстановления экономических интересов Казахстана;
- в срок до шести месяцев с даты достижения согласованного решения по восстановлению экономических интересов Казахстана сторо-

ны не подпишут изменения и (или) дополнения в условия контракта.

(Иными словами, получается, что согласно данному положению у недропользователя в распоряжении имеется *максимум* один год начиная с даты первого уведомления от МЭМР о необходимости внесения изменений для того, чтобы подписать соглашение с МЭМР о внесении изменений либо столкнуться с возможным расторжением контракта. Отметим также наличие нового альтернативного положения в отношении одностороннего отказа от исполнения контракта, которое рассматривается ниже.)

Для усиления действия нововведенного средства используется также не менее важная статья 45-3 Закона о недрах, согласно которой государство может в качестве возможного варианта дать распоряжение МЭМР об одностороннем расторжении («отказе от исполнения») контракта на недропользование при условии уведомления за два месяца, в случае если действия подрядчика, осуществляющего операции недропользования на месторождении, имеющем стратегическое значение, рассматриваются как приводящие к существенному изменению экономических интересов Казахстана и, как следствие, создающие угрозу национальной безопасности (как представлено выше).

В качестве завершающего удара статья 2 Закона о внесении изменений в Закон о недрах прямо предусматривает, что он «распространяется и на ранее заключенные контракты на проведение добычи или совмещенной разведки и добычи».

В Законе о внесении изменений в Закон о недрах отсутствует четко выраженное положение в отношении компенсации какого-либо рода в случае такого прекращения действия контракта со стороны государства. (Это — одно из критических замечаний в отношении Закона о внесении изменений в Закон о недрах, которые были указаны в письме, направленном в адрес Президента Республики Казахстан ассоциацией «Казахстан петролеум» и другими ведущими группами иностранных инвесторов в октябре 2007 г., в котором настоятельно, но, увы, безрезультатно инвесторы обращались с просьбой к Президенту о наложении вето на законопроект.)

Имеются также некоторые вкрапления «внутреннего административного характера» в статье 7 и 8 Закона о недрах, наделяющие государство полномочием в отношении утверждения перечня месторождений, имеющих стратегическое значение⁶, а также наделяющие МЭМР полномочием и обя-

⁶ По состоянию на середину мая 2008 г., даты окончательной редакции настоящей статьи, такой перечень еще не был опубликован. Однако, по нашим сведениям, имеется проект такого перечня (подготовленный МЭМР), включающий крупные нефтяные месторождения Республики, и в скором времени он должен быть утвержден Правительством Казахстана.

занностью в отношении обеспечения одностороннего отказа от исполнения контракта (наряду с исполнением и расторжением таких контрактов) в соответствии с законодательством.

Б. Некоторые важные аспекты. В настоящее время на начальном этапе после принятия изменений не может быть никакой уверенности в том, каким образом будут осуществляться толкование и применение новой меры, — можно говорить лишь о некоторых предостережениях, основанных на предыдущих знаниях, предположениях и вопросах, которые мы рассмотрим ниже.

Первоначальный момент, вызывающий опасение: создается впечатление, что государство попытается применить новое положение статьи 45-3 Закона о недрах (в противоречие ее духу, но, скорее всего, согласно ее букве) для того, чтобы дать возможность государству и МЭМР в одностороннем порядке расторгнуть контракт на основании претензии согласно новому существенному изменению в статье 45-2 об угрозе национальной безопасности, не взирая на требование статьи 45-2 о сроке до одного года на проведение переговоров и достижение договоренности (не говоря уже о судебном производстве, требуемом для «нормального» прекращения действия контракта).

- В официальной пояснительной записке к проекту закона о внесении изменений в Закон о недрах для Парламента Республики Казахстан действительно разъясняется, что изменения в пункт 1 статьи 45-3 были внесены с определенной целью — обойти общее требование ГК РК об обращении в суд за вынесением решения до того, как может быть применена статья 45-2 Закона о недрах о расторжении действия контракта: «[пункт 1 статьи 45-3] позволит достичь аналогичного результата, о котором идет речь в статье 45-2... и не потребует от компетентного органа обращения в суд или арбитраж».
- Соответствующие положения ГК РК в целом поддерживают общий подход государства в отношении расторжения контракта в одностороннем порядке — статьей 401 ГК РК предусмотрено, что для прекращения действия договора в одностороннем порядке (в отношении существенного нарушения или иных

оснований в рамках закона или договора) требуется обращение в суд и вынесение судом соответствующего решения. Однако в статье 404 ГК РК (и в комментариях признанных авторитетов в области права) предусмотрено, что отказ от исполнения договора (как особого случая, влекущего за собой прекращение действия договора) может иметь место *без решения суда* в определенных случаях (большинство случаев, указанных в пункте 2 статьи 404, не имеет отношения к рассматриваемому вопросу), включая случаи, предусмотренные «иными законодательными актами». Новое положение статьи 45-3 Закона о недрах будет еще одним таким случаем, предусмотренным законодательным актом⁷.

- Представляется более логичным и наиболее вероятным, что указанное положение пункта 1 статьи 45-3 об одностороннем отказе было задумано для применения только после истечения всех процедурных сроков, предусмотренных в нововведенном пункте 2 статьи 45-2, а не просто по прихоти государства без какой-либо малейшей попытки предварительного проведения переговоров или достижения договоренности. Однозначно была некоторая (хоть и неудачная) попытка соответствующего редактирования текста статьи и приведения его в соответствие до принятия закона. Остается надеяться, что по крайней мере со временем такая небольшая разъяснительная корректировка будет сделана.

Основное опасение вызывает тот факт, что в данном случае Казахстан принял для себя особый односторонний механизм «невозможности ис-

Новый инструмент для прекращения действия или расторжения контрактов по стратегически важным месторождениям является действительно настолько мощным, что существует малая вероятность того, что он вообще будет когда-либо применен — им будут пользоваться больше в качестве эффективного средства нажима.

⁷ Общее применение норм ГК РК к контрактам на недропользование подтверждается пунктом 3 статьи 4 Закона о недрах.

Что касается требования об уведомлении в срок до двух месяцев согласно пункту 2 статьи 45-3 Закона о недрах в отношении отказа государства от исполнения, то оно на самом деле более либеральное, чем минимально допустимый срок в один месяц, установленный пунктом 4 статьи 404 ГК РК.

Что касается обоснованности применения с обратной силой новых статей 45-2 и 45-3 Закона о недрах, касающихся прекращения действия или расторжения ранее заключенных контрактов в одностороннем порядке, обратите внимание, что пункт 2 статьи 383 ГК РК прямо разрешает применение закона, утвержденного позднее, к ранее заключенным контрактам, только если (как и рассматриваемый нами случай) в таком законе прямо предусмотрено такое применение с обратной силой. Однако существует определенная вероятность того, что попытка применения закона с обратной силой может быть оспорена с помощью контраргументов в ходе арбитражного разбирательства, как отмечается в других разделах настоящей статьи.

полнения контракта» для возможного применения (или по крайней мере для использования в качестве устрашения) в любое время, когда инвестор или подрядчик осуществляет действия (или воздерживается от действий) в порядке, который, по его мнению, соответствует справедливому толкованию контракта, хотя государство настаивает на обратном.

- Иными словами, положение не содержит никаких заверений в отношении того, что оно может быть использовано или будет использовано только в случае явного нарушения контракта (или закона), которое влечет за собой определенные существенные изменения или последствия для национальной безопасности. Казалось бы, у государства уже имелись достаточные рычаги как в рамках законодательства, так и в каждом отдельном контракте для требования и осуществления прекращения действия контракта в случае такого нарушения и невозможности его устранения⁸. (Некоторые представители Правительства Казахстана в своих высказываниях, цитировавшихся в местной прессе, этот основной момент никоим образом не затрагивали или попросту игнорировали.)
- В связи с этим интересно то, что в ГК РК не предусмотрено общее положение (в отличие от Гражданского кодекса Российской Федерации), разрешающее любой стороне контракта обращаться в суд для изменения или прекращения действия контракта в случае подтвержденного «существенного изменения обстоятельств». Мы полагаем, что разработчики ГК РК отказались от такого положения в силу того, что данным положением можно легко злоупотребить.

В Законе о внесении изменений в Закон о недрах не установлены критерии (например, подтвержденные запасы, этап освоения, географическое расположение и так далее) для определения государством месторождений, «имеющих стратегическое значение». Как отмечалось выше, государство, очевидно, утвердит указанный

перечень месторождений в ближайшее время. Здравый смысл диктует (а заявления чиновников, сделанные на сегодняшний момент, подтверждают), что по крайней мере месторождения по Северо-Каспийскому СРП, а также некоторые крупные месторождения, на которых уже ведется добыча углеводородов, как, например, месторождения ТОО «Тенгизшевройл» (и, возможно, другие месторождения, разрабатываемые другими ведущими предприятиями или местными добывающими компаниями), должны быть включены в такой перечень, равно как и некоторые основные золоторудные и урановые месторождения, а также месторождения других твердых полезных ископаемых.

Прямое распространение новых правил на ранее заключенные контракты может противоречить условиям таких контрактов и положениям законодательства Казахстана о гарантии стабильности контрактов.

В настоящее время на начальном этапе после принятия изменений не может быть никакой уверенности в том, каким образом будут осуществляться толкование и применение новой меры.

В случае, если новый закон применяется в отношении иностранного инвестора, имеющего действующий контракт, это может явиться

основанием для иска в отношении экспроприации в рамках одного или нескольких двусторонних соглашений или Договора Энергетической хартии. (Отсутствие какого-либо положения о компенсации в новом законе не будет в значительной степени препятствовать такому иску по другим доступным общепризнанным основаниям.)

Следует также подчеркнуть еще раз, что при определенных обстоятельствах МЭМР наделено правом (другими словами, свободой выбора) в отношении расторжения (одностороннего отказа) от контракта. Такое право не является автоматическим (самореализующимся) даже по окончании переговоров. Так, в случаях, где государство действительно делает выбор в пользу прекращения действия или расторжения ранее заключенных или будущих контрактов, содержащих условия, призывающее государство применить по возможности свои полномочия, с тем чтобы защитить инвесторов от неблагоприятного воздействия претерпевающего изменения законодательства, инвестор будет иметь еще одно основание, вытекающее из самого контракта, для оспаривания.

Наконец, обратите внимание на связь между указанным Законом о внесении изменений в Закон о недрах и положениями Закона о национальной

⁸ Новые правила по мониторингу и контролю за исполнением условий контрактов на недропользование, принятые постановлением Правительства Республики Казахстан от 1 октября 2007 г. № 863-1, предоставляют МЭМР более детализированные полномочия в отношении надзора и осуществления контролирующих функций и устанавливают для недропользователей новые требования к отчетности.

безопасности с внесенными в него за последние годы изменениями. В пункте 10 статьи 5 Закона о национальной безопасности в качестве определенного вида «угрозы национальной безопасности» указывается «нанесение ущерба экономической безопасности государства, включая использование стратегических ресурсов». Обратите также внимание на пункт 3 статьи 18 указанного закона, касающийся значения исполнения контрактов по использованию стратегически важных ресурсов для национальной безопасности и контроля государства за исполнением таких контрактов. (Указанная информация приведена в качестве дополнения к вопросу о связи между Законом о национальной безопасности и новыми ограничениями в отношении магистральных трубопроводов как стратегических объектов, который рассматривается ниже в следующем разделе.)

2. Магистральные трубопроводы как «стратегические объекты»: ограничения в отношении передачи

А. Основные элементы. Соответствующими новыми поправками в ГК РК и Закон о национальной безопасности, введенными в действие в августе 2007 г., были внесены следующие изменения.

Во-первых, вводится понятие «стратегический объект» (в пункте 1 новой статьи 193-1 ГК РК) и определяется как «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 Республики Казахстан».

Во-вторых, виды имущества, соответствующие критериям определения стратегического объекта, указаны в пункте 2 статьи 193-1 ГК РК и включают магистральные нефте- и газопроводы среди прочих видов (таких, как международные морские порты и аэропорты, магистральные авто- и железнодорожные сети, национальная электрическая сеть и магистральные линии связи, объекты использования атомной энергии, а также другие объекты инфраструктуры, имеющие важное значение как объекты естественной монополии или аналогичные объекты государственного значения). (В категорию стратегического объекта также входят пакеты акций (доли участия, паи) в юридических лицах, в собственности которых находятся стратегические объекты, а также... юридических лиц, которые имеют возможность прямо или косвенно определять решения или оказывать влияние на юридические лица, в собственности которых находятся стратегические объекты.)

В-третьих, новое положение ГК РК подтверждает, что стратегические объекты могут находиться в государственной или частной собственности в соответствии с законодательными актами (которые не противоречат действующему закону, см. ниже). Однако вводится ряд следующих ограничений по передаче такого имущества (пунктами 3–5 новой статьи 193-1 ГК РК):

- обременение стратегических объектов либо их отчуждение возможно на основании решения государства о выдаче разрешения (согласно недавно опубликованному новому своду правил)⁹;
- в случае нахождения стратегического объекта в частной собственности и намерения его собственника продать данный объект государство обладает приоритетным правом покупки стратегического объекта по его рыночной стоимости, которая определяется в соответствии с законодательством об оценочной деятельности (согласно еще одному недавно опубликованному своду правил)¹⁰;
- любая сделка по обременению или отчуждению стратегических объектов, осуществленная без обязательного решения государства о выдаче разрешения и (или) отказа от приоритетного права покупки в зависимости от конкретного случая, считается недействительной.

Для реализации вышеуказанных положений был внесен ряд технических изменений в ГК РК и Закон о национальной безопасности, а также соответствующие дополнения в полномочия государства в рамках Закона о национальной безопасности по формированию перечня стратегических объектов, находящихся в государственной или частной собственности (перечень которых имеется на данный момент в форме неопубликован-

⁹ См. правила обременения стратегических объектов правами третьих лиц и их отчуждения, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 4 апреля 2008 г. № 320.

¹⁰ См. правила использования приоритетного права покупки стратегического объекта, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 апреля 2008 г. № 312.

В Законе Республики Казахстан от 30 ноября 2000 г. № 109-III «Об оценочной деятельности» с последующими изменениями и дополнениями дается достаточно разумное определение рыночной стоимости (как наиболее вероятной цены, которая в основном определяется в рамках обычных условий конкуренции без доминирующего положения какой-либо из сторон сделки). Однако этот же закон далее предусматривает (в статье 7), что в случаях, предусмотренных законодательством, оценка активов должна устанавливаться на основании решения суда или акта государственного органа; и в таких случаях суд или государственный орган (в зависимости от конкретного случая) выбирает оценщика по своему усмотрению. С учетом редакции пункта 4 статьи 193-1 (последний параграф) ГК РК, определяющей, что Правительство Казахстана должно выработать порядок использования приоритетного права, Правительство может попытаться навязать оценку ниже рыночной в отношении покупки стратегических объектов.

ного проекта), по организации комиссии по стратегическим объектам и по принятию решений в отношении предлагаемого обременения или отчуждения стратегических объектов, находящихся в частной собственности, на основании рекомендаций комиссии — см. подпункты 3-1, 3-2 и 3-3 статьи 11 Закона о национальной безопасности¹¹.

Указанный новый режим не следует путать с аналогичным по названию (и в какой-то степени пересекающимся) режимом, который уже действует согласно Закону Республики Казахстан от 4 ноября 2003 г. № 490-II «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение», а также перечнем объектов отраслей экономики, имеющих стратегическое значение, в отношении которых осуществляется государственный мониторинг собственности, утвержденный постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 июля 2004 г. № 810. Данный режим в настоящий момент претерпевает изменения (частично в целях учета в этом режиме новых поправок в ГК РК и Закон о национальной безопасности в отношении стратегических объектов). Необходимо иметь в виду, что, хотя указанные режимы отличаются друг от друга, они в то же время частично взаимосвязаны.

Важность указанных новых процедур для стратегических объектов в отношении магистральных трубопроводов (а также морских портов и некоторых крупных нефтегазовых месторождений) станет ощутимой со временем в процессе их применения. На данный момент мы можем отметить следующее.

Вопрос права частной собственности в отношении магистральных нефте- и газопроводов, а так-

же обязательной роли государства (в лице КМГ и его аффилированных лиц) сложен, находится в стадии развития и имеет огромное значение для инвесторов в некоторых крупных проектах по разведке и добыче нефти и газа, которым требуются собственные новые экспортные маршруты. В настоящей статье мы только вкратце рассматриваем различные аспекты этого вопроса:

- в первую очередь возникает вопрос о том, какие существующие и будущие трубопроводы нужно рассматривать как магистральные по сравнению с коллекторными, межпромышленными или соединительными трубопроводами;
- действующее законодательство (статья 42 Закона о нефти) прямо предусматривает возможность нахождения магистральных трубопроводов в частной собственности и их управление собственником. Это также подтверждается на практике (с учетом существования некоторых действующих трубопроводов, находящихся в частной собственности, а также общепринятого толкования). И в разрабатываемом проекте закона о магистральных трубопроводах этот принцип сохранится¹²;
- КМГ и ее аффилированные лица (от имени государства): (i) имеют в прямой собственности и (или) осуществляют прямой контроль над действующими государственными системами магистральных трубопроводов и дополнительными объектами инфраструктуры, но не имеют такого контроля (по крайней мере законодательно) над новыми или действующими магистральными трубопроводами, получающими финансирование из частных источников или находящимися в частной собственности, а также над экспортными или другими трубопроводами; (ii) исполняют роль оператора или управленческую роль в отношении экспорта всего объема нефти и газа до России и (или) через ее территорию по всем трубопроводным маршрутам за исключением КТК (чья роль в качестве монополиста в настоящее время по закону не распространяется на магистральные и экспортные трубопроводы, за исключением трубопроводов на Россию)¹³; и (iii) имеют спорное обязательное *право на участие* в рамках действующего законодательства во всех отечественных и международных проектах транспортировки углеводородов, а также в рамках имеющегося на сегодняшний день проекта закона о магистральных трубопроводах (ст. 7.2) приоритетное право в размере не менее 50 % доли

¹¹ Правительство Казахстана фактически организовало комиссию по стратегическим объектам согласно постановлению от 23 ноября 2007 г. № 1125 (правила деятельности комиссии прилагаются к постановлению). Имеется информация о том, что указанная комиссия (под руководством Министерства экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан в качестве «рабочего органа») провела первое совещание в начале апреля 2008 г., на котором был рассмотрен проект ожидаемого первоначального перечня стратегических объектов.

¹² Проект закона о магистральных трубопроводах разрабатывался в течение нескольких лет под руководством группы КМГ. Имеется обновленный проект от октября 2007 г., который в скором времени должен быть рассмотрен в Парламенте Республики Казахстан. Параллельно с ним проект Транспортного кодекса в качестве общего генерального документа уже подан на рассмотрение в Парламент, и проведение первых слушаний по нему ожидается летом 2008 г. Оба законопроекта, и в особенности законопроект о магистральных трубопроводах, если он будет принят в существующей редакции, окажут существенное влияние на правовой режим в целом. В силу ограниченности объема настоящей статьи мы не будем подробно рассматривать этот вопрос в данной публикации.

¹³ Обратите внимание на развивающуюся фактическую ситуацию в отношении того, что новым действующим магистральным трубопроводом владеют государственные компании Китая и Казахстана по схеме 50х50, а также на то, что владение частью нового газопровода Туркменистан — Китай, пролегающего по территории Казахстана, будет осуществляться по такой же схеме.

участия во всех «вновь создаваемых» магистральных трубопроводах¹⁴;

- новый режим в отношении стратегических объектов в рамках ГК РК и Закона о национальной безопасности не заменит собой ничего из вышеуказанного, но вводит новый важный уровень ограничений в отношении обременения, отчуждения и (или) приоритетного права по мере того, как государство стремится ужесточить общее руководство и контроль над этим чрезвычайно важным сектором.

Существуют правила равного доступа и фиксированных тарифов, привязанные к определению магистрального трубопровода, установленные Законом Республики Казахстан «О естественных монополиях», а также иными нормативными правовыми актами в рамках указанного закона. Имеются также определенные общепризнанные исключения, которые могут применяться к отдельным новым магистральным трубопроводам. Как проект закона о магистральных трубопроводах, так и проект Транспортного кодекса послужат основой для дальнейшего развития и укрепления общего правила, а также для возможных исключений из него.

Разрешительная процедура по отчуждению и (или) обременению (а также процедура отказа от приоритетного права государства) в отношении стратегических объектов в конечном итоге может быть подобна тем, которые определены и применяются в настоящее время в рамках статьи 53 Закона о нефти и статьи 71 Закона о недрах в отношении передачи прямого или косвенного участия, а также отказа от приоритетного права государства в проектах по разведке и добыче нефти и газа. Последние указанные процедуры администрируются через специальную межведомственную комиссию, рабочим органом которой является МЭПР.

- В то же время могут иметь место определенные различия в силу того, что новая процедура утверждения стратегических объектов или отказа от прав на них (причем оба вопроса будут рассматриваться недавно созданной комиссией по мере их возникновения после того, как будет утвержден перечень стратегических объектов) вытекает из Закона о национальной безопасности, а не из Закона о нефти или Закона о недрах, которые регу-

лируют деятельность в области разведки и добычи нефти и газа. В то время как МЭПР, скорее всего, будет играть ключевую роль и в недавно созданной комиссии по стратегическим объектам в части утверждения или отказа государства от своего права в отношении отчуждения доли участия в магистральных трубопроводах, другие министерства наверняка возьмут на себя ведущую роль в отношении остальных видов стратегических объектов (не входящих в энергетический сектор).

- Далее, определенные сложности могут возникнуть из толкования текста самого Закона о стратегических объектах ввиду отсутствия последующих законодательных поправок

Прямое распространение новых правил на ранее заключенные контракты может противоречить условиям таких контрактов и положениям законодательства Казахстана о гарантии стабильности контрактов.

и (или) авторитетного применения, что могло бы оказаться полезным, а именно: *во-первых*, в контексте

указанных стратегических объектов требования в отношении утверждения или отказа государства от своего приоритетного права могут толковаться как распространяющиеся на предлагаемое отчуждение акций практически в любой ситуации по всей корпоративной цепи за пределами Республики Казахстан, тогда как в контексте выдачи разрешения и (или) отказа государства от своего права в отношении проектов по разведке и добыче соответствующая аналогичная статья 71 Закона о недрах, хотя и далека от совершенства, но по крайней мере (в отношении приоритетного права государства, и обычно или фактически толкуемая как применяющаяся к общему праву на получение согласия в отношении осуществления передачи в рамках Закона о нефти и Закона о недрах) ограничивается применением только в отношении продажи акций в материнских компаниях, основная деятельность

¹⁴ Проект закона о магистральных трубопроводах (статьи 7.2–7.5) будет, по существу, дублировать недавно введенные в действие положения Закона о стратегических объектах в отношении государственного (либо назначенной национальной компании) приоритетного права покупки какого-либо прямого и (или) косвенного пакета акций в магистральных трубопроводах (и определяет это как условие, распространяющееся на «действующие» трубопроводы), государственное разрешение на осуществление отчуждения таких долей участия между другими сторонами, а признание отчуждения недействительным осуществляется без необходимости получения разрешения.

Помимо этого, проект закона о магистральных трубопроводах (статья 6) предусматривает, что «национальный оператор магистральных трубопроводов», назначаемый Правительством Казахстана (скорее всего, это будет КМГ или ее соответствующее аффилированное лицо), должен иметь приоритетное право для того, чтобы быть оператором всех магистральных трубопроводов, а также обязательное операторство в отношении всех находящихся в государственной собственности магистральных трубопроводов.

которых связана с осуществлением недропользования в Республике Казахстан. Требование в отношении стратегических объектов прямо не ограничено в сфере применения аналогичным образом. Во-вторых, приоритетное право государства в рамках Закона о недрах может осуществляться государством только «на условиях не хуже, чем условия, предложенные другими покупателями». Насколько мы знаем, уже имеется ряд примеров объективного осуществления этого права в указанном порядке. Приоритетное право государства в отношении стратегических объектов в рамках измененного ГК РК согласно редакции Закона о национальной безопасности привязано только к «законодательству об оценочной деятельности», как указано выше, в отношении которого, по нашему мнению, существует вероятность злоупотребления со стороны государства.

В отличие от Закона о внесении изменений в Закон о недрах (а также более ранних изменений в Закон о недрах в 2004 и 2005 гг., которые ввели, а затем и упрочили приоритетное право государства в отношении продажи доли участия в проектах разведки и добычи согласно статье 71) указанный Закон о стратегических объектах в рамках ГК РК не содержит прямо выраженного требования в отношении их применения с обратной силой. Таким образом, возникает весьма серьезный аргумент в пользу инвесторов, вложивших средства в магистральные трубопроводы, находящиеся полностью или частично в частной собственности, которые существовали до введения рассматриваемых изменений (например, КТК, врезка в КТК на участке Карачаганак — Атырау, трубопровод Кумколь — Арысқум — Майбулак (компания PetroKazakhstan), трубопровод Кенкияк — Атырау (CNPC-КТО), трансграничный трубопровод Атасу — Алашанқоу (CNODC-КТО), а также трубопровод Кенкияк — Кумколь (CNODC-КТО), строительство которого до конца еще не закончено), о том, что на них не будут распространяться указанные новые ограничения (см. пункт 2 статьи 383 ГК РК). Тем не менее есть вероятность продолжения дискуссий по этому вопросу как в отношении закона, так и в отношении практики его применения (см. вышеуказанное положение проекта закона о магистральных трубопроводах, в котором более прямо предусмотрено положение об обратной силе).

В случае, если новый закон применяется в отношении иностранного инвестора, имеющего действующий контракт, это может явиться основанием для иска в отношении экспроприации в рамках одного или нескольких двусторонних соглашений или Договора к Энергетической хартии.

3. Ранее принятые технические изменения: ужесточение условий в Законе о недрах и Законе о нефти в начале 2007 г.

В январе–феврале 2007 г. Казахстан посредством принятия трех законов о внесении изменений ввел ряд менее заметных, однако не менее важных изменений технического характера (включая изменения по вопросам охраны окружающей среды) в Закон о недрах и Закон о нефти. Ниже мы предлагаем краткий перечень вопросов, без цитирования текста самих законов. В случае если кого-то заинтересует какой-либо из нижеуказанных вопросов, мы будем рады предоставить более подробный материал.

Основные правила передачи или продажи доли участия в рамках статьи 14 Закона о недрах претерпели определенные изменения в отношении сферы их применения к сделкам по продаже или отчуждению акций, которые в какой-то мере сами по себе не совсем ясны, — см. пункт 1 статьи 14. (Это относится к рассмотренной ранее процедуре выдачи разрешения или отказа государства от своего приоритетного права в отношении долей участия в проектах разведки и добычи, регулируемых в рамках статьи 14 Закона о недрах и статьи 53 Закона о нефти, а также статьи 71 Закона о недрах, в отношении которых мы располагаем определенными знаниями, но в данной статье останавливаться подробно на них не будем.) Было введено также правило о запрете передачи прав сроком на два года после вступления контракта на недропользование в силу (по крайней мере на уровне передачи права недропользования, а также применительно к пакетам акций компаний-недропользователей путем ссылки на пункт 1 статьи 14 Закона о недрах) при наличии определенных исключений, в том числе прямого исключения для КМГ и ее аффилированных лиц (см. новый пункт 10 статьи 14 Закона о недрах).

Роль и правила приостановления действия прав на недропользование (в отличие от прекращения) остаются (в определенной степени) не совсем ясными в силу исключения ранее имевшейся статьи 45-1 Закона о недрах и неопределенности, сохранившейся в пункте 2 статьи 45-2 и других статьях Закона о недрах.

Сфера осуществления приоритетного права государства на покупку нефти у подрядчиков стала те-

перь распространяться на подрядчиков, принадлежащих государству (включая КМГ), а требования в отношении стоимости такой покупки смягчились благодаря введению фразы «не должна превышать мировые цены». Имеется также корректировка в отношении согласования условий такой покупки (согласно новому требованию условия согласовываются в отдельном договоре, а не в самом контракте на недропользование). Оба изменения могут повлечь за собой возможность давления со стороны государства.

Согласно изменениям в статьях 7 и 8 Закона о недрах и в статье 31 Закона о нефти, а также на основании постановления Правительства Казахстана, принятого в мае 2007 г., МЭМР должно взять на себя основное руководство подготовкой и утверждением в период 2007–2008 гг. различных технических регламентов, а также нормативных актов в области охраны окружающей среды, определяющих широкий круг вопросов в отношении проведения операций с углеводородами, включая осуществление добычи на морских месторождениях, эксплуатацию скважин, трубопроводов, а также связанных с ними промышленных объектов и оборудования. По нашим данным, работа в этом направлении еще продолжается.

Согласно подпункту 3-1 пункта 2 новой статьи 41-5 Закона о недрах все казахстанские недропользователи (с незначительными исключениями, не касающимися иностранных инвесторов) должны до подписания контракта на недропользование присоединиться к так называемому Меморандуму о взаимопонимании от 5 октября 2005 г. (далее — МОВ о прозрачности) в отношении Инициативы прозрачности в деятельности добывающих отраслей в Республике Казахстан. Цель указанного документа — содействовать обеспечению прозрачности платежей, производимых недропользователями в пользу государства, в соответствии с глобальной Инициативой прозрачности в деятельности добывающих отраслей. (Существуют определенные утверждения, равно как и известные факты отсутствия прозрачности в отношении осуществления платежей и в отношении неправильного осуществления платежей в энергетическом секторе Казахстана.) Большинство компаний (или членов консорциумов), занимающихся добычей углеводородов в Казахстане, уже присоединились к указанному МОВ о прозрачности. Согласно пунктам 4 и 5 МОВ о прозрачности недропользователи должны предоставлять ежегодную отчетность по платежам, произведенным в пользу государства. Отчет должен подаваться каждый год к 1 мая в специально определенную аудиторскую фирму, которая выбирается группой сторон МОВ о прозрачности из числа «Большой четверки» аудиторских фирм.

В январе 2007 г. Казахстан принял всеобъемлющий новый Экологический кодекс, в котором предпринята попытка свести в один кодифицированный акт целый спектр норм и правил в области охраны окружающей среды, которые ранее были отражены в различных законах и иных нормативных правовых актах. Не удивительно, что ряд указанных в нем положений затрагивает нефтегазовые операции, что явилось причиной внесения изменений в Закон о недрах. Здесь следует обратить внимание на ряд соответствующих деталей в отношении нефтегазовой добывающей отрасли (включая, в частности, некоторые вопросы в отношении заповедной зоны в северной части Каспийского моря), однако объем настоящей статьи не позволяет более подробно рассмотреть этот вопрос.

Произошло ужесточение правил в отношении казахстанского содержания и трудовых ресурсов, которое в основном сводится к следующему: введено новое требование по сертификации (предписанное комитетом при Министерстве промышленности и торговли) в отношении «товаров казахстанского происхождения», расширена сфера применения требований в отношении казахстанского содержания, предъявляемых к субподрядчикам (пункт 1 статьи 63-2 Закона о недрах); введены новые требования по отчетности (подпункт 13 пункта 1 статьи 63 Закона о недрах); а также введено положение по уравниванию условий и заработной платы иностранной и местной рабочей силы, включая персонал субподрядчиков (подпункт 2-4 статьи 42 Закона о недрах — это требование, естественно, не будет вводиться в действие с обратной силой).

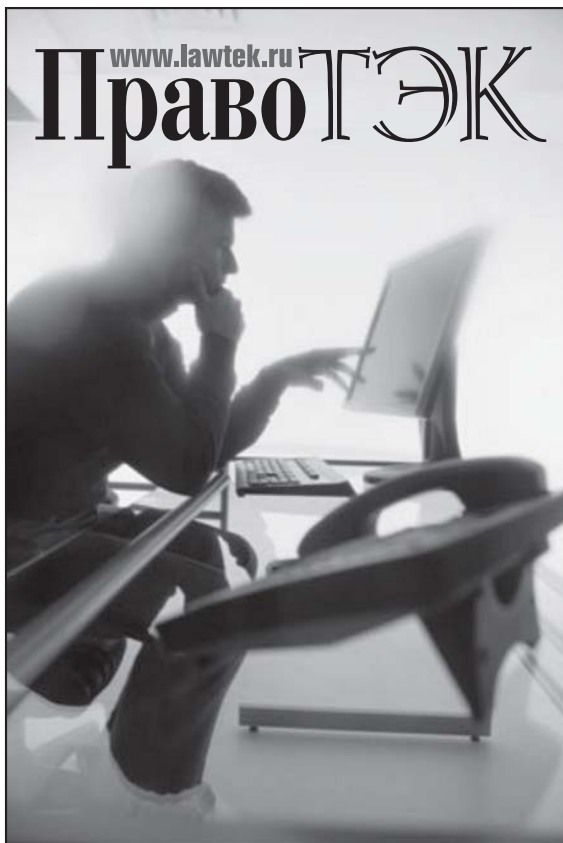
Правила и требования, применяемые к конкурсам в рамках Закона о недрах на получение прав и контракта на недропользование для проведения разведки, добычи и совмещенной разведки и добычи, теперь прописаны более детально и стали более строгими (см. статьи 41-1—41-7 Главы 4-1 Закона о недрах). Введенные дополнения в основном касаются новых требований в отношении прозрачности, предъявляемых к лицам, подающим заявки (включая требование о раскрытии информации в отношении косвенных акционеров или участников лица, подающего заявку, обязательство о присоединении к МОВ о прозрачности), а также ряд разъяснений в отношении используемых процедур. Напомним, что сохраняется важное исключение из общих конкурсных требований, распространяющееся на права и контракты, предоставленные национальной компании (КМГ и ее аффилированным лицам) на основе прямых переговоров, а также включающее иностранные компании, присоеди-

няющиеся к проекту в качестве «стратегического партнера» КМГ на базовых условиях, отраженных в Законе о нефти (с изменениями от 2004 г.), и применяемое в настоящее время в переговорах между КМГ и иностранными компаниями в отношении морских блоков¹⁵ в Каспийском море, выделенных для проведения работ по разведке и добыче. Есть еще одно важное исключение в отношении конкурсов, касающееся перевода права недропользования по контракту на проведение разведки в статус права недропользования в рамках контракта на осуществление добычи в случае коммерческого обнаружения, подтвержденного государством (ст. 13 Закона о недрах).

¹⁵ Имеются сведения, полученные в конце декабря 2007 г., о том, что МЭМР подписало новое СРП с КМГ (предположительно на упомянутой основе прямых переговоров) в отношении освоения «Месторождения N», охватывающее структуры «Нурсултан» и «Ракушечное море». В целом темп продвижения работы по переговорам в отношении новых СРП по морским месторождениям (особенно переговоров с участием иностранных инвесторов совместно с КМГ) значительно снизился в ожидании дополнительных разъяснений и усовершенствований в части ключевых аспектов налогового режима (в том числе основополагающего вопроса о намерении Казахстана изменить или заменить весь режим СРП, о чем говорилось выше).

* * *

В заключение отметим новую меру регулирования деятельности недропользователей в нефтегазовом секторе. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 8 апреля 2008 г. № 328 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 15 октября 2005 г. № 1036» Казахстан ввел пошлину на экспорт сырой нефти. Размер пошлины составляет 109,91 дол. США за тонну при мировой цене 714 дол. за тонну, которая сложилась по итогам первого квартала 2008 г. Постановлением предусматривается снижение ставки экспортной таможенной пошлины на сырую нефть на размер рентного налога. Таким образом, в отношении сырой нефти, экспортируемой по сумме рентного налога, устанавливается экспортная таможенная пошлина в размере 27,4 дол. США за тонну. Таможенной пошлиной не будет облагаться нефть, вывозимая недропользователями, контракты которых предусматривают стабильность налогового режима. Постановление вступило в силу 18 мая 2008 г. □



“ПравоТЭК” – 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 “ПравоТЭК” 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