



Посольство
Великобритании
Астана



М.К. Сулейменов
Е.Б. Осипов

Обзор законодательной базы для инвестиций в нефтегазовом секторе Республики Казахстан

Основные положения статьи Сулейменова М. К. и Осипова Е. Б.

Данная статья подготовлена при технической поддержке посольства Великобритании в Казахстане и Кыргызстане. Материалы статьи необязательно отражают официальную точку зрения Посольства.

1. Введение

Казахстан обладает огромными запасами природных минеральных и сырьевых ресурсов, что делает их ключевым приоритетом для национальной экономики. Страна занимает второе место в мире по объемам запасов урана, хрома, свинца и цинка, третье место по запасам марганца, пятое место по запасам меди и находится в десятке первых по запасам угля, железа и золота. Страна также имеет выгодное географическое расположение между Востоком и Западом, обладает компетентными трудовыми ресурсами, квалифицированными специалистами и профессионалами, а также хорошим индустриальным потенциалом. Страна подтверждает свою привлекательность для местных и иностранных инвестиций. Привлечение иностранных инвесторов возможно только при условии разработки необходимых законодательных рамок для деятельности инвесторов и факт инвестирования миллиардов долларов в большей степени в минеральные и сырьевые ресурсы только подтверждает наличие необходимых законодательных рамок.

2. Законодательные рамки

На данный момент два важных законодательных акта – *Указ Президента Республики “О недрах и недропользовании”*, который имеет силу с 1996 года, и *Указ Президента Республики “О нефти”*, который имеет силу с 1995 года. Один из основных принципов Закона о недрах заключается в создании благоприятного климата для иностранных инвестиций. В дополнение к этим законам немаловажную роль в нефтегазовых инвестициях сыграли налоговые и таможенные режимы. Основные изменения в законодательстве были вызваны изменениями в этих режимах.

Первым законодательным актом был *Кодекс о недрах и переработке минеральных ресурсов*¹. Кодекс определял недра исключительной собственностью Республики Казахстан, а управление природными ресурсами делегировалось Правительству. Кодекс предусматривал предоставление прав на недропользование на выполнение геологической разведки, добычу минеральных ресурсов, сооружение и эксплуатацию подземных сооружений, несвязанных с добычей полезных ископаемых.

Основные положения Кодекса были представлены в Законе о нефти. Определение нефти включает сырую нефть, природный газ, горючий сланец и смолистый песок. Одной из самых важных проблем, которая возникла во время обсуждений законопроекта, была проблема выбора органа, ответственного за заключение контрактов от имени Казахстана, Компетентного органа. Попытки определения такого органа дали неудовлетворительные результаты; имела место борьба за главенство и постоянное изменение структуры органов государственного управления. В результате было достигнуто соглашение о том, что Правительство или любой орган, делегированный Правительством, имеет право быть Компетентным органом. В настоящее время, данная роль закреплена за Министерством нефти и газа.

Кодекс предусматривал правила для двух типов контрактов по недропользованию: Концессионные договоры² и Договоры на выполнение работ, которые были разрешены в рамках последующего Закона о нефти. Первый тип договора является арендным договором, объектом аренды которого выступает земля и недра, предоставляющиеся на определенных условиях. Однако такие договора рассматривались как нецелесообразные, учитывая развитую природу нефтяной промышленности. Второй тип договора включает соглашения на оказание услуг, по которым подрядчик обязуется оказывать услуги по осуществлению работ за вознаграждение, и Соглашения о разделе продукции (СРП), по которым подрядчик осуществляет работы за свой счет и риск, а в качестве вознаграждения получает часть добытой продукции. Соглашения на оказание услуг отличаются от СРП только по источнику компенсации и до сегодняшнего дня в Казахстане никогда не заключались. СРП до недавнего времени являлись нормой, примеры включают в себя контракты с «Elf-Aquitaine»,

¹ Принятое Верховным советом 30 мая 1992 года.

² Определено в Законе о концессиях в Республики Казахстан (принятый Верховным советом 23 декабря 1991 года).

«BG» и «AGIP».

Основным отличием концессионной системы от системы соглашений на оказание услуг (обычно именуемой «контрактной системой») являются права собственности на минеральные ресурсы. Как правило, в концессионной системе пользователь арендует недра у правительства взамен на роялти и налоги. В контрактной системе пользователь получает роялти и долю в результатах деятельности. Концессии предполагают, что минеральные ресурсы являются частной собственностью пользователя. В договорной системе права собственности на минеральные ресурсы наступают только после определенного момента раздела продукта³. СРП, обычно, не требует от подрядчика выплаты налогов и других обязательных платежей (кроме роялти).

Использование СРП эволюционировало исторически. Контракт с «Elf-Aquitaine» был одним из первых контрактов по выполнению нефтяных работ в рамках СРП. Данный контракт был фактически заключен в отсутствие законодательства в Казахстане. С 1999 года Казахстан отказался от лицензирования деятельности по концессионной системе, отдав предпочтение договорной системе.

Закон, регулирующий права недропользователей, постоянно изменяется и развивается. Однако данные изменения не всегда дают положительные результаты. Зачастую изменения являются тактическими и могут подрывать правовые рамки. Кроме того, закон претерпевает трудные ступени реформирования, в частности относительно передачи прав, и все еще проходит периоды изменений. Частые изменения, ненужные заявления, введение новых систем управления недрами, а также изменения в системе налогообложения могут оказать негативное воздействие на климат нефтегазовых инвестиций и на экономику в целом.

3. Новый Законопроект о недрах и недропользовании

Новый закон о недрах и недропользовании был разработан в 2008 году и в данный момент находится на рассмотрении в Парламенте Республики Казахстан. Когда закон будет принят, он заменит действующее законодательство, регулирующее сферу разведки и добычи нефти и газа в Казахстане, в частности Закон о нефти, недрах и недропользовании 1996 года, а также Закон о соглашении о разделе продукции. Соглашения о разделе продукции (СРП), действующие на сегодняшний день, останутся в действии, но прежняя модель раздела продукции для инвестирования в нефтегазовые запасы больше не будет доступна. Предполагается, что новый закон вступит в силу приблизительно в 2010 году. Однако, факт того, что закон уже давно находится в Комитете Парламента, указывает на то, что существует ряд серьезных вопросов, требующих решения.

На первый взгляд новый Законопроект о недрах и недропользовании наряду с новым Налоговым кодексом исключают концессионные договоры и СРП, а также заявляют о введении нового вида контракта, по которому взамен системы роялти как платы налогообложению будет подвергаться производство. Однако практически нет существенной разницы от уплаты роялти. Статья 2 Законопроекта предусматривает, в отсутствие оговорки в контракте, сырьевые ресурсы принадлежат недропользователю. Здесь прослеживается схожесть с концессионной системой. Таким образом, независимо от условий налогообложения, контракт на недропользование, предусматриваемый Законопроектом, является концессией при условии, что в контракте не будет иных оговорок. Однако, несмотря на значительную разницу между концессионной и контрактной системами, экономическая рента для обоих видов одинаковая.

Как и со многими недавними изменениями в регулировании недропользования в Казахстане данный законопроект связан с изменениями в налоговом и таможенном режимах. По примеру предыдущих версий законов о недропользовании в Казахстане законопроект описывает основную процедуру выдачи прав на недропользование, включая разведку и добычу нефти и газа. Законопроект предусматривает тендерный процесс по выделению

³ Обычно по достижению стадии экспорта или перекачки

прав недропользования с акцентом на платежи социального развития и подписные бонусы, которые в дальнейшем переходят в контракт и рабочую программу победившего участника тендера. Законопроект также включает в себя типы контрактов недропользования, которые могут заключаться, а также параметры, которые должны быть включены в типовой контракт. При отсутствии урегулирования споров в рамках данного закона посредством переговоров, споры могут быть переданы в суд в соответствии с законодательством Казахстана. Неясным остается то, предусматривает ли эта норма включение международного арбитража. Обладатели прав на недропользование должны обеспечить предупреждение загрязнения недр и снижение вредного воздействия на окружающую среду от работ по недропользованию.

Наличие отдельного закона о нефти является политически важным фактором для Казахстана как нефтедобывающей страны. Однако добыча нефти является одним из множества видов добычи минеральных ресурсов. Правила в Законе о недрах имеют общий характер и дополнены Законом о нефти. Возникает вопрос относительно других минеральных ресурсов. Основной задачей нового Закона является объединение Закона о нефти и Закона о недрах и недропользовании. Однако данные усилия носят механический характер и количество новых норм незначительно.

Из новых включенных норм многие должны быть исключены. Включая нормы относительно противоречия между Законопроектом и другими Законами. Кроме того, в Законопроекте существует нестыковка в концепции преимущественных прав и прав на приоритет, а также отсутствует определение правового характера контрактов.

4. Административные и законодательные процедуры

Законодательство Казахстана подробно регулирует административные процедуры. Подробное регулирование имеет свои положительные стороны, поскольку способствует прозрачности, но есть и отрицательные стороны.

Государство имеет право и обязательство улучшить регулирование нефтяных и других стратегических отраслей экономики. Рыночная экономика Казахстана подразумевает четкое деление между общественной законодательной и частной законодательной сферами, а также подразумевает равенство субъектов. Однако в последние годы наблюдается обеспокоенность относительно увеличивающегося отступления от принципов рыночной экономики. Неоправданное вмешательство чиновников растет наряду с ростом числа законов. Зачастую за подобной деятельностью стоят не государственные интересы, а министерские или корпоративные интересы некоторых чиновников.

Примером получения одностороннего преимущества в частных правоотношениях является поправка к Статье 71 Закона о недрах и недропользовании, согласно которой:

“С целью сохранения и укрепления ресурсно-энергетической базы национальной экономики... государство... имеет преимущественные права среди других сторон по контракту... и раньше других лиц в получении отчужденных прав недропользования... и/или доли участия (пакет акций) в юридическом лице, обладающим такими правами недропользования...”

Покупка акций у владельцев и любая реализация преимущественных прав является, фактически, переходом частной собственности в государственную собственность. Данный процесс национализации является законным правом в случае, когда интересы государства были нарушены национальным или иностранным инвестором. Однако необходимо следовать законным процедурам, включая открытое и честное объявление положений дела, а также использовать нормы государственного права без их ретроспективного применения. Законопроект О государственной собственности предусматривает эти нормы и, кроме исключительных случаев, требует полного возмещения убытков и компенсации всех потерь, возникших в результате национализации.

В соответствии с Законом о недрах и недропользовании права предоставляются двумя

способами: посредством проведения тендеров на права и контракты и; посредством прямых переговоров и непосредственного заключения контрактов. Прав на недропользование считаются переданными только с момента заключения контракта.

Существует два способа получения прав на недропользование посредством тендера. Первый способ предусматривает открытые конкурсные торги, которые проводятся среди неограниченного количества участников. Второй способ предусматривает закрытые конкурсные торги, которые проводятся среди ограниченного количества участников. В случае первого способа официальное извещение публикуется в средствах массовой информации. В случае второго способа извещение передается потенциальным участникам. Извещение должно содержать информацию о времени и месте проведения торгов, конечных сроках подачи предложений, основных условиях, расположении и описании площадки, стоимости, минимальных размерах подписного бонуса и размера оплаты за участие.

Решение относительно предложений принимается Тендерной комиссией, чья работа и деятельность определены в Правилах о Комиссии⁴. Данный постоянно действующий орган создан для проведения тендеров и определения победителей, а также для предоставления прав недропользования победителям в соответствии с законодательством. Его функции включают обеспечение своевременного и качественного рассмотрения предложений, оценку предложений и выработку предложений по усовершенствованию процедур.

Прием и регистрация предложений выполняются Компетентным органом, имеющим право отклонять предложения при нарушении требований, при подаче заявителем ложных или неправильных данных, или при отсутствии документального доказательства соответствия заявителя необходимым техническим, организационным, административным или финансовым требованиям.

Основные критерии определения победителя включают следующие: срок и интенсивность; предполагаемые размеры выплат; размер инвестиций и; соблюдение законодательных требований по охране недр и окружающей среды. Информация о победителях открытых торгов публикуется в официальных бюллетенях. Победитель закрытых торгов информируется Компетентным органом.

Компетентный орган и пользователь выступают сторонами по контракту. Министерство энергетики и минеральных ресурсов выступает в качестве Компетентного органа с целью заключения контрактов на разведку и добычу, совместную разведку и добычу минеральных ресурсов, и добычу минеральных ресурсов из синтетических техногенных образований минеральных ресурсов. Комитет Геологии и охраны недр Министерства выступает компетентный органом с целью заключения контрактов по строительству и/или выполнению работ в подземных сооружениях, не поддерживающих разведку и добычу. Переговоры ведутся Рабочей группой Компетентного органа, затем Проект контракта подготавливается на основании Типового контракта, одобренного Постановлением правительства⁵. Типовой контракт имеет ряд условий, включая вопросы приостановления действия контракта и его расторжения. Компетентный орган вправе приостановить действие контракта по ряду причин, включая выполнение подрядчиком деятельности, не предусмотренной рабочей программой, и нарушение подрядчиком законодательства в области охраны недр, окружающей среды или здоровья. Контракт также подлежит преждевременному расторжению в ряде случаев. Среди которых отказ или невозможность подрядчика урегулировать проблемы, приведшие к приостановлению действия контракта, отсутствие начала работ согласно условиям контракта или серьезное нарушение подрядных обязательств.

При определении экономических составляющих проекта Компетентный орган рассматривает финансово-хозяйственные аспекты совместно с Министерством экономики и бюджетного планирования. При заключении контракта его положения не должны быть менее выгодными

⁴ Утверждено Постановлением правительства Республики Казахстан от 13 февраля 2003 года за номером 158

⁵ Постановление правительства Республики Казахстан от 31 июля 2001 года за номером 1015

для государства, чем первоначальное предложение. После того, как контракт подписан, он подлежит обязательной государственной регистрации. Контракт не предоставляет общего права на разведку и добычу, ограничивая область минеральными ресурсами, определенными в рамках контракта. При обнаружении новых минеральных ресурсов, Компетентный орган имеет право определить условия добычи этих полезных ископаемых посредством внесения изменений или дополнений в контракт.

Существуют всесторонние и комплексные правила по охране недр, они являются обязательными для всех юридических и физических лиц, независимо от их формы собственности⁶. Также существуют правила об осуществлении закупок товаров, работ и услуг через тендерную процедуру⁷.

5. Урегулирование споров, имеющих отношение к нефтегазовым контрактам

Статьей 9 Гражданского кодекса⁸ предусматривается защита гражданских прав посредством суда или арбитража. Гражданско-процессуальный кодекс⁹ устанавливает положения по урегулированию имущественных споров, а также правила основной юрисдикции для судов. Наряду с рассмотрением местных дел суды также рассматривают дела с участием иностранных граждан, организаций и юридических лиц. Подобные дела подлежат передачи в региональные суды. Кроме того были учреждены специализированные межкрупные экономические суды, но они не могут рассматривать дела, где одной из сторон выступает международная или иностранная организация.

Кодекс, в целом, не ограничивает права сторон по выбору места рассмотрения дел. Например, Статья 419 разрешает рассмотрение дел в иностранных судах при обоюдном согласии сторон. Однако недра являются недвижимым имуществом, и, согласно положениям Статьи 417 Кодекса, дела с их участием должны рассматриваться исключительно в судах Республики Казахстан. Однако имеются возражения по интерпретации данных положений в форме ограничения юрисдикции других судов в контрактах по недропользованию. Например, можно утверждать, что предметом контракта являются не недра, а движимые минеральные ресурсы.

В дополнение к судам Республики Казахстан имеются арбитражные суды. Однако они находятся на грани исчезновения в результате целенаправленных действий со стороны Прокуратуры, Министерства юстиции и Правительственного и Конституционного Совета. Кроме того, гражданско-процессуальным кодексом отменена норма об исполнении решений арбитражного суда. Также, Конституционным советом в 2002 году было принято решение, устанавливающее возможность повторного рассмотрения дела в государственном суде после арбитражного суда. В результате система арбитражного суда в Казахстане была остановлена.

Однако противники и сторонники Арбитражных судов пришли к общему мнению о том, что единственным выходом из сложившейся ситуации является принятие Закона об Арбитражных судах. Несмотря на ряд проблем с законом, включая и то, что он явно исключает определенные гражданские споры и субъектов, принятие данного закона и Закона о международном коммерческом арбитраже, несомненно, является важным этапом на пути развития арбитражных судов в Казахстане.

6. Современная практика

Привлечение иностранных инвестиций было признано одним из основных условий экономического развития Казахстана и, до недавнего времени, страна имела благоприятный инвестиционный климат, поскольку обладала политической стабильностью, не делала

⁶ Единые Правила охраны недр при разработке минеральных ресурсов в Республике Казахстан, утвержденные Постановлением правительства Республики Казахстан от 21 июля 1999 года за номером 1019

⁷ Утверждено Постановлением правительства Республики Казахстан от 28 ноября 2007 года за номером 1139

⁸ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть принята 27 декабря 1994 года, Особенная часть принята 1 июля 1999 года)

⁹ Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан, одобрен 13 июля 1999 года

исключений при национальном рассмотрении иностранных инвесторов, не было ограничений на собственность и гарантировался свободный обмен национальной валюты в любую валюту. Кроме того, имела стабильная налоговая структура и ряд налоговых льгот для иностранных инвесторов. Одной из самых важных составляющих было развитое инвестиционное законодательство. За последние 10 лет приток частного капитала в нефтегазовую и горную промышленность составил 87,5 миллиардов долларов США.

Вызов Казахстана сегодня заключается в привлечении и создании благоприятных условий для национальных инвестиций. В 2003 году был принят дополнительный Закон об инвестициях, который попытался создать единые правила для национальных и иностранных инвесторов. Однако у этого закона есть недочет, исключаящий все нормы иностранных инвесторов, и, следовательно, требуется применение других законодательных актов.

Недавняя практика продемонстрировала растущее вмешательство со стороны государства и отказ от предоставления гарантий, но основными проблемами для иностранных инвесторов являются стабильность заключенного договора и статус арбитража. Ввиду нового Налогового кодекса новые контракты не могут включать положения о стабильности контрактов. Кроме того, Кодекс явно сохраняет налоговую стабильность в СРП и контрактах, одобренных президентом РК, означая, что другие договоры, заключенные до Кодекса, возможно, не будут иметь налоговой стабильности.

Другое положение, которое может рассматриваться непривлекательным иностранными инвесторами, состоит в том, что расторжение контракта и односторонний отказ могут иметь место без вмешательства суда, а также без представления причин. Для этого Компетентному органу лишь необходимо объявить, что имеется нарушение экономических интересов Казахстана. Хотя данное право до сих пор никогда не использовалось, Министерство нефти и газа (до недавнего времени - Министерство энергетики и минеральных ресурсов) недавно потребовало недропользователей внести изменения в свои контракты. Если подобные изменения не будут внесены, то, по словам Министерства, оно имеет право расторгнуть контракт в одностороннем порядке.

Хотя данная ситуация непредпочтительна для иностранных инвесторов, существуют законные причины подобного развития событий. Казахстан стал экономически независимым и развитым, и общественность, бизнесмены и чиновники стали проявлять большую заинтересованность к условиям нефтяных контрактов, заключенных в 90-ые годы. Существует ряд причин, объясняющих заключение контрактов на неблагоприятных для Казахстана условиях, включая неопытность и экономический кризис. Тем не менее, необходимо отметить и риски, с которыми в то время сталкивались иностранные инвесторы, в частности, отсутствие точных данных о резервах, в особенности для новых месторождений. Казахстан стремится следовать политике, побуждающей и вынуждающей иностранных инвесторов делить часть значительной прибыли, получаемой от минеральных ресурсов страны.

Кроме того, несмотря на эти проблемы иностранных инвесторов, Закон об инвестициях предусматривает «отсылочную норму». Дословная интерпретация говорит о том, что при наличии изменений в законодательстве, Республика гарантирует стабильность условий, за исключением положений, в которые были внесены обоюдные согласованные поправки¹⁰. Статья, однако, явно исключает законодательные изменения, возникшие в результате международных соглашений, или изменения, обеспечивающие национальную и экономическую безопасность, здравоохранение и мораль.

Статья 6 Закона гласит, что в случае, когда изменения законодательства улучшают положение инвесторов, изменения могут быть применены по обоюдному согласию для достижения баланса экономических интересов. Подобное условие содержится в Статье 285 Налогового кодекса. Правительство недавно попыталось пересмотреть некоторые положения контрактов по недрам на основании данных положений, но попытки до сих пор не

¹⁰ Пункт 3 или Статья 4 Закона об инвестициях

увенчались успехом.