

Нурлан Шоланов
Партнер Юридической фирмы AEQUITAS
e-mail: n.sholanov@aequitas.kz

Ардак Идаятова
Партнер Юридической фирмы AEQUITAS
e-mail: a.idayatova@aequitas.kz

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ КАЗАХСТАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В КОНЦЕССИОННЫХ ПРОЕКТАХ¹

Введение

В последние несколько лет Казахстан на фоне мировых экономических трендов пытается активизировать развитие государственно-частного партнерства (ГЧП). В частности, помимо прочих инициатив и мероприятий, таких как создание специализированных институциональных образований в сфере ГЧП (так называемых *PPP Units*), дорожных карт, формировании готовых пакетов проектных документов для проектов локального уровня, прочих мер по популяризации ГЧП, это также выразилось в принятии специального Закона о ГЧП и внесением соответствующих поправок в практически не работающий на тот момент Закон о концессиях 2006 года. Несмотря на указанные поправки и последующие изменения к нему, Закон о концессиях всё ещё оставляет неурегулированными или недостаточно ясными ряд важнейших вопросов.

Серьезным тестом на готовность и привлекательность отечественного концессионного законодательства является реализация концессионных и ГЧП-проектов особой значимости, в первом из которых авторам данной статьи довелось непосредственно участвовать в качестве консультантов.

Учитывая все изложенные обстоятельства и опыт реализации первого концессионного проекта особой значимости в Казахстане, полагаем, что нормативное регулирование концессионных отношений по отдельным вопросам (и аналогичным вопросам ГЧП в целом) требует усовершенствования.

В частности, на наш взгляд, необходимо обратить внимание на следующие первостепенные вопросы, которые могут стать серьезными барьерами для частных партнеров и кредиторов при реализации, прежде всего, концессионных проектов.

Личность концедента

Одним из ключевых вопросов, который может поставить под угрозу реализацию концессионных проектов, является вопрос о личности концедента. В Закон о концессиях 30 ноября 2017 года было внесено изменение, согласно которому под концедентом вместо Республики Казахстан следовало понимать *"государственные органы Республики Казахстан, заключившие договоры концессии в соответствии с настоящим Законом и (или) прямое соглашение с кредиторами концессионера"*. Данное изменение вошло в противоречие не только с другими законодательными актами Республики Казахстан, но и, вероятно, с ожиданиями инвесторов.

В соответствии с Законом о ГЧП, концессия определена как один из видов ГЧП (статья 7), а государственным партнером – Республика Казахстан (статья 1). При этом, согласно смыслу статьи 7 Закона о ГЧП, особенности Закона о концессиях должны применяться только *"в части, не урегулированной настоящим Законом"*. Соответственно, концедентом (т.е. государственным партнером) должна выступать Республика Казахстан

¹ Данная статья была впервые опубликована на информационном портале ZAKON.KZ 19 февраля 2021 года (https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37851885).

(поскольку Закон о ГЧП уже содержит регулирование в части определения государственного партнера), а не отдельно взятый государственный орган.

Если исходить из буквального толкования понятия "концедент" в существующей редакции Закона о концессиях, то такие государственные органы, *"заключившие договоры концессии"*, должны в силу статей 163, 165 Закона о государственном имуществе рассматриваться как государственные учреждения, выступающие в гражданско-правовых отношениях от собственного имени, и потому отвечающие по своим обязательствам (в данном случае – по концессионным обязательствам) только находящимися в их распоряжении деньгами (при субсидиарной ответственности Республики Казахстан). Вряд ли серьезные контрагенты захотят вступать в дорогостоящие сделки (цена которых может исчисляться сотнями миллионов в долларовом эквиваленте) при таком раскладе, когда приходится рассчитывать в основном на бюджет отдельного государственного органа, а практики привлечения Республики к субсидиарной ответственности по обязательствам госучреждений не существует.

Как видно из статьи 160 Бюджетного кодекса Республики Казахстан, не может быть никаких концессионных обязательств государственных органов и учреждений, а государственные концессионные обязательства подразделяются на (1) государственные концессионные обязательства Правительства Республики Казахстан и (2) государственные концессионные обязательства местных исполнительных органов.

Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам восстановления экономического роста» от 2 января 2021 года определение «концедент» в Законе о концессиях изменено. Вместе с тем, предложенная редакция отличается от заложенной в Законе о ГЧП концепции определения "государственного партнера", и ее нельзя назвать удачной. В частности, под концедентом теперь понимается *один или несколько государственных органов Республики Казахстан, действующих от имени Республики Казахстан или Правительства Республики Казахстан, заключающих договор концессии в соответствии с настоящим Законом, либо местный исполнительный орган Республики Казахстан, заключающий договор концессии в соответствии с настоящим Законом, от имени административно-территориальной единицы (область, или город республиканского значения, или столица)*. Очевидно, что указание здесь на Правительство РК является неверным и излишним – Правительство не обладает статусом самостоятельного субъекта права и, соответственно, не может выступать стороной договора концессии, коей в данном случае может являться только Республика Казахстан.

Вопросы регистрации договоров концессии и дополнительных соглашений к ним

Одним из важнейших вопросов является вопрос регистрации концессионных сделок (договоров концессии) и регистрации дополнительных соглашений к ним.

Согласно статье 155 Гражданского кодекса Республики Казахстан, сделки, подлежащие в соответствии с законодательными актами обязательной государственной или иной регистрации, считаются совершёнными с момента регистрации, если иное не предусмотрено законодательными актами. Статья 22 Закона о концессиях содержит требование об обязательности государственной регистрации договоров концессии *"в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан"*.

Статья 161 Бюджетного кодекса гласит, что *порядок регистрации договоров концессии, определяется центральным уполномоченным органом по исполнению бюджета по согласованию с центральным уполномоченным органом по государственному планированию*. Такой порядок определен Приказом Министра финансов РК от 4 декабря 2014 года № 540.

Хотя ни Гражданский, ни Бюджетный кодексы, ни сам Закон о концессиях не говорят о регистрации дополнительных соглашений к договорам концессии, вышеупомянутый Приказ № 540 устанавливает также порядок регистрации дополнительных соглашений к договорам концессии (при наличии определенных условий), в связи с чем возникает вопрос

о правоустанавливающем значении факта регистрации дополнительных соглашений. Поскольку Приказ № 540 не является законодательным актом (как того требует статья 155 Гражданского кодекса), то очевидно, что установленная этим Приказом необходимость регистрации дополнительных соглашений не должна определять юридическую действительность сделки (т.е. регистрация не должна определять, считается ли сделка из дополнительного соглашения совершённой или нет). В силу статьи 161 Бюджетного кодекса, Приказ № 540 должен определять *порядок регистрации*, т.е. лишь процедуру регистрации, а не основания для регистрации. Согласно статье 155 Гражданского кодекса, требования о регистрации сделок могут устанавливаться только законодательными актами. Таким образом, любое дополнительное соглашение к договору концессии должно считаться совершённым с момента подписания (если иной момент не оговорен) сторонами, соответственно, регистрация такого дополнительного соглашения должна выполнять только роль регистрации государственного концессионного обязательства (что вполне согласуется с требованием пункта 1 статьи 161 Бюджетного кодекса), но не роль регистрации сделки в целом.

В то же время, некоторые практикующие юристы считают, что регистрация дополнительных соглашений имеет правообразующий характер, поскольку законодательный акт (т.е. Бюджетный кодекс) предусматривает необходимость регистрации дополнительных соглашений посредством отсылочной нормы о том, что порядок регистрации определяется [в данном случае] Приказом № 540, а сам Приказ № 540, в свою очередь, требует регистрации дополнительных соглашений (содержащих определённые условия). Мы не разделяем такую позицию, поскольку (1) выражение "*порядок регистрации*" означает только процедуру регистрации, (2) Приказ № 540 не является законодательным актом и (3) ни один из применимых законодательных актов не предусматривает обязанности и оснований для регистрации дополнительных соглашений к договорам концессии для целей признания их совершёнными.

Полагаем, что необходимо внести ясное однозначное регулирование в законодательство по поводу регистрации дополнительных соглашений к концессионным договорам и договорам ГЧП.

Замена концессионера

Правое регулирование замены концессионера, которое в Законе о концессиях представлено несколькими сценариями, также требует определенной ревизии.

Так, статья 26-2 Закона о концессиях наделяет кредиторов правом требовать замены концессионера в случае существенного нарушения им своих обязательств по договору концессии и (или) в случае существенного нарушения концессионером своих обязательств по договорам с кредиторами. При этом существенность нарушения обязательств определяется через возможность повлечь досрочное расторжение договора концессии или повлечь требование кредиторов о досрочном исполнении обязательств по финансовым договорам. Предполагается, что к порядку замены концессионера по этому сценарию (т.е. в случае существенного нарушения концессионером своих обязательств) должны применяться нормы статьи 21 Закона о концессиях: "*В случае замены концессионера по требованию кредиторов концессионера уступка требования и (или) перевод долга концессионера по договору концессии осуществляются без проведения конкурса в порядке, определяемом прямым соглашением*".

Также, эта же статья 21 предусматривает ещё один сценарий замены концессионера, когда с согласия концедента допускается уступка требования или перевод долга концессионера по договору концессии при условии соответствия лица (лиц), к которому (которым) переходят права и обязанности концессионера, квалификационным требованиям.

Третий сценарий предусмотрен статьей 26-3 Закона о концессиях, которая прямо называется "Замена концессионера", и предусматривает возможность замены концессионера по согласованию между кредиторами и концедентом в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения концессионером своих обязательств. В этом случае для выбора нового концессионера необходимо проведение конкурса. Учитывая, что неисполнение концессионером своих обязательств также может повлечь расторжение

договора (иными словами, неисполнение договора может обладать всеми признаками существенного нарушения, предусмотренного статьей 26-2 Закона о концессиях), формулировки норм статьи 26-3 нельзя назвать удачными. Поскольку статья называется "Замена концессионера", то было бы правильнее в данной статье урегулировать все сценарии и основания замены концессионера, а также более тщательно проработать соответствующие формулировки.

Концессия и национальная безопасность

Хотелось бы обратить внимание также на одну из норм Закона о концессии, невнятность изложения которой вызывает проблемы с её толкованием. Для демонстрации необходимо привести указанную норму дословно: *"Договор концессии должен предусматривать условие концедента в одностороннем порядке изменить условия или расторгнуть договор концессии в интересах общества и государства, при этом договор концессии должен включать исчерпывающий перечень таких условий, не противоречащих законодательству Республики Казахстан, в том числе когда такие действия совершаются в целях обеспечения национальной и экологической безопасности, здравоохранения и нравственности"*.

Во-первых, очевидно, что фраза "условие концедента" должна звучать как "условие о праве концедента", и этот технический недочет должен быть устранен.

Во-вторых, непонятно, какие интересы государства могут повлечь одностороннее изменение и расторжение договора, если само государство вступает в договор государственно-частного партнерства в качестве стороны договора и, соответственно, в силу статьи 111 Гражданского кодекса – на равных началах с другими сторонами договора.

В-третьих, национальная безопасность подразделяется на шесть видов или составных элементов безопасности: общественная безопасность, военная безопасность, политическая безопасность, экономическая безопасность, информационная безопасность и, наконец, экологическая безопасность. В связи с этим, непонятно, почему Закон о концессиях наряду с национальной безопасностью специально выделяет экологическую безопасность, которая уже является одним из составляющих элементов национальной безопасности, а также специально упоминает здравоохранение и нравственность, которые входят в понятие общественной безопасности – *"состояние защищенности жизни, здоровья и благополучия граждан, духовно-нравственных ценностей казахстанского общества..."*.

Очевидно, что в данном случае имеется потенциальный риск широкого толкования концедентом оснований для одностороннего изменения или расторжения договора концессии. В частности, концедент может не ограничивать себя рамками Закона о национальной безопасности, но также может выдвигать дополнительные доводы о неких интересах общества и государства, об экологических мотивах и прочих заботах о здравоохранении и нравственности.

Иностранный арбитраж

Серьезного внимания, на наш взгляд, также требует пункт 2 статьи 27 Закона о концессиях о разрешении споров.

Первая часть рассматриваемого пункта содержит общее правило о том, что споры, связанные с исполнением и прекращением договора концессии, разрешаются в судебном порядке или путем обращения в арбитраж в соответствии с Законом об арбитраже.

Сразу же обращает на себя внимание не совсем удачная формулировка данной нормы, сужающая возможные споры по договору концессии только до споров, связанных с исполнением и прекращением договора концессии, тогда как перечень возможных споров является более широким и включает в себя споры, связанные с действительностью, заключенностью, изменением, толкованием договора концессии, а также внедоговорные споры, связанные с договором концессии.

Вторая часть рассматриваемой нормы предусматривает особое правило для концессионных проектов особой значимости. Оно гласит, что в случае, когда хотя бы один из участников концессионера является нерезидентом Республики Казахстан, арбитраж

определяется "по соглашению сторон". Означает ли это иностранный арбитраж? Полагаем, что да, поскольку иных вариантов и не предполагается с учетом ссылки на Закон об арбитраже в первой части рассматриваемой нормы. Используемая законодателем формулировка "по соглашению сторон" также оставляет желать лучшего. Во-первых, в этом контексте казахстанский арбитраж как бы противопоставляется арбитражу по соглашению сторон, хотя первый также является результатом соглашения сторон. Во-вторых, при желании можно долго спорить, что понимается под арбитражем по соглашению сторон и является ли иностранный арбитраж единственно возможным здесь вариантом.

Если же отойти от деталей, то важно отметить, что рассматриваемая норма по своей сути разрешает иностранный арбитраж между двумя казахстанским резидентами. Разрешение спора иностранным арбитражем означает его разрешение вне Казахстана. К примеру, если стороны договорились о месте арбитраже в Лондоне, это будет означать, что к арбитражному разбирательству будет применен национальный закон Англии об арбитраже, но не казахстанский закон об арбитраже.

Вопрос о том, могут ли два казахстанских резидента договориться о применении к их арбитражному разбирательству правопорядка другой страны прямо не урегулирован в Казахстане. Гражданское процессуальное законодательство не содержит регулирования в этой части. Исходя из норм международного частного права (статья 1084 Гражданского кодекса), иностранное право может быть применено к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц либо осложненных иным иностранным элементом. В рассматриваемом случае Закон о концессиях, по всей видимости, и оговаривает такой иностранный элемент, указывая, что иностранный арбитраж, и применение в связи с этим иностранного процессуального права допустимо, если хотя бы один из участников концессионера является нерезидентом Казахстана.

Из указанного, на наш взгляд, можно сделать два важных вывода, которые по аналогии закона могут быть распространены и на другие правоотношения (не связанные с концессией):

- 1) участие нерезидента в казахстанском юридическом лице относится к иностранному элементу, т.е. такое участие осложняет гражданско-правовые отношения данного юридического лица с третьими лицами иностранным элементом.
- 2) на законодательном уровне появилась норма, допускающая обращение двух казахстанских резидентов в иностранный арбитраж.

Предоставление прав на земельный участок под объект концессии

Вопрос передачи концессионеру прав на земельный участок под объект концессии вызывает немало сложностей на практике.

Статья 6 Закона о концессиях в этой части лишь упоминает о передаче концессионеру права землепользования и далее отсылает нас к Земельному кодексу. В свою очередь, Земельный кодекс предусматривает, что на весь срок действия договора концессии концессионеру предоставляется земельный участок на праве временного безвозмездного землепользования (пункт 1 статьи 36).

Однако, данная схема не работает в отношении концессионных проектов по модели ВТО (build-transfer-operation), поскольку указанная модель концессии в принципе не предполагает наличие у концессионера ни титула на земельный участок под объект концессии, ни на сам построенный объект концессии.

В частности, срок договора концессии предполагает срок строительства объекта концессии и срок его последующей эксплуатации. По окончании строительства построенный объект концессии оформляется в собственность государства и далее передается в управление концессионеру как объект недвижимого имущества (земельный участок и расположенный на нем объект). Это означает, что по завершении строительства права на земельный участок переходят к государственному партнеру, что соответственно исключает возможность обладания концессионером этими правами на весь срок действия договора концессии. Таким образом, норма Земельного кодекса о передаче концессионеру права

временного безвозмездного землепользования на весь срок договора концессии не исполнима в отношении концессии по модели ВТО.

Передача концессионеру прав на земельные участки под объект концессии может оказаться практически невозможной также и в силу другого запрета, предусмотренного тем же Земельным кодексом. Исходя из практики, земельные участки под объект концессии оформляются на государственный орган, за которым предполагается дальнейшее закрепление построенного объекта концессии. В свою очередь, государственный орган не может далее передать права на земельные участки концессионеру, поскольку сделки в отношении земельных участков на праве временного безвозмездного землепользования запрещены (пункт 2 статьи 33 Земельного кодекса). Кроме того, в силу статуса государственного землепользователя на государственный орган распространяется запрет на сдачу принадлежащих ему земельных участков (пункт 5 статьи 39 Земельного кодекса). Указанные запреты не распространяются на договоры ГЧП для строительства и эксплуатации оборонных объектов.

По нашему мнению, в отношении концессионных проектов по модели ВТО (build-transfer-operation) земельный участок должен передаваться концессионеру в порядке, предусмотренном для договоров строительного подряда. Это в целом согласуется с природой концессионных проектов, поскольку строительство является одним из этапов реализации концессионного проекта по модели ВТО.

Если обратиться к положениям Гражданского кодекса в части строительного подряда, то статья 658 устанавливает общую обязанность заказчика своевременно предоставить подрядчику земельный участок для строительства. Далее развивая этот вопрос, СН РК 1.03-00-2011 указывает, что строительная площадка передается лицу, осуществляющему строительство, по акту. С учетом этого передача концессионеру земельного участка для целей строительства объекта концессии по соответствующему акту приема-передачи представляется нам наиболее оптимальным вариантом для концессионных проектов по модели ВТО.

Источники:

- 1) Бюджетный кодекс – Бюджетный кодекс Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-IV;
- 2) Гражданский кодекс – Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года;
- 3) Земельный кодекс – Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-II;
- 4) Закон о ГЧП – Закон Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 379-V «О государственно-частном партнерстве»;
- 5) Закон о концессиях – Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года № 167-III «О концессиях»;
- 6) Закон о государственном имуществе – Закон Республики Казахстан от 1 марта 2011 года № 413-IV «О государственном имуществе»;
- 7) Закон об арбитраже – Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже»;
- 8) Приказ № 540 – Приказ Министра финансов Республики Казахстан от 4 декабря 2014 года № 540 «Об утверждении Правил исполнения бюджета и его кассового обслуживания»;
- 9) СН РК 1.03-00-2011 – СН РК 1.03-00-2011 "Строительное производство. Организация строительства предприятий, зданий и сооружений".