

24 декабря 2012 г.

ДОСТАВИТЬ ЛИЧНО В РУКИ

Кыргызская Республика,
720040, Бишкек,
ул. Абдымомунова 195,
Государственная комиссия по проверке и
изучению соблюдения ЗАО «Кумтор Оперейтинг Компани»
норм и требований по рациональному использованию
природных ресурсов, охране окружающей среды,
безопасности производственных процессов и
социальной защите населения

**Председателю Государственной комиссии
Г-ну Сариеву Т.**

Копия: Премьер-министру Кыргызской Республики
Его превосходительству Жанторо Сатыбалдиеву

Министру юстиции Кыргызской Республики
г-ну Алмамбету Шыкмаматову

Президенту и Главному исполнительному директору «Центерра Голд Инк»
г-ну Яну Аткинсону

Президенту ЗАО «Кумтор Оперейтинг Компани»
г-ну Майклу Фишеру

Уважаемый господин Сариев,

Настоящим, от имени компании «Центерра Голд Инк» (далее - Центерра) и ЗАО «Кумтор Голд Компани» (далее - КГК) подтверждаю, что мы получили проект заключения Рабочей группы Госкомиссии Кыргызской Республики по юридической экспертизе проекта «Кумтор» (далее – Отчет) в середине ноября 2012 г. Центерра и КГК хотели бы ответить на выводы и рекомендации, представленные в Отчете.

Ниже приводим наши доводы на заключения, приведенные в Отчете. В ответах на ваши утверждения мы приводим ссылки на страницы отчета, переведенного на английский язык, в связи с чем страницы переведенного и исходного отчета на русском языке могут не совпадать. Более того, мы обращаем ваше внимание на то, что мы не будем отвечать на утверждения и заключения, касающиеся событий происходивших до 6 июня 2009 г.

А. Согласно процедуре прекращения арбитражного разбирательства, все указанные в отчете претензии до 2009 г. были отозваны Кыргызской Республикой без права повторного предъявления данных требований и не могут быть предъявлены сейчас.

Прежде всего, нам хотелось бы отметить, что все утверждения в отчете, которые связаны с вопросами, существовавшими до 6 июня 2009 года, поднимались и обсуждались в полном объеме ранее. В целях разрешения данных вопросов, 8 марта 2006 г. Центерра инициировала международное арбитражное разбирательство против Правительства Кыргызской Республики (Правительство). На протяжении последующих трех лет стороны арбитражного разбирательства провели ряд дискуссий и переговоров в попытке решить возникший спор. При содействии международного арбитражного производства (Дело №АА278, Постоянный третейский суд), стороны пришли к соглашению, и подписали 24 апреля 2009 г. «Соглашение о новых условиях» (далее - СНУ), которое является рамочным соглашением об урегулировании всех существующих требований, касательно проекта «Кумтор». Вскоре после этого, Стороны подписали дополнительные соглашения в рамках Соглашения о новых условиях, которые завершают достигнутые договоренности, включая «Соглашение об отказе от требований» от 6 июня 2009 г. (далее – Соглашение об отказе), а также «Мировое соглашение», подписанное в тот же самый день, когда стороны согласились отказаться от дальнейшего арбитражного разбирательства. Принимая во внимание соглашения между сторонами, освобождающие друг друга и регулирующие все претензии, арбитр издает предписание о прекращении арбитражного разбирательства.

Согласно условиям Соглашения об отказе, который был заключен между Центеррой, КГК, ЗАО «Кумтор Оперейтинг Компани» (далее – КОК), компанией «Камеко Корпорэйшн» (далее - Камеко), компанией «Камеко Голд Инк» (далее - Камеко Голд), «Кумтор Маунтин Корпорейшн» (далее - КМК), Правительством Кыргызской Республики и ОАО «Кыргызалтын» (далее - Кыргызалтын) - стороны договорились отказаться от любых требований друг другу в отношении любого вопроса, возникшего и существовавшего до 6 июня 2009 г. (за исключением неустановленного экологического ущерба). Стороны также договорились никогда не предъявлять иски прямо или косвенно ни в арбитражном, ни в судебном порядке по любым и всем требованиям, отказ от которых предусмотрен в Соглашении. Следовательно, все эти претензии не могут быть предъявлены, а в случае предъявления арбитр сразу же отклонит все иски. (Также хотели бы отметить, что согласно Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ, который применяется в урегулировании подобных исков, все расходы по арбитражному разбирательству, включая гонорары адвокатов, в принципе, несет проигравшая сторона.)

Однако, рассмотрев, в рамках сотрудничества, указанные в Отчете разные претензии, касающиеся вопросов существовавших до 2009 г., Центерра, КОК и КГК приводит ниже обобщенные ответы. Но при этом подчеркиваем, что Центерра, КОК и КГК действуют согласно условиям Соглашения об отказе, который был подписан в результате надлежащего арбитражного производства, проведенного в соответствии с установленными правилами арбитража порядком.

- Утверждения, что исходное Генеральное соглашение между Правительством и Кыргызалтыном (с одной стороны) и Камеко, подписанное 4 декабря 1992, пересмотренное и дополненное (соответственно) 16 января 1993 г., 3 сентября 1993 г., и 31 мая 1994 (вместе именуемое - «Генеральное соглашение») является неправильным и противоречит законам Кыргызской Республики - необоснованно. «Генеральное Соглашение» и дополнения к данному Соглашению (а также Договор о совместной деятельности между КОК и КГК) были согласованы и одобрены Правительством.
- Разработка рудника Кумтор осуществлялась на основании ТЭО проекта Кумтор и постановления Правительства от 28 декабря 1994 №895. Работы по разработке допускались после прохождения всех необходимых экспертиз и согласований, и велись в соответствии с Концессионным договором и требованиями действующего на тот момент законодательства.
- Переговоры по реструктуризации проекта Кумтор, завершившейся в 2004 г., и Первичному публичному предложению (ППП) простых акций Центерры проводились на справедливой коммерческой основе, с участием экспертов во всех сферах, включая «Стандард Банк Лондон» и «Блэйк, Кэсселс энд Грейдон», привлеченных Правительством и Кыргызалтыном. В результате, все соглашения по реструктуризации были согласованы Правительством и подкреплены юридическими заключениями Министерства юстиции Кыргызской Республики.
- Реструктуризация проекта Кумтор также предоставила Правительству и Кыргызалтыну значительные выгоды, включая ликвидность принадлежавшего им пакета акций в проекте Кумтор. Благодаря реструктуризации проекта Кумтор и его включению в Центерру (совместно с другими золотыми активами Камеко) с последующим ППП, Кыргызалтын смог монетизировать часть своего пакета акций. Кыргызалтын, участвуя в ППП, продал 7,500,000 простых акций на общую сумму 116,250,000 канадских долларов (приблизительно 87,000,000 долларов США по обменному курсу на 30 июня 2004).
- В заключение, нам хотелось бы отметить, что реструктуризации проекта Кумтор предоставило Кыргызалтыну возможность получить выгоды от другого золотодобывающего рудника Центерры - Бору, расположенного в Монголии. В частности, в 2006-2008 гг. рудник Бору был значительно прибыльнее, чем рудник Кумтор из-за высоких затрат на Кумторе. В течение этого периода деятельность Кумтора финансировалась за счет денежного потока с рудника Бору, в определенный момент достигнув финансирования на сумму около 115 млн. долларов США.

Б. Претензии после 2009 г., указанные в Отчете основаны на утверждениях, которые фактически неверны и противоречат международному праву.

(i) Реструктуризация 2009 г. по существу была справедливой, законной, и утвержденной в соответствии с требованиями законов и Конституции Кыргызской Республики.

В противоположность заключению, указанному в Отчете, процесс реструктуризации 2009 г. был в высшей степени законным по отношению к Кыргызской Республике. В действительности, в результате СНУ и других соглашений, подписанных в целях выполнения реструктуризации проекта Кумтор, Кыргызская Республика (включая Кыргызалтын, подотчетного Правительству) получила очень существенные экономические и неэкономические выгоды:

- (a) Новый налоговый режим, принятый по требованию Правительства, значительно пополнивший бюджет Кыргызской Республики, включая выплату дополнительного налога в размере 20 692 921 долларов США, чтобы отразить применение нового налогового режима в 2008 календарном году;
- (б) Дополнительная выплата наличными в размере 1 750 000 долларов США;
- (в) Списание долга в размере 4 400 000 долларов США по долгу Правительства перед КГК;
- (г) Выпуск и передача дополнительных акций Центерры Кыргызалтыну; и
- (д) Прочие экономические и неэкономические выгоды, включая больше возможностей для рассмотрения и утверждения горных планов, дополнительное место для представителя Кыргызалтына в совете директоров Центерры и, конечно же, прекращение арбитражного разбирательства.

Более того, процесс вступления СНУ в законную силу состоял из нескольких стадий, специально разработанных для обеспечения полноценного участия Правительства и Парламента Кыргызской Республики (далее – «Парламент» или «Жогорку Кенеш»), и включал следующее:

- 1) 24 апреля 2009 года СНУ был подписан премьер-министром Кыргызской Республики, а Парламент ратифицировал СНУ и принял закон по его применению №142 «О ратификации Соглашения о новых условиях по проекту «Кумтор» (далее - Закон по СНУ);
- 2) В связи с ратификацией СНУ, Парламент принял два дополнительных закона Кыргызской Республики - Закон №143 от 24 апреля 2009 года «О внесении изменений и дополнений в Налоговый Кодекс Кыргызской Республики» (далее - закон о Налоговом кодексе) и Закон №175 от 30 апреля 2009 года «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (далее - Закон о внесении изменений) (Закон о СНУ, Закон о Налоговом кодексе, Закон о внесении изменений - вместе именуются как «Законы по проекту Кумтор»);
- 3) Правительство Кыргызской Республики провело всестороннюю экспертизу, которая включала изучение и получение консультаций со стороны различных государственных агентств, включая Государственное агентство по геологии и минеральным ресурсам Кыргызской Республики, а также получение консультаций по предлагаемой сделке от известной международной юридической

фирмы «Аллен & Овери» (Allen&Overy) из Лондона и канадской юридической компании «Блэйк, Кэсселс энд Грейдон»;

- 4) 2 июня 2009 года Конституционный суд Кыргызской Республики принял решение о прекращении конституционного судопроизводства о признании Законов по проекту Кумтор неконституционными, и оставил их в силе; и
- 5) Согласно положениям СНУ, 9 июня 2009 года Министерство юстиции Кыргызской Республики, изучив, среди прочего, СНУ, Законы по проекту Кумтор, а также решение Конституционного суда, выдало заключение, которое также подтвердило законность и обязывающее действие СНУ и имеющих к нему отношение соглашений.

(ii) Согласно Публичному международному праву, Соглашения, заключенные прежними правительствами, имеют обязательную силу для последующих правительств.

Множество утверждений в Отчете основываются на том, что нынешнее правительство Кыргызской Республики не должно нести ответственности по обязательствам, принятым прежними правительствами. В Публичном международном праве четко установлено, что «на юридические права и ответственность государства не влияют изменения в правлении государства или внутренней форме руководства», Иен Браунли, Принципы Публичного международного права 80 (5-е изд. 1998 г.). Арбитражные трибуналы пришли к такому же выводу, даже в случаях, когда аргументом являлась коррумпированность прежнего правительства. К примеру, иск компании «Систем Мюхендислик Санайи ве Тиджарет А. Ш.» против Кыргызской Республики, дело МЦУИС № ARB(AF)/06/1, решение суда от 30 сентября 2009 г. (отмечается, что было бы проблематичным для какого-либо государства сослаться на коррумпированность своих чиновников при оспаривании приемлемости иска инвестора) (краткий обзор см. на <http://cisarbitration.com/2012/07/23/icsid-tribunal-kyrgyzstans-judiciary-decisions-amounted-to-expropriation/>). Соответственно, правительство страны, находящееся ныне у власти, должно признавать обязательства и соглашения, принятые прежними правительствами, которые действовали как полномочные представители этого государства. Кыргызстан является членом Организации объединенных наций с 3 февраля 1992 г., а Правительство Кыргызстана, находившееся у власти в 2009 г. – когда Центерра заключила СНУ и связанные с ним соглашения с Правительством – являлось полномочным представителем Кыргызской Республики, признанным не только ООН, но и 192 странами-членами, входившими в то время в состав ООН. Таким образом, очевидно, что Правительство КР 2009 года имело полное право связать – и связало – себя и последующие правительства Кыргызской Республики всеми актами и договорами, которые заключило, включая СНУ и связанные с ним соглашения, и эти обязательства применимы по нынешний день, несмотря на все изменения в руководстве страны или заявления о неправомерных действиях, преступной деятельности или халатности со стороны прежних правительств.

Отдельные ответы на вопросы, относящиеся к периоду после июня 2009 г. приведены ниже:

Утверждение № 1 (страница 15) относительно нарушения Налогового кодекса КР в связи с введением нового налогового режима для проекта Кумтор.

Данное утверждение не относится к Центерре или Кумтору.

Как бы то ни было, в Налоговый кодекс Кыргызской Республики были внесены поправки Жогорку Кенешем от 1 января 2009 г., согласно которым, если соглашение заключается Правительством и ратифицируется Жогорку Кенешем – что и имело место в случае с СНУ – то применяются положения данного соглашения, несмотря на другое налоговое законодательство Кыргызской Республики.

Данное положение является надлежащим, так как Конституционный суд Кыргызской Республики, при опровержении похожего утверждения о том, что новый налоговый режим был недействителен, отметил: «внесение поправок или изменение соответствующих законов, включая налоговый кодекс, является прерогативой» Парламента Кыргызской Республики.

Утверждение № 2 (стр. 15) относительно превышения полномочий со стороны Правительства для внесения поправок в Налоговый кодекс, а также того, что Жогорку Кенеш не имеет полномочий ратифицировать СНУ и прочие проектные соглашения (потому что они не являются «международными соглашениями»).

Данное утверждение не относится к Центерре или Кумтору.

Как бы то ни было, СНУ и поправки к налоговому законодательству были утверждены Правительством и ратифицированы Парламентом, а Конституционный суд отклонил иск именно на этих основаниях. Министерство юстиции подтвердило, что данное решение было обоснованным и обязательным решением согласно Конституции и прочим законодательным актам Кыргызской Республики. В системе, основанной на законе, инвесторы и прочие стороны должны полагаться на подобные решения.

В частности, Правительство представило СНУ и законопроект по его применению для ратификации на рассмотрение Парламента Кыргызской Республики, и 30 апреля 2009 г. Парламент ратифицировал СНУ Законом Кыргызской Республики № 142 «О ратификации Соглашения о новых условиях по проекту Кумтор» (далее - Закон по СНУ).

В последствии, Конституционный суд отклонил иск о признании недействительным СНУ, основанный на доводе, что СНУ не было должным образом одобрено Правительством Кыргызской Республики, заключив, что Жогорку Кенеш «выразил свое одобрение приняв Закон о ратификации данного Соглашения». Также, Суд отклонил довод о том, что новый налоговый режим являлся недействительным, заявив, что «внесение изменений и дополнений в соответствующие законы, включая Налоговый кодекс, является прерогативой» Парламента Кыргызской Республики.

Данное обстоятельство было подтверждено заключением Министерства юстиции, которое гласило «Как Закон по СНУ, так и Закон о внесении изменений и Закон о налоговом кодексе были должным образом приняты [Парламентом] Кыргызской

Республикой согласно процедурам, установленным законодательством Кыргызской Республики», и, в случае возникновения разночтений между нормами, предусмотренными в СНУ или Пересмотренных проектных соглашениях и нормами законодательства принятого Кыргызской Республикой, «то к урегулированным таким образом отношениям применяются правила, указанные в Пересмотренных проектных соглашениях».

Утверждение № 3 (стр. 15) относительно нового налогового режима, принятого в нарушение Конституции, так как он продиктован интересами частной компании, несмотря на положение Конституции о том, что Государство и все его органы служат во благо всего общества.

См. наши ответы на утверждения №№ 1 и 2.

Утверждение № 4 (стр. 15) относительно Конституционного суда.

Данное утверждение трудно понять, но оно не относится к Центерре или Кумтору.

Как бы то ни было, как отмечено выше, Министерство юстиции подтвердило действительность решения Конституционного суда, гласящего «Решение Конституционного суда было вынесено надлежащим образом Конституционным судом Кыргызской Республики в соответствии с законодательством, и является действительным и обязательным решением Конституционного суда Кыргызской Республики согласно Конституции Кыргызской Республики и прочим законодательным актам».

Утверждение № 5 (стр. 16) относительно полномочий Правительства по списанию безнадежного долга.

См. ответ на Утверждение № 4 выше. В частности, Конституционный суд пришел к выводу, что «внесение изменений и дополнений в соответствующие законы, включая налоговый кодекс, является прерогативой» Парламента Кыргызской Республики.

Утверждение № 6 (стр. 17) относительно «Пересмотренного инвестиционного соглашения» и что оно противоречит Конституции КР потому как оно: (А) ограничивает возможности Правительства применять определенные меры, включая экспроприацию активов; а также (Б) обязывает Правительство прилагать все усилия для отмены, аннулирования, или упреждения каким-либо образом действий какого-либо должностного лица противоречащих положениям Пересмотренного инвестиционного соглашения (которое таким образом ограничивает полномочия других правительственных органов и учреждений).

Данное утверждение не относится к Центерре или Кумтору.

Прежде всего, мы отмечаем, что Закон Кыргызской Республики «Об инвестициях в КР» (далее - Инвестиционный закон КР) особо предусматривает полномочия Правительства Кыргызской Республики по заключению международных соглашений, таких как Пересмотренное инвестиционное соглашение. Мы не обнаружили каких-либо утверждений о том, что сам Инвестиционный закон КР (на который до сих пор полагались многие инвесторы в Кыргызской Республике) является неконституционным.

Мы хотели бы отметить тот факт, что Пересмотренное инвестиционное соглашение прошло рассмотрение и одобрение со стороны Правительства Кыргызской Республики, так же как и СНУ, которым в частности предусматривалось заключение Пересмотренного инвестиционного соглашения и содержащихся в нем положений. А так же, как отмечалось ранее, Конституционный суд поддержал конституционность СНУ решением, которое было подтверждено заключением Министерства юстиции.

Что касается вопросов, связанных с экспроприацией, хотели бы отметить, что текст Пересмотренного инвестиционного соглашения отражает текст статьи 6 Инвестиционного закона КР. В частности статья 6 гласит, что инвестиции не подлежат экспроприации (национализации, реквизиции или иным эквивалентным мерам, в том числе включающим действие или бездействие со стороны уполномоченных государственных органов Кыргызской Республики, приведшим к принудительному изъятию средств инвестора или лишению его возможности воспользоваться результатами инвестиций). Далее в статье говорится, что даже в случае, когда такая экспроприация осуществляется, инвестор имеет право на выплату своевременного, надлежащего и реального возмещения ущерба, включая упущенную выгоду, а также то, что данное реальное возмещение ущерба не отражает какие-либо изменения в стоимости инвестиций, вызванных самой экспроприацией. Данные концепции отражены в Пересмотренном инвестиционном соглашении.

Далее, относительно аргумента, что Пересмотренное инвестиционное соглашение требует, чтобы Правительство приложило все усилия для того, чтобы отменить, аннулировать или иным образом прекратить любые действия со стороны государственных должностных лиц, если они противоречат условиям Пересмотренного инвестиционного соглашения, то хотели бы отметить, что данный аргумент, похоже, базируется на неправильном понимании обязательства Правительства. Раздел 8.2. Пересмотренного инвестиционного соглашения гласит:

“Если какое-либо Государственное Должностное Лицо предпримет какие-либо действия, которые противоречат настоящему Соглашению или Пересмотренному Концессионному Договору, или приводят к лишению Инвестора, КГК или КОК инвестиционных льгот, на которые они имеют право согласно настоящему Соглашению или Пересмотренному Концессионному Договору, Правительство приложит все усилия для того, чтобы отменить, аннулировать или иным образом прекратить такие действия или устранить их последствия”.

Ничто в пункте о «приложении всех усилий» не означает, что Правительство наделяется полномочиями по принятию решений, которыми оно не было ранее наделено. Наоборот, данный пункт четко прописывает, что Правительство должно приложить «все усилия», что по своему определению означает, что Правительство может действовать только в рамках своих полномочий.

Утверждение №7 (стр. 21) относительно того, что «Пересмотренное концессионное соглашение» было принято в нарушение законодательства Кыргызской Республики

Мы не согласны с данным аргументом. Как указано выше, СНУ и соглашения по проекту Кумтор, включая Пересмотренное концессионное соглашение, были одобрены Правительством и Парламентом Кыргызской Республики, а также являлись предметом решения Конституционного суда и заключения Министерства юстиции Кыргызской Республики.

Утверждение №8 (стр. 19) относительно отмены ранее выданных прав на временное использование земель, и заключения о том, что Кумтор в настоящее время не имеет земель для проведения работ по геологоразведке и разработке.

Пересмотренное инвестиционное соглашение гарантирует Кумтору все необходимые разрешения и одобрения (см. Раздел 7.1(a)), а также доступ в зону реализации Проекта, включая все необходимые земельные участки, поскольку это является необходимым условием реализации проекта (см. Раздел 7.1(c)).

Во время своего визита на рудник Кумтор 6 июля 2012 г. Премьер-министр О. Бабанов подтвердил, что заявленная отмена ранее принятого постановления о предоставлении прав на земельные участки не будет влиять или как-либо ограничивать деятельность и работы по проекту Кумтор.

11 октября 2012 г. Центерра и Кумтор направили письмо в адрес Правительства Кыргызской Республики, Государственного агентства по геологии при Правительстве Кыргызской Республики и Управления по землеустройству и регистрации прав на недвижимое имущество Джети-Огузского района, обращая внимание на постановление Правительства об отмене прав на участок земли в 26400,8 гектаров. В письме Центерра и Кумтор обращают внимание на различные обязательства Правительства, взятые на себя в рамках Пересмотренного инвестиционного соглашения, включая обязательство обеспечивать доступ к земельным участкам для реализации проекта и не предпринимать каких-либо действий, которые могут отменить права или остановить производство, а также обязательство предпринять все необходимые усилия для остановки любых действий, предпринятых государственными должностными лицами, которые могут помешать Центерре и Кумтору реализовывать свои права в рамках Инвестиционного

соглашения. В этой связи, Центерра и Кумтор обратились в Правительство и Управление по землеустройству и регистрации прав на недвижимое имущество Джети-Огузского района с просьбой отменить вышеуказанное постановление.

В случае возникновения вопросов относительно представленных ответов на Отчет, пожалуйста свяжитесь со мной.

С уважением,

Фрэнк Херберт
Главный юрист-консульт
Центерра Голд Инк.