



Посольство
Великобритании
Астана



М.К. Сулейменов
Е.Б. Осипов

Обзор законодательной базы для инвестиций в нефтегазовом секторе Республики Казахстан

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

Данная работа посвящена описанию различных контрактных вариантов, существующих в законодательстве Казахстана, с точки зрения исторического, современного состояния и перспектив развития законодательства в этой области.

В работе выявляются проблемные вопросы с законодательной точки зрения, анализ концессионной (основанной на концессии) и контрактной (основанной на соглашении о разделе продукции) системы недропользования в Казахстане.

Проводится также анализ законодательного статуса различных видов нефтегазовых контрактов по Казахстанской конституции.

В работе рассмотрены административные и законодательные процедуры по принятию нефтегазовых контрактов в Казахстане; сильные и слабые стороны, варианты на будущее, рассматриваются проблемные вопросы в этой сфере.

Анализ вариантов по разрешению и согласованию конфликтов, касающихся нефтегазовых проектов, с выявлением ключевых характеристик и опыта, рассматривается с точки зрения развития арбитражного порядка рассмотрения споров в Казахстане, а также анализа проблемных вопросов в этой области.

В работе дан анализ казахстанского подхода в настоящем и будущем по приложению различных стабилизационных мер в нефтегазовых контрактах, освещаются проблемные вопросы изменения законодательства в рамках этого направления.

Проводится анализ развития законодательных положений по управлению нефтегазовыми контрактами, в частности, по проекту нового Закона Казахстана о недрах.

Становление законодательной базы для инвестиций в нефтегазовый сектор Казахстана. Минерально-сырьевой комплекс Казахстана является одной из приоритетных отраслей экономики, обеспечивающих развитие Республики Казахстан. Это обусловлено тем, что Казахстан является страной, обладающей огромным минерально-сырьевым потенциалом. В недрах Республики выявлены, за малым исключением, все элементы периодической системы Менделеева. По разведанным запасам урана, хрома, свинца и цинка Казахстан занимает второе место в мире. По марганцу - третье, по меди - пятое. По запасам угля, железа и золота Казахстан входит в ведущую десятку стран мира. По газу, нефти и алюминию занимает, соответственно, двенадцатое, тринадцатое и семнадцатое место.¹ Анализ тенденций развития минерально-сырьевых проблем в мире показывает, что в перспективе неизбежен рост потребности в природном минеральном сырье, а развитые страны будут и в дальнейшем проявлять экономическую и политическую активность в богатых минеральными ресурсами районах мира, одним из которых является Казахстан. Помимо богатых природных ресурсов, аграрного и промышленного потенциала, квалифицированных кадров специалистов и грамотной рабочей силы, Казахстан занимает выгодное геополитическое положение между Западом и Востоком, и ценность этого положения в последующем, по-видимому, будет возрастать с учётом ожидаемого бума развития азиатской части мира.

Богатые запасы минерального сырья делают Казахстан привлекательными как для отечественных, так и для иностранных инвесторов. В то же время необходимо отметить, что одной из важнейших отраслей, которая создает условия для развития производства и жизнедеятельности населения и во многом определяет экономическую независимость страны, является нефтегазовый комплекс Республики Казахстан.

При этом также необходимо отметить, что Казахстан стал известным во всем мире не только и столько благодаря своим природным богатствам, а привлечению иностранных инвестиций, что способствовало развитию экономики в целом, в том числе и нефтегазового комплекса Республики Казахстан.

Привлечение иностранных инвестиций в экономику Республики Казахстан, в том числе и нефтегазовый сектор, стало возможным благодаря работе по созданию инвестиционно-привлекательного имиджа Казахстана, чему, в первую очередь способствовало создание соответствующей законодательной базы. Тот факт, что в Казахстан, на сегодня, вложены миллиарды долларов иностранного капитала, большая часть из которых - в минерально-сырьевой комплекс, подтверждает существование в Казахстане законодательной базы, создающей необходимые условия для привлечения иностранных инвестиций и эффективного использования минеральных ресурсов. И наличие соответствующей законодательной базы послужило одной из важнейших причин привлекательности Казахстана для иностранных инвестиций.

Так, в середине 90-х годов, был принят целый ряд законодательных актов, позволяющих создать устойчивую правовую базу для работы инвесторов в сфере использования минеральных ресурсов. Главными среди них являются Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 года "О недрах и недропользовании" (далее - Указ "О недрах"), Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 28 июня 1995 года "О нефти" (далее - Указ "О нефти") и Закон Республики Казахстан "Об иностранных инвестициях"². Создание благоприятных условий для привлечения инвестиций в освоение минеральных ресурсов провозглашено одним из основных принципов законодательства Казахстана о недрах и недропользовании (п. 7 ст. 3 Указа "О недрах"). Немаловажное значение для инвестиционной деятельности в

¹ Минерально-сырьевые ресурсы и устойчивое развитие Казахстана. Материалы конференции. Алматы: Кокшетау. 1998. С. 9.

² См. об этом также: Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К.Сулейменов.- Алматы:КазГЮА, 2001. – С.157-159.

нефтегазовом секторе экономики Казахстана, в том числе и деятельности недропользователей, производящих нефтяные операции, имеет налоговое и таможенное законодательство.

Примечательно, что основная работа по изменению законодательства по недропользованию по большей части связана именно с изменением налогового и таможенного режима, а также связанными с этим условиями инвестиций в нефтегазовый сектор.

Иностранные инвестиции в нефтегазодобывающую отрасль подчиняются нормам общего законодательства об инвестициях.

Закон Республики Казахстан от 10 июня 1991 г. "Об инвестиционной деятельности в Казахстане" регулировал деятельность всех инвесторов, в том числе иностранных. Однако в ст.4 закона закреплялось, что инвестиционная деятельность иностранных субъектов в Казахстане регулируется также Законом об иностранных инвестициях, а деятельность советских и иностранных субъектов в свободных экономических зонах - Законом о свободных экономических зонах.

Начало формированию внешнеэкономического законодательства в Казахстане положили три взаимосвязанных закона, принятые в конце 1990 г.: Об основных принципах внешнеэкономической деятельности Казахстана (15 декабря 1990 г.); Об иностранных инвестициях в Казахстане (7 декабря 1990 г.); О свободных экономических зонах в Казахстане (30 ноября 1990 г.). В 1991 г. были приняты Закон о валютном регулировании в Казахстане (13 июня 1991 г.) и Закон о концессиях в Республике Казахстан (23 декабря 1991 г.).

Важное место в системе внешнеэкономического законодательства занимали Указы Президента Республики Казахстан. Необходимо отметить два указа: "Об обеспечении внешнеэкономической деятельности Казахстана" (31 августа 1991 г.) и "Об организации внешнеэкономической деятельности Республики Казахстан на период стабилизации экономики и проведения рыночных преобразований" (25 января 1992 г.). Последним, в частности, всем юридическим лицам на территории Казахстана независимо от форм собственности предоставлялось право осуществлять без специальной регистрации внешнеэкономическую деятельность, в том числе посредническую, за исключением сделок по экспорту некоторых видов продукции государственного значения (нефти, газа, угля, руды, проката, зерна, хлопка, шерсти и т.п.).

Из других нормативных актов следовало бы отметить, в частности, Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 31 октября 1991 г. №661 "О порядке создания и деятельности на территории Казахской ССР предприятий и организаций с иностранными инвестициями". Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 3 июля 1992 г. "Об утверждении Положения о порядке предоставления земель в пользование совместным предприятиям, международным объединениям и организациям, иностранным юридическим лицам и гражданам для осуществления деятельности на территории Республики Казахстан".

Однако наличия общего законодательства об иностранных инвестициях было явно недостаточно. Нефть является стратегическим товаром, ее разведка и добыча - это весьма сложное и дорогостоящее дело, каждое месторождение не похоже ни на одно другое. Требовались специальные нормы, учитывающие специфику нефтяного производства.

Кроме того, иностранные подрядчики, которые рискуют крупными капиталами, хотели стабильного и ясного законодательства. Они никак не могли разобраться в многочисленных и противоречивых законах республики. Поэтому нужно было

специальное нефтяное законодательство. Во всех нефтедобывающих странах такое законодательство, причем, весьма обширное и разветвленное, существует.

Основным законодательным актом в сфере разведки и добычи полезных ископаемых являлся Кодекс о недрах и переработке минерального сырья (принят Верховным Советом Республики Казахстан 30 мая 1992 г.). В соответствии с Конституцией Республики Казахстан в кодексе было закреплено, что недра являются исключительной собственностью республики. Право собственности на недра осуществлялось Верховным Советом. В то же время функции по распоряжению природными ресурсами по закону были переданы правительству республики.

В Кодексе предусматривалось предоставление недр в пользование для:

- геологического изучения;
- добычи полезных ископаемых;
- строительства и эксплуатации подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых.

Недра для геологического изучения (разведки) предоставлялись на условиях конкурса правительством Республики Казахстан. Для добычи полезных ископаемых право предоставления недр было делегировано Верховным Советом по месторождениям республиканского значения правительству, по месторождениям местного значения - местной администрации.

Однако все нефтяные месторождения, учитывая стратегическое значение нефти, предполагалось отнести к месторождениям республиканского значения.

Основные положения, закрепленные в кодексе, применительно к нефти получили развитие в специальном нефтяном законодательстве, начало которому положил Закон о нефти. Проект этого закона разработан Министерством энергетики и топливных ресурсов при активном участии юристов Института государства и права Национальной академии наук. В подготовке проекта участвовали также юристы Всемирного банка и американской юридической фирмы "Чадборн и Парк". Проект был внесен на мартовскую (1993 г.) сессию Верховного Совета Республики Казахстан³.

Мы коснемся только некоторых, наиболее принципиальных и спорных моментов проекта Закона о нефти.

Закон построен по модели нефтяного контракта. В нем определены компетенция государственных органов, понятие и виды нефтяных контрактов, права и обязанности сторон, условия проведения нефтяных операций, коммерческие и правовые условия заключаемых контрактов.

В понятие нефти включается не только сырая нефть, но и природный газ, а также углеводороды, произведенные из сырой нефти, природного газа, горючих сланцев или смолистых песков. Закон о нефти регулирует отношения, связанные с проведением нефтяных операций, под которыми понимаются все работы, относящиеся к геологоразведке, обустройству, добыче, обработке, обогащению продукции (включая очистку и осушку природного газа, а также извлечение попутных компонентов из нефти), хранению, транспортировке и продаже углеводородов на внутреннем и внешнем рынках.

³ См. об этом: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006. – С.194-204.

Одним из наиболее острых вопросов, возникающих при обсуждении проекта, был вопрос о компетентном органе, то есть о том, кто с казахстанской стороны должен заключать контракт. Попытки конкретно определить в законе, какое министерство или ведомство должно выступить в роли компетентного органа, ни к чему не привели. Это было связано, во-первых, с борьбой за первенство в заключении контрактов на проведение нефтяных операций между могущественными ведомствами (Министерствами геологии, энергетики и топливных ресурсов, экономики), и во-вторых, с нецелесообразностью определять в условиях постоянно меняющейся структуры органов государственного управления какой-то один орган, который в последующем стабильно длительный срок занимался бы заключением нефтяных контрактов. С изменением экономической и политической ситуации в республике может потребоваться изменение функций существующих или создание новых государственных органов, тогда пришлось бы каждый раз вносить изменения в Закон о нефти.

Исходя из этого, в законе в качестве компетентного органа определено правительство Республики Казахстан или иной государственный орган, которому оно делегирует права, непосредственно связанные с заключением и исполнением контрактов на проведение нефтяных операций. Такой орган правительство может определить сразу своим постановлением, или для каждого нефтяного контракта назначать такой орган.

Роль компетентного органа в настоящее время возложено на Министерство нефти и газа (до недавнего времени - Министерство энергетики и минеральных ресурсов).

Под контрактом в законе понимается договор между Подрядчиком (Контрактором) и Компетентным органом на проведение нефтяных операций.

В зависимости от условий конкретных нефтяных операций допускаются комбинированные и иные формы контрактов.

Условия концессионного контракта были определены в Законе о концессиях в Республике Казахстан (принят Верховным Советом 23 декабря 1991 г.). Концессия - это сдача земли и недр в аренду на определенный срок. В мировой практике сейчас классическая форма концессии почти не встречается. Применяется, и то не очень часто, так называемая модернизированная концессия, то есть концессия с элементами договора о разделе продукции, когда на концессионера возлагается ряд дополнительных обязанностей, не характерных для договора аренды.

В нашей республике применение договора-концессии, учитывая развитую нефтяную промышленность, было признано на определенных этапах нецелесообразным. Контракты о разделе продукции и на предоставление услуг являются договорами подряда. Республика нанимает подрядчика проводить нефтяные операции за определенную плату.

По контракту на предоставление услуг (риск сервис) подрядчик оказывает услуги по проведению нефтяных операций, получая за это вознаграждение в валюте. Пока таких контрактов у нас не заключалось.

Наиболее распространенным и подходящим к условиям Казахстана до недавнего времени являлось контракт о разделе продукции (Продакшн шеринг, СРП). Смысл договора заключался в том, что подрядчик осуществлял нефтяные операции (разведку и добычу нефти) за свой счет и на свой риск. В случае обнаружения нефти часть добываемой продукции направляется на возмещение затрат подрядчика (Кост ойл), а оставшаяся часть делится между сторонами в определенной пропорции (Профит ойл). Кроме того, подрядчик уплачивал республике налоги и платежи (бонус, роялти, рентлс).

На условиях "Продакшн шеринг" был заключен контракт на разработку месторождения в Актюбинской области с французской фирмой "Эльф-Акитен" сроком на 30 лет. Такой же

договор был заключен с фирмами "Бритиш Газ" и "Аджип" на разработку крупнейшего газоконденсатного Карачаганакского месторождения в Уральской области сроком на 40 лет.

Определенное распространение получило при разработке нефтяных месторождений создание совместных предприятий, хотя мировая практика показывает недостаточную эффективность подобной формы отношений в нефтегазовой отрасли. Особое место здесь занимает сделка с американской фирмой "Шеврон" на нефтедобычу на Тенгизском месторождении в Атырауской области. По договору между Тенгизнефтегазом и "Шевроном" предполагалось создание совместного предприятия "Тенгизшевройл". Однако созданию предприятия предшествовало заключение соглашения между правительством Республики Казахстан и корпорацией "Шеврон", в котором были оговорены основные экономические условия проекта. "Шеврон" делает миллиардные вложения в развитие нефтедобычи на Тенгизе. Добываемая нефть делится между сторонами в такой пропорции, чтобы обеспечить получение прибыли для сторон в соотношении 80% Казахстану и 20% "Шеврону".

Разумеется, Закон о нефти распространяется прежде всего и преимущественно на отношения с иностранными подрядчиками, так как именно здесь возникает больше всего проблем, требующих четкого урегулирования. Однако следует подчеркнуть, что Закон о нефти применяется и в отношениях с национальными подрядчиками. То есть, проведение всех нефтяных операций переводится на контрактную основу, все нефтеразведочные и нефтедобывающие организации должны заключить контракт с Компетентным органом⁴.

Кто может выступать в качестве подрядчика (контрактора) в нефтяном контракте? Подрядчик (контрактор) - любое юридическое или физическое лицо, или объединение таких лиц, государства и/или международные организации, осуществляющие в республике нефтяные операции в соответствии с Законом о нефти. Следовательно, в качестве подрядчика могут выступать не только предприятия, но и граждане (как казахстанские, так и иностранные). Конечно, пока можно только теоретически представить, что гражданин Республики Казахстан возьмется разрабатывать нефтяное месторождение, что касается иностранных граждан - это вполне реально.

Что касается предприятий (юридических лиц), то следует различать казахстанские юридические лица и иностранные юридические лица.

В целом в Казахстане была подготовлена необходимая нормативно-правовая база для обеспечения деятельности инвесторов в нефтегазовом секторе экономики Казахстана. В то же время, законодательство, регулирующее право недропользования и права недропользователей, в том числе и по вопросам налогового и таможенного регулирования, постоянно по ряду объективных и субъективных причин изменяется вместе с правилами проведения операций по недропользованию, меняются условия инвестиционной деятельности в недропользовании, в том числе и в нефтегазовом секторе.

При этом не всегда изменение законодательства в целях его совершенствования приносит положительный эффект. Зачастую такие изменения законодательства бывают продиктованы какими-то частными причинами, задачами преодоления отдельных проблем, решения тактических задач повышения уровня доходов бюджета и т.д., результатом чего становится разрушение сложившихся правовых конструкций, ухудшение правового регулирования операций по недропользованию.

⁴ О предоставлении права недропользования и изменению лицензионного порядка предоставления права недропользования на контрактный см. подробнее также: Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К.Сулейменов.- Алматы:КазГЮА, 2001. – С.159-190.

В связи с этим необходимо отметить, что законодательство в сфере инвестиционной деятельности в нефтегазовом секторе прошли неоднозначные этапы реформирования и в настоящий момент также переживают период изменений.

Основными вопросами, имеющими существенное значение для определения инвестиционной политики государства в нефтегазовом секторе, являются, по нашему мнению, вопросы о способах передачи недр в пользование недропользователю: лицензионно-контрактной системы регулирования проведения нефтяных операций, а также регулирование вопросов собственности на добытую нефть при проведении нефтяных операций и порядок получения государством экономической ренты: применение концессионных условий или условий о разделе продукции в контракте о проведении нефтяных операций.

Исторически так уж сложилось, что одним из первых контрактов на проведение нефтяных операций, заключенных после приобретения Казахстаном суверенитета, стал контракт о разделе продукции⁵.

Согласно Постановлению Кабинета Министров Республики Казахстан от 10 марта 1992 года N 205 «Об утверждении Договора о сотрудничестве в поиско-разведке и разработке месторождений углеводородов в Актюбинской области Республики Казахстан на условиях раздела продукции, заключенного с фирмой "Эльф Нефтегаз" (Франция)», указанный договор является одним из первых контрактов на проведение нефтяных операций и одним из первых соглашений о разделе продукции, заключенных Республикой Казахстан после принятия Декларации о государственном суверенитете Республики Казахстан (Постановление Верховного Совета Казахской ССР от 25 октября 1990 года) и объявления о государственной независимости Республики Казахстан (Конституционный закон Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года).

То, что один из первых контрактов на проведение нефтяных операций содержал условия о разделе продукции, было обосновано в какой-то мере публичным правом Казахстана, а также международной практикой осуществления нефтяных операций.

Статьей 9 Декларации о государственном суверенитете Республики Казахстан (далее – Декларация о суверенитете) было предусмотрено, что в исключительной собственности Республики Казахстан, составляя основу ее суверенитета, находятся земля и ее недра, воды, воздушное пространство, растительный и животный мир, другие природные ресурсы, культурные и исторические ценности народа, весь экономический, научно-технический потенциал - все национальное богатство, имеющееся на ее территории. Статьей 11 Декларации о суверенитете было установлено право Казахской ССР самостоятельно устанавливать порядок использования природных ресурсов. В статье 11 Конституционного закона Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О государственной независимости Республики Казахстан» (далее – Закон о государственной независимости) также предусматривалось, что в исключительной собственности Республики Казахстан, составляя основу ее государственной независимости, находятся земля и ее недра, воды, воздушное пространство, растительный и животный мир, другие природные ресурсы, экономический и научно-технический потенциал.

Указанный договор был заключен фактически в период отсутствия казахстанского законодательства по использованию природных ресурсов, использованию недр или порядку заключения нефтяных контрактов, в том числе и соглашений о разделе

⁵ См. об этом также: Осипов Е.Б. Обзор законодательной базы для инвестиций в нефтегазовом секторе Казахстана // Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора Ю.Г.Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 29-30 мая 2008 г./отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008.- С.184-193.

продукции. Договор с фирмой "Эльф Нефтегаз" был заключен до принятия не только таких действующих в настоящее время законодательных актов, как Закон Республики Казахстан от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее – Закон о недрах) или Закон Республики Казахстан от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее – Закон о нефти), но даже до принятия Кодекса Республики Казахстан от 30 мая 1992 года «О недрах и переработке минерального сырья» (далее – Кодекс о недрах). В период заключения указанного договора, в частности, на территории Республики Казахстан действовали Закон Казахской Советской Социалистической Республики от 7 декабря 1990 года «Об иностранных инвестициях», Закон Казахской Советской Социалистической Республики от 10 июня 1991 года «Об инвестиционной деятельности в Казахской ССР», Закон Республики Казахстан от 24 декабря 1991 года «О таможенном тарифе и пошлине». Закон Республики Казахстан от 25 декабря 1991 года «О налоговой системе в Республике Казахстан».

В статье 2 Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 16 декабря 1991 года «О введении в действие Конституционного Закона Республики Казахстан "О государственной независимости Республики Казахстан"» предусматривалось, что до принятия соответствующих законодательных и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат Закону о независимости, иным законодательным и нормативным актам Республики Казахстан. Это не умаляло право Республики Казахстан на заключение соглашения о разделе продукции с учетом международного опыта проведения нефтяных операций. Мало того, провозглашенное Декларацией о государственном суверенитете Республики Казахстан и Законом о государственной независимости исключительная собственность Республики Казахстан, составляющая основу ее суверенитета и государственной независимости, на недра и природные ресурсы, создавали основу для заключения Соглашений о разделе продукции. Отсутствие законодательного регулирования соглашений о разделе продукции обусловили необходимость применения международного опыта и международных обычаев, применяемых к соглашениям о разделе продукции.

Общеизвестно (что может быть подтверждено любыми справочными источниками, научными экономическими и правовыми изданиями и публикациями по вопросам налогового режима проведения нефтяных операций или операций по недропользованию, международным опытом проведения операций по недропользованию и нефтяным операциям и т.д.), что Соглашения о разделе продукции, относящиеся к так называемой «контрактной системе использования недр», заключаются в правовых системах, исключаящую частную собственность на недра и/или минеральные ресурсы, находящиеся в недрах, и являются альтернативой концессии (так называемым «концессионной системе», соглашениям о концессии), предполагающей право собственности недропользователя на недра и /или на минеральные ресурсы, находящиеся в недрах в пределах определенного участка или блока недр⁶.

Главным различием между концессионной (то есть на основе соглашения о концессии) и контрактной (то есть на основе соглашения о разделе продукции) системой является отношение к вопросу о собственности на минеральные ресурсы. Первоначальными источниками различия стали правовые традиции англосаксонских стран и Франции. Концессии, как следует из самого термина, предполагают частную собственность на минеральные ресурсы. Тем не менее, в большинстве стран недра принадлежат государству, но в рамках концессионных договоров права на месторождения передаются добывающим компаниям – недропользователям⁷.

⁶ См., например: Джонстон Д. Международный нефтяной бизнес: налоговые системы и соглашения о разделе продукции / Пер. с англ. – М.: ЗАО «Олимп-Бизнес», 2000. – С.40-46.

⁷ См. об этом, например: Клюкин Б.Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. – М.: Городец-издат, 2000. – С.11-12.

При этом концессионная система предусматривает, по общему правилу, экономическую ренту государства от использования недр в виде получения роялти и налогов недропользователя, а контрактная система – в виде получения роялти и доли от раздела продукции⁸.

При заключении соглашения о разделе продукции в некоторых странах не предусматривается выплата роялти, например, в Индонезии на современном этапе (но при этом присутствует высокая доля государства при разделе продукции). Или даже в некоторых странах предусматривается «отрицательное» роялти – роялти в пользу подрядчика, например, на Филиппинах (при достаточно высоком уровне участия государства в операциях по недропользованию). Также в некоторых странах предусматривается роялти в виде процента от учетной прибыли (например, некоторые СРП в Зеландии) и другие разновидности, но в большинстве стран роялти по СРП устанавливается в виде определенного процента от валовой добычи, выплачиваемой государству-собственнику недр до возмещения расходов и раздела продукции.

Существенным различием между концессионной и контрактной системой является также и определение права собственности на минеральные ресурсы: при концессионной системе концессионер имеет право собственности на минеральные ресурсы, в том числе и на нефть в устье добывающей скважины, и реализует минеральные ресурсы как собственник, платя при этом все налоги, в том числе и налоги на прибыль от реализации; в то время при контрактной системе (при заключении соглашения о разделе продукции) подрядчик становится собственником минеральных ресурсов только после раздела продукции в определенной точке раздела, как правило, связанного с местом экспорта минеральных ресурсов или с местом передачи минеральных ресурсов транспортной организации (магистральный трубопровод, нефтеналивной терминал, место погрузки твердых минеральных ресурсов грузоперевозчиком и т.д.).

Кроме того, подрядчик по Соглашению о разделе продукции получает долю продукции как плату за разработку месторождения и добычу минеральных ресурсов, принадлежащих на праве исключительной собственности государству, и принятие рисков, связанных с разведкой и/или добычей. Так как подрядчик не является собственником добытых минеральных ресурсов и получает свою долю в качестве платы за работу, то Соглашения о разделе продукции не предусматривают, по общему правилу, уплату подрядчиком (подрядчиком) каких-либо установленных налогов на прибыль или иных налогов (уплачиваемых недропользователем при концессионной системе) и иных обязательных платежей в бюджет, кроме как роялти (платежей за пользования недрами, не связанных с получением прибыли) и доли продукции при ее разделе.

При этом с экономической точки зрения, экономическая рента с учетом всего срока использования недр при концессионной и при контрактной системе сопоставимы друг с другом, и разница, по большей части, связана с правовым оформлением и, в некоторой степени, с распределением рисков, в том числе и в связи с различным разрешением вопросов собственности на недра и/или минеральные ресурсы.

Еще одно различие между концессионной и контрактной системой заключается в определении права собственности на оборудование, используемое для проведения операций по недропользованию или нефтяных операций. При концессионной системе это имущество относится к собственности концессионера, который получает право на амортизационные отчисления в общеустановленном порядке. При контрактной системе подрядчик имеет право на получение возмещения на затраты по проведению операций по недропользованию (в том числе и стоимости оборудования) за счет добываемой продукции до ее раздела, и после получения такого возмещения это

⁸ Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. – Алматы: Жеты жаргы, 1997. – С.161.

имущество подлежит передаче государству – собственнику недр и добываемых минеральных ресурсов.

Кодекс Республики Казахстан 30 мая 1992 года «О недрах и переработке минерального сырья» (далее – Кодекс о недрах 1992 года) стал первым законодательным актом Республики Казахстан в области недропользования. В соответствии с Кодексом о недрах 1992 года недра признавались исключительной собственностью государства, при этом допускалось платное специальное пользование недрами – использование недр для удовлетворения народнохозяйственных и иных нужд путем извлечения (отделения) ее составных частей или для размещения подземных сооружений, захоронения вредных веществ и отходов производства, сброса сточных вод. При этом согласно Кодексу о недрах 1992 года разведка, добыча и переработка радиоактивного сырья осуществлялась юридическими лицами на основании лицензий и контрактов в порядке, установленном действующим законодательством. В отношении предоставления недр в пользование предприятиям с иностранным участием, иностранным юридическим и физическим лицам Кодекс о недрах 1992 года предусматривал правило о возможности предоставления как на условиях контракта (под которым предполагалось соглашение о разделе продукции), так и на условиях концессии. При этом до заключения контракта или концессии пользователь недр должен был получить лицензию на специальное пользование недрами. В случае концессии отдельного договора о предоставлении недр в пользование не предусматривалось и все условия о предоставлении недр предусматривались приложениями к лицензии.

Следующим этапом реформирования отношений в нефтегазовом секторе стало принятие Указа Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 28 июня 1995 года «О нефти» (далее - Закон о нефти) и Указа Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 года «О недрах и недропользовании» (далее - Указ о недрах). С принятием Закона о нефти законодательно было закреплён порядок предоставления разрешения Подрядчику на проведение Разведки и Добычи на фиксированный срок в пределах Контрактной территории, а также закреплён договорной порядок предоставления Подрядчику права на проведение нефтяных операций на основе Контракта, которым определяются вопросы собственности на добытую нефть, в том числе условия о разделе продукции или концессии, вопросы налогообложения и иные необходимые условия. Фактически, с принятием Закона о нефти допускались как концессионные соглашения, так и соглашения о разделе продукции⁹.

С августа 1999 года при дальнейшем совершенствовании Законов о недрах и о нефти законодательное регулирование операций по недропользованию отказалось от лицензирования деятельности по недропользованию и перешло на контрактную систему предоставления права недропользования. При этом в Закон о нефти были внесены соответствующие изменения и дополнения, в соответствии с которыми под контрактами на проведение нефтяных операций стали пониматься как соглашения о разделе продукции, договоры о подряде и возмездном оказании услуг (сервисные контракты), так и договоры концессии. Законы о недрах и о нефти устанавливают общие правила проведения операций по недропользованию, задачи и принципы законодательства, компетенцию исполнительных органов, порядок предоставления права недропользования, заключения контрактов на разведку и добычу, правила учёта государственного фонда и охраны недр, условия безопасности населения и персонала, права и обязанности недропользователя.

При этом необходимость и значимость Закона о нефти обусловлена существенными особенностями нефтяных операций, которые заключаются помимо химических, так и физическими свойствами нефти, газа и иных углеводородов, относящихся к понятию нефти, используемому Законом о нефти. В отличие от большинства иных минеральных полезных ископаемых, представленных преимущественно в твёрдом виде, нефть

⁹ См. об этом, например: Мауленов К.С. Нефтяное право Республики Казахстан и зарубежных стран. – Алматы: «Данекер», 2003. – С50.

представлена в жидком или газообразном состоянии, залегающим, как правило, глубоко под землей под большим давлением, что обуславливает специфику извлечения нефти из недр и ее транспортировки, обустройства месторождения и иной сопутствующей нефтяным операциям инфраструктуры.

Развитие горного дела во всем мире, международная практика осуществления нефтегазовых операций показывает, что в отношении разработки недр и месторождений полезных ископаемых повсеместно применяется либо концессионная система, либо контрактная, предусматривающая раздел продукции¹⁰.

Присутствует еще одна система разработки нефтегазовых месторождений – так называемые сервисные контракты с риском и без риска, предусматривающие плату подрядчику за выполнение работ по добыче и освоению месторождения с сохранением за собственником недр - государством права собственности на полезные ископаемые. По своей сущности сервисные контракты можно отнести к однопорядковым договорам с соглашениями о разделе продукции, от которых они отличаются только лишь источником возмещения своих затрат и получения дохода от проведения операций по недропользованию. Если в соглашениях о разделе продукции прибыльная часть подрядчика формируется за счет части добытой продукции, то в сервисных контрактах прибыльная часть формируется за счет платы со стороны заказчика – собственника недр, которая также возмещается собственником за счет добытой продукции. В любом случае, какой-то новой системы проведения нефтяных операций, кроме как концессионной или контрактной (основанной на соглашениях по разделу продукции или сервисном контракте) быть не может. Различия, безусловно, могут быть в каких-то отдельных условиях, в частности, налогообложения, порядка возмещения затрат и т.д., но по сущности отношения между государством - собственником недр и недропользователем будут представлены либо концессионными отношениями, либо контрактными отношениями по разделу продукции или оказанию возмездных услуг¹¹.

В то же время в настоящее время при реформировании законодательного регулирования отношений по недропользованию в Казахстане, которая характеризуется разработкой нового Закона о недрах и недропользовании вместо действующего Закона о недрах и Закона о нефти и разработкой нового Налогового кодекса, предусматривающего новый порядок налогообложения операций по недропользованию, делаются весьма интересные заявления, что в Казахстане отказываются от контрактов концессии и соглашений о разделе продукции в сфере недропользования и вводится новый вид контракта, предусматривающий вместо роялти как платы за пользование недрами налог на добычу полезных ископаемых. При этом в качестве доказательства приводится довод, что новый Закон о недрах и недропользовании не предусматривает деление Контрактов на проведение операций по недропользованию на контракты по концессии, соглашения по разделу продукции и сервисные контракты. Необходимо признать, что реформирование операций по недропользованию в настоящее время проводится именно в связи с изменением порядка налогообложения, а не в связи с введением какого-то нового вида контракта на недропользование.

Несмотря на заявление разработчиков проекта нового Закона о недрах и недропользовании, Контракт на проведение операций по недропользованию в проекте закреплен как преимущественно концессионный, если только иное не предусмотрено в нем. Это следует из определения права собственности на минеральное сырье, то есть извлеченная но поверхность часть недр, содержащее полезные ископаемые. Согласно пункту 2 статьи 10 Проекта предусмотрено, что если иное не предусмотрено контрактом, минеральное сырье принадлежит недропользователю на праве собственности, что характерно концессионным отношениям. В отношении же того, что же понимать под

¹⁰ Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву / Науч. ред. В.С.Ем – М.: Статут, 2006. – С.259.

¹¹ См. об этом подробнее: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006. –С.392-395.

«если иное не предусмотрено контрактом», напрашивается один вывод – контрактом может быть предусмотрено, что право собственности контрактом может быть сохранено за собственником недр – государством, что характерно для отношений по соглашению о разделе продукции. Поэтому, вне зависимости от условий налогообложения контракта, контракт на недропользование по проекту Закона о недрах и недропользовании предполагается концессионным, если иное не будет предусмотрено самим контрактом. Такой порядок присутствует в законодательстве Казахстана со времен принятия Кодекса о недрах 1992 года. При этом Законами о недрах и о нефти также всегда допускалось заключения как концессионного контракта, так и контракта о разделе продукции или сервисного контракта.

В отношении же налога на добычу полезных ископаемых, предусмотренный новым Налоговым Кодексом Казахстана, необходимо отметить, что он практически не отличается от роялти. Налог на добычу полезных ископаемых, как любое роялти или бонусы, никак не связано с прибыльностью проекта по недропользованию, взимается до любых вычетов или без их учета, является регрессивным платежом, так как чем ниже прибыльность или рентабельность проекта по недропользованию, тем относительно выше уровень этих выплат. Как и роялти, налог на добычу полезных ископаемых, являясь налогом с валового дохода недропользователя, обеспечивает государству-собственнику недр получение доходов на ранних этапах добычи без учета вычетов или прибыли (убытков) недропользователя.

С практической точки зрения изменение статуса специального платежа недропользователя на налог, повышение ставки этого вида налога по сравнению с ранее действовавшим роялти по большому счету ничего не меняет. Как уже отмечалось ранее, даже при существенной разнице концессионной и контрактной системы экономическая рента в обоих случаях на практике сопоставимы друг с другом. Это достигается рыночным путем: если нефтегазовый проект не будет предоставлять средний отраслевой уровень рентабельности с учетом уровня запасов полезных ископаемых, предполагаемых затрат и доходов недропользователя, наличия необходимой инфраструктуры, транспортных путей, сопоставимых экономических и политических рисков, никто не возьмется за разработку данного месторождения или месторождений в этой стране. Приток инвестиций в нефтегазовый сектор будет сигналом о хорошем инвестиционном климате в стране, нормальном уровне налогообложения, высокой степени доверия инвесторов к экономической и политической ситуации в стране и т.д. Отсутствие достаточного уровня инвестиций в нефтегазовый сектор потребует от государства пересмотра правового регулирования нефтяных операций, пересмотра уровня налоговой нагрузки на нефтегазовый сектор, создания каких-то дополнительных стимулов для инвестиций, в том числе и иностранных, как это было в первой половине прошлого десятилетия, когда был принят специальный закон об иностранных инвестициях. Единственное, что можно было бы отметить, это то, что необоснованное и частое изменение законодательства в области регулирования недропользования, необоснованные заявления об отказе от какой-то системы недропользования (пусть даже от контрактной или концессионной) и внедрения какой-то новой системы недропользования, резкое и частое изменение налогового законодательства, чрезмерное увеличение налоговой нагрузки, безусловно, может отрицательно сказаться на инвестиционном климате Казахстана в нефтегазовом секторе и в экономике в целом.

Административные и законодательные процедуры по заключению нефтегазовых контрактов. Казахстанским законодательством подробно регламентированы административные процедуры по заключению нефтегазовых контрактов, относящихся к разновидности контрактов на недропользование.

Признавая положительные моменты детализированной регламентации административных процедур по заключению и исполнению нефтегазовых контрактов, так как это способствует с одной стороны увеличению прозрачности в этой сфере, в то же время на практике имеются и негативные моменты этих процессов. В последние годы

произошли изменения государственной политики при государственно-правовом регулировании экономики, что особенно проявилось в период экономического подъема Казахстана, особенно на фоне роста цен на нефть и иные сырьевые ресурсы Казахстана. Имеет место усиление вмешательства государства в хозяйственную деятельность, уравнивание прав иностранных и национальных инвесторов за счет ликвидации льгот для первых, отказ от стабильности законодательства, усиление доминирующего влияния национальных компаний. Эти изменения проявляются во вновь принятых за последние пять-восемь лет законах: об инвестициях, о государственном регулировании производства и оборота нефтепродуктов, о Соглашениях о разделе продукции и отмене этого же закона, о внесении изменений и дополнений в законы о нефти и о недрах и недропользовании, новом Налоговом кодексе, разрабатываемом в настоящее время ряде законов об экологии, новых законах о конкуренции, о государственном имуществе и т.д.¹²..

Безусловно, это право государства определять государственную политику в сфере экономики с учетом государственных интересов, государственной собственности на недра, потребностями общества в охране окружающей среды и государственными задачами по экологической безопасности и т.д. Государство имеет право и обязано совершенствовать регулирование отношений в нефтяной сфере и других стратегических отраслях экономики Казахстана. Однако при этом важно не перегнуть палку и необходимо отличать государственный контроль от вмешательства в хозяйственную деятельность.

Рыночная экономика, с которой неразрывно связаны правовое государство и гражданское общество и к построению которого стремится Казахстан, предполагает четкое разделение публично-правовой и частно-правовой сфер, на необходимость разграничения публичного права и частного права обращается внимание и в концепции правовой политики Республики Казахстан, в которой подтверждается также необходимость соблюдения фундаментальных основ гражданского законодательства, важнейшим из которых является равенство субъектов¹³.

Между тем последние несколько лет мы с тревогой наблюдаем набирающий все больший размах откат от принципов рыночной экономики. Все более усиливается необоснованное вмешательство чиновников в хозяйственную деятельность предприятий, ширится число законов, предусматривающих увеличение лицензирования, сертификации, согласования и прочих разрешительных процедур. Все это вводится под флагом усиления контролирующей роли государства, защиты государственных интересов и интересов народа. Однако нередко за этим стоят не государственные интересы, а ведомственные или корпоративные интересы чиновников, пытающихся получить для себя обоснованные и необоснованные льготы и преимущества, возможность что-нибудь разрешать и лицензировать.

Но эта тенденция, направленная на то, чтобы сузить пределы применения частно-правовых отношений, усилить государственное вмешательство, предоставить государству в частно-правовых отношениях односторонние льготы, преимущества и приоритеты, училивается и расширяется.

Одним из примеров, когда государство необоснованно получило одностороннее преимущество в частно-правовых отношениях, допуская смешение методов публичного и частного права, является поправка в статью 71 Закона о недрах и недропользовании, которая гласит: «Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также ранее заключенных контрактах на

¹² См. также: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006. – С.358-364.

¹³ См. об этом подробнее: Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики // Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора Ю.Г.Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 29-30 мая 2008 г./отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008.- С.184-193.

недропользование, за исключением контрактов по подземным водам и общераспространенным полезным ископаемым, государство в лице Правительства Республики Казахстан или по решению Правительства Республики Казахстан национальный управляющий холдинг или национальная компания по недропользованию имеют приоритетное право перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, обладающего правом недропользования, и другими лицами на приобретение отчуждаемого права недропользования (его части) и (или) доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, а также в юридическом лице, которое имеет возможность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые недропользователем решения, если у данного юридического лица основная деятельность связана с недропользованием в Республике Казахстан на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями».

В рассматриваемом случае имеет место принудительное изъятие имущества (акций, например). «Принудительное» означает вопреки воле собственника акций, причем без решения суда. В истории Казахстана были случаи принудительного выкупа акций банков и страховых организаций в случае наличия у них отрицательного капитала. Процесс включения этого основания в 1996 году сопровождался шумным скандалом, так как при этом нарушались права простых акционеров этих банков, которые никак не были виноваты в том, что у банков возник отрицательный размер капитала.

Выкуп акций у собственников, равно как и реализация приоритетного права государства на приобретение права недропользования, в том числе через приобретение отчуждаемых недропользователем акций является переходом имущества из частной собственности в государственную. Принудительное же обращение в государственную собственность имущества, находящегося в частной собственности, является национализацией, которая может быть осуществлена только принятием специального Закона о национализации имущества.

Так что у государства, если оно чувствует себя несправедливо ущемленным иностранными или национальными инвесторами, есть вполне законное право, которое имманентно присуще каждому государству и является проявлением его суверенитета - это национализация. Но тогда и надо проводить национализацию, и честно заявлять об этом, использовать нормы публичного права, не пытаясь изменить и приспособить к своим интересам ранее заключенные контракты. В связи с этим необходимо отметить, что в настоящее время в разработанном проекте Закона РК «О государственном имуществе» предусмотрены нормы о порядке, случаях и процедуры национализации, предусматривающей с учетом международной практики право государства на национализацию в исключительных случаях с полным возмещением собственникам и третьим лицам стоимости национализируемого имущества и возмещения всех убытков, возникших в связи с национализацией частного имущества.

Безусловно, осуществление экспроприации – суверенное право каждого государства. Это показывает и международная практика, в том числе и международных арбитражей, когда право на экспроприацию признавалось превалирующим над стабилизационными положениями контрактов. В связи с этим встает вопрос о пределах применения понятий: национальная безопасность, экономическая безопасность, экологическая безопасность. Недопустимо неограниченное расширение этих понятий, оправдание с их помощью права государства на одностороннее изменение и расторжение контрактов.

Непосредственно по поводу урегулированных законодательством Республики Казахстан процедур заключения и исполнения нефтегазовых контрактов необходимо отметить следующее.

Как уже отмечалось, первоначально Закон о недрах предусматривал лицензионно-контрактную систему, то есть без наличия лицензии контракт на недропользование не мог

быть заключен. В последующем законодатель отошел от этой системы и установил контрактную систему. Так в соответствии с действующим законодательством – статьей 13 Закона Республики Казахстан от 27 января 1996 год «О недрах и недропользовании» право на недропользование предоставляется двумя способами: путем проведения конкурса инвестиционных программ на получение права недропользования и заключения контракта, и путем проведения прямых переговоров и заключения контракта. Статья 8-1 Закона Республики Казахстан от 28 июня 1995 года «О нефти» содержит отсылочную норму к Закону о недрах в отношении порядка предоставления права на проведение нефтяных операций по разведке, добыче, совмещенной разведке и добыче, строительству и (или) эксплуатации подземных хранилищ и резервуаров нефти предоставляется.

Право недропользования считается предоставленным и возникшим только с момента заключения контракта. Путем проведения прямых переговоров и заключения контракта право недропользования предоставляется: в случае, если заявитель имеет исключительное право на получение права на Добычу в связи с проведением Разведки на основании заключенного Контракта на Разведку; в случае заключения Контракта на Строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с Разведкой и/или Добычей; в случае, если заявителем является Национальная компания; в случае, установленном в статье 73 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 27 января 1996 года N 2828 "О недрах и недропользовании; в иных случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан. В других случаях предоставления права недропользования на разведку, добычу полезных ископаемых, в том числе из техногенных минеральных образований, находящихся в государственной собственности, производится путем проведения конкурса инвестиционных программ.

Конкретный порядок предоставления права недропользования в Республике Казахстан, включая права на Разведку, Добычу, совмещенную Разведку и Добычу Полезных ископаемых, в том числе из техногенных минеральных образований, находящихся в государственной собственности, а также на Строительство и эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с Разведкой и/или Добычей, предусматривается Правилами предоставления права недропользования, утвержденными постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 января 2000 года N 108

По способу проведения конкурсы могут быть открытыми (проводимыми среди неограниченного круга участников, извещение о проведении которого и его условиях публикуется в средствах массовой информации) или закрытыми (проводимыми среди ограниченного круга лиц путем направления извещений его потенциальным участникам). По итогам оценки полученных конкурсных предложений конкурсной комиссией принимается решение о победителе конкурса и оформляется соответствующий протокол содержащий решение комиссии по выбору победителя конкурса с приложением конкурсного предложения победителя.

Срок публикации либо направления извещений, публикуемых либо направляемых в соответствии с пунктом 8 настоящих Правил, определяется Компетентным органом в зависимости от специфики объекта (участка недр), в отношении которого объявляется конкурс.

Извещение о проведении Конкурса должно содержать: время и место проведения; срок подачи заявок; основные условия конкурса; месторасположение и краткое описание участка недр (блока), выставляемых на конкурс; стоимость пакета геологической информации; минимальные размеры подписного бонуса; размер взноса за право участия в конкурсе, устанавливаемый Компетентным органом, с указанием реквизитов для его оплаты. В извещении может указываться иная информация об условиях проведения Конкурса.

Порядок определения подписного бонуса определяется Правилами о порядке определения размера подписного бонуса в контрактах на недропользование (проведение разведки, совмещенной разведки и добычи, а также добычи полезных ископаемых, за исключением общераспространенных полезных ископаемых) в Республике Казахстан, утвержденных совместными приказами Министра финансов Республики Казахстан от 22 июня 1999 года № 315 и Председателя Агентства Республики Казахстан по инвестициям от 22 июня 1999 года № 1.

Порядок организации работы комиссии по проведению конкурсов инвестиционных программ на получение права недропользования в Республике Казахстан и регулирования ее деятельности предусмотрено Положением о комиссии по проведению конкурсов инвестиционных программ на получение права недропользования в Республике Казахстан, утвержденных постановлением Правительства Республики Казахстан от 13 февраля 2003 года N 158. Комиссия является постоянно действующим органом, созданным в целях проведения конкурса инвестиционных программ и определения победителя конкурса для предоставления ему права недропользования в соответствии с законодательством Республики Казахстан в области недропользования и проведения нефтяных операций. При этом персональный состав этой комиссии в настоящее время утвержден Постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 марта 2006 года «Об образовании комиссии по проведению конкурсов на получение права недропользования».

Основной задачей комиссии является определение победителя из числа участников конкурса инвестиционных программ на получение права недропользования в Республике Казахстан. Соответственно, функциями комиссии в сфере ее деятельности являются: обеспечение своевременного и качественного рассмотрения конкурсных предложений; оценка представленных соответствующими лицами конкурсных предложений; выработка предложений по совершенствованию процедуры предоставления права недропользования в Республике Казахстан.

Заявитель составляет конкурсное предложение в сроки, установленные условиями Конкурса.

Заявка на участие в Конкурсе должна содержать: 1) наименование заявителя; юридический адрес заявителя и адрес основного места деятельности; государственную принадлежность (для юридических лиц), гражданство (для физических лиц); данные о руководителях или владельцах юридических лиц и лицах, которые будут представлять заявителя; данные о технических, управленческих, организационных и финансовых возможностях заявителя, документально подтвержденных.

Прием и оформление заявок на Конкурс осуществляется Компетентным органом. Поданные заявки принимаются к рассмотрению после уплаты заявителем взноса за участие в конкурсе. О принятии заявки к участию в Конкурсе заявитель официально уведомляется в месячный срок со дня поступления заявки.

После принятия заявки на участие в Конкурсе Компетентный орган представляет заявителю пакет геологической информации на участок недр (блоку), по которому намеревается предоставить право недропользования. Пакет геологической информации формируется государственным органом по использованию и охране недр и должен содержать геологическую информацию, необходимую заявителю для разработки конкурсного предложения. Пакет геологической информации, представляемый различным заявителям должен быть идентичным.

Компетентный орган вправе отказать в принятии заявки на участие в Конкурсе в следующих случаях: подачи заявки с нарушением требований настоящих Правил; представления заявителем в заявке ложных или неверных сведений; отсутствия в заявке

документальных свидетельств о том, что заявитель обладает или будет обладать техническими, организационными, управленческими и финансовыми возможностями, необходимыми для Разведки и/или Добычи, указанных в заявке на участие в Конкурсе.

Конкурсные предложения, поступившие в Компетентный орган и допущенные к Конкурсу, возврату участникам Конкурса не подлежат. В процессе проведения Конкурса по решению комиссии заявитель может улучшить конкурсную заявку. Изменения и дополнения в конкурсную заявку оформляются дополнительно с указанием срока их подачи. Заявка считается улучшенной с момента подачи изменений и дополнений в Компетентный орган и их регистрации Компетентным органом.

Основными критериями определения победителя конкурса являются: срок начала и интенсивности проведения разведки и/или Добычи, достижения рентабельности Добычи и прибыльности проекта Добычи; предполагаемые размеры начальных, а также последующих платежей в бюджет; размер инвестиции, сроков и условий финансирования проекта и капитальных вложений в развитие производственной и социальной инфраструктуры контрактных территорий; соблюдение требований законодательства и нормативных актов по охране недр и окружающей среды, безопасному ведению работ. При относительном равенстве содержания конкурсных заявок, конкурсная комиссия вправе определить промежуточный список победителей Конкурса в целях определения окончательного победителя Конкурса. В целях определения окончательного победителя Конкурса конкурсная комиссия вправе запросить от участников промежуточного списка дополнительную информацию, относящуюся к конкурсной заявке. Окончательный победитель конкурса оформляется протоколом¹⁴.

Победитель закрытого конкурса информируется Компетентным органом о его победе в Конкурсе в официальном порядке. Результаты открытого конкурса публикуются в официальном печатном органе. Момент оформления протокола о победителе Конкурса считается моментом возникновения обязательств данного победителя Конкурса на заключение Контракта на условиях, не менее выгодных по отношению к Республике Казахстан, в сравнении с условиями, предусмотренными конкурсной заявкой, и выполнения иных условий, определенных законодательством.

Основанием для начала ведения переговоров по заключению Контракта является решение Компетентного органа на проведение прямых переговоров или протокол конкурсной комиссии о победителе Конкурса. Сторонами Контракта выступают Компетентный орган и Недропользователь. Компетентным органом в отношении заключения Контракта на Разведку, Добычу, совмещенную Разведку и Добычу Полезных ископаемых, а также Полезных ископаемых техногенных минеральных образований является Министерство энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан. Компетентным органом в отношении заключения Контракта на Строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с Разведкой и/или Добычей, и государственного геологического изучения недр является Комитет геологии и охраны недр Министерства энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан.

Недропользователем по Контракту могут являться физические и юридические лица. Если право недропользования предоставляется нескольким физическим и/или юридическим лицам, которые впоследствии будут являться совместными обладателями права недропользования, то Контракт заключается между Компетентным органом и такими физическими и/или юридическими лицами. При этом, взаимные права и обязанности недропользователей по выполнению условий Контракта определяются договором (соглашением) между недропользователями и являются неотъемлемым приложением к Контракту.

¹⁴ Мороз С.П. Теоретические проблемы инвестиционного права: гражданско-правовой аспект. – Алматы: Юрист, 2003. – С.174-178.

Переговоры ведутся рабочей группой Компетентного органа с обязательным участием представителей заинтересованных министерств и ведомств. Состав рабочей группы утверждается Компетентным органом на основании кандидатур, представленных министерствами и ведомствами.

Проект Контракта подготавливается недропользователем с учетом положений модельного контракта и представляется в срок не позднее 90 дней с момента оформления протокола конкурсной комиссией о победителе Конкурса либо принятия решения Компетентным органом о проведении прямых переговоров.

Модельный контракт утвержден постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 июля 2001 года N 1015. Компетентный орган по заключению и исполнению контрактов с недропользователями при подготовке и заключении контрактов обязан руководствоваться положениями Модельного контракта. При заключении контрактов на основе ранее выданных лицензий Компетентный орган должен учитывать условия соответствующих лицензий. Модельный контракт содержит необходимые условия контрактов на недропользование, в том числе и вопросы расторжения контракта, приостановление его действия и всех иных положений, урегулированных законодательством, в том числе императивными нормами. В частности, модельный контракт предусматривает, что компетентный орган обязан приостановить действие контракта, если возникла непосредственная угроза жизни и здоровья людей, работающих или проживающих в зоне влияния работ, связанных с действиями контракта.

Модельный контракт подробно регламентирует в императивном порядке многие условия, в том числе и вопросы приостановления и досрочного прекращения контракта. Компетентный орган вправе приостановить действие Контракта в случаях: осуществления Подрядчиком деятельности, не предусмотренной Рабочей программой и Контрактом; нарушения Подрядчиком в процессе своей деятельности законодательства Государства в части охраны недр, окружающей природной среды и безопасного ведения работ; нарушения Подрядчиком в процессе своей деятельности порядка уплаты налогов и других обязательных платежей, установленных Контрактом; при передаче Подрядчиком полностью или частично прав по Контракту Третьему лицу с нарушением положений Контракта; при прерывании Подрядчиком производства в рамках Рабочей программы на срок свыше установленного контрактом срока, кроме случаев, связанных с обстоятельствами непреодолимой силы (форс-мажор); при нарушении условий о соблюдении конфиденциальности информации по настоящему Контракту¹⁵. Контракт может быть также досрочно прекращать свое действие только в случаях: отказе Подрядчика устранить причины, вызвавшие принятие решения о приостановлении проведения Разведки, Добычи, совмещенной Разведки и Добычи либо Строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с Разведкой и (или) Добычей, либо при не устранении этих причин в срок, достаточный для их устранения; если недропользователь не приступит к операциям по недропользованию в сроки, установленные Контрактом; невозможности устранения причин, вызвавших приостановление операций по недропользованию, связанных с угрозой здоровью и жизни людей; существенного нарушения Подрядчиком обязательств, установленных Контрактом либо программой работ; признания Подрядчика банкротом в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан, за исключением случая, когда Право недропользования является предметом залога в соответствии с Гражданским кодексом; при признании Контракта недействительным в соответствии с законодательством о недропользовании. При разработке проекта Контракта на недропользование Модельный контракт используется в качестве примерного договора и его условия используются сторонами при разработке проекта Контракта.

¹⁵ См. об этом, например: Мауленов К.С. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Республике Казахстан. Алматы: Гылым, 1998. – С.211-212..

Проект Контракта на проведение Разведки и/или Добычи Общераспространенных полезных ископаемых подготавливается недропользователем на основе модельного контракта и представляется в срок не позднее 30 дней с момента принятия решения соответствующим акимом.

Компетентный орган с целью определения экономических параметров проекта рассматривал финансово-экономическую модель совместно с Министерством экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан и Министерством финансов Республики Казахстан, а по Общераспространенным полезным ископаемым - областным управлением экономики и территориальным налоговым органом.

Согласованный сторонами проект Контракта до его подписания подлежал обязательной экономической и налоговой экспертизе в 30-дневный срок с момента получения проекта Контракта соответственно в Министерстве экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан и Министерстве финансов Республики Казахстан.

Проект Контракта также подлежал обязательному согласованию в 30-дневный срок с Министерством юстиции, а по Общераспространенным полезным ископаемым с соответствующим территориальным органом Министерства юстиции Республики Казахстан, а также в 15-дневный срок со дня получения со следующими министерствами и ведомствами: по вопросам охраны окружающей природной среды с Министерством охраны окружающей среды Республики Казахстан, а по Общераспространенным полезным ископаемым с его территориальными органами; по вопросам использования, охраны недр и определения безрудности Участков недр, пригодных для Строительства и/или эксплуатации подземных сооружений, не связанных с Разведкой и/или Добычей, с Комитетом геологии и охраны недр Министерства энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан, а по Общераспространенным полезным ископаемым с его территориальными органами; по вопросам здравоохранения с Министерством здравоохранения Республики Казахстан, а по Общераспространенным полезным ископаемым с его территориальными подразделениями; по вопросам безопасного ведения работ с Министерством по чрезвычайным ситуациям Республики Казахстан.

Компетентный орган в процессе разработки условий Контракта вправе привлекать независимых консультантов и экспертов. Все затраты, связанные с привлечением независимых консультантов и экспертов, возмещаются подрядчиком в установленном Правительством Республики Казахстан порядке.

После проведения переговоров, проведения экспертиз и согласования проекта Контракта, Контракт подписывается первым руководителем, заместителем или по его поручению иным уполномоченным лицом и уполномоченным представителем недропользователя. При этом условия Контракта не могут быть менее выгодными по отношению к Республике Казахстан в сравнении с условиями конкурсного предложения. Отказ победителя Конкурса от заключения Контракта на условиях не менее выгодных по отношению к Республике Казахстан в сравнении с условиями, определенными конкурсным предложением считается существенным нарушением обязательств победителя Конкурса.

Контракт дает право на Разведку и/или Добычу только того вида полезных ископаемых, который указан в Контракте. В случае обнаружения запасов Полезных ископаемых, не подпадающих под перечень видов, содержащихся в Контракте, Компетентный орган вправе определить условия по Добыче таких Полезных ископаемых путем внесения соответствующих изменений и дополнений в Контракт.

Стороны вправе по взаимному согласию внести изменения и/или дополнения в Контракт путем проведения переговоров в письменной форме. Согласование и экспертиза принимаемых изменений и/или дополнений осуществляется только с теми министерствами и ведомствами, к компетенции которых относятся данные изменения

и/или дополнения. При этом вносимые изменения не должны быть менее выгодными по отношению к Республике Казахстан в сравнении с условиями, определенными в конкурсном предложении.

Контракт, после подписания, подлежит обязательной государственной регистрации в государственном органе, его заключившем. Государственный орган, регистрирующий Контракты, ведет реестр государственной регистрации Контрактов.

Документом, удостоверяющим регистрацию Контракта, является сертификат установленного образца, выдаваемый недропользователю Компетентным органом.

Изменения и дополнения к Контракту также подлежат регистрации соответствующим государственным органом путем внесения в реестр Государственной регистрации Контрактов. Контракт и изменения и/или дополнения к нему признаются вступившими в силу с момента их регистрации.

Хранение заключенного Контракта осуществляется, соответствующим государственным органом, произведшим его регистрацию. Копия Контракта после его регистрации Компетентным органом в обязательном порядке направляется в Министерство охраны окружающей среды, Министерство финансов Республики Казахстан.

Помимо порядка заключения контракта на недропользование законодательством Республики Казахстан регламентируются вопросы разработки нефтегазовых месторождений при исполнении контрактов на проведение нефтяных операций и вопросы охраны недр при разработке месторождений полезных ископаемых и переработке минерального сырья

Единые правила разработки нефтяных и газовых месторождений Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 18 июня 1996 года N 745, устанавливают основные нормы и требования ко всем этапам освоения и промышленной разработки нефтяных и газовых месторождений, расположенных в Республике Казахстан, к геологическому изучению месторождений, подсчету и учету запасов, проектированию и созданию на месторождениях рациональных систем разработки, строительству и эксплуатации скважин всех категорий и необходимых промысловых сооружений, управлению процессами разработки, охране недр и окружающей природной среды. Правила подготовлены в соответствии с Законами от 17 апреля 1995 года "О лицензировании", от 28 июня 1995 года "О нефти", от 27 января 1996 года "О недрах и недропользовании" и другими законодательными и нормативными актами.

Последовательность работ по проектированию и соответствующему выполнению операций по промышленной разработке месторождений определена в Правилах, исходя из объективных условий постепенного получения информации и детализации представлений о залежах в течение всего длительного периода, начиная с поисков и кончая завершением их разработки. В связи с этим предусматривается необходимость двух- трехкратного проектирования, выполнения авторских надзоров и анализов разработки с изменением, при необходимости, ранее принятых технологических решений и внесением соответствующих коррективов в контракты (договоры).

Единые правила охраны недр (ЕПОН) при разработке месторождений полезных ископаемых в Республике Казахстан, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 21 июля 1999 года № 1019, разработаны в соответствии с требованиями Законов от 29.01.1996 года "О недрах и недропользовании" и от 28.06.1995 года "О нефти" и других законодательных нормативных правовых актов. Правила содержат комплекс требований по рациональному и комплексному использованию недр и их охране на всех этапах недропользования. Применяемые термины и определения в

Правилах соответствуют принятой в законодательстве о недрах, а также в действующих межотраслевых и отраслевых нормативно-технических документах (положениях, инструкциях, методических указаниях), регламентирующих разработку месторождений полезных ископаемых. Выполнение правил обязательно, для всех юридических и физических лиц независимо от форм собственности, осуществляющих поиск и разведку, проектирование, проводку и эксплуатацию скважин, ведение разработки, обустройство и строительство сопутствующих промышленных сооружений, подготовку технологических жидкостей, энергоисточников и сброса отходов. Правила также не отменяют требования действующих межотраслевых и отраслевых нормативных документов в области охраны недр в той части, которая не противоречит настоящим Правилам и действующему законодательству о недрах.

В соответствии со статьей 5 Закона Республики Казахстан от 28 июня 1995 года "О нефти", статьей 63-1 Закона Республики Казахстан от 27 января 1996 года "О недрах и недропользовании" Правительством Республики Казахстан от 28 ноября 2007 года N 1139 также утверждены Правила приобретения товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию, регламентирующие приобретения товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию, в том числе при проведении нефтяных операций при разработке нефтяных и газовых месторождений. Указанными правилами предусматриваются способы приобретения товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию, к которым относятся проведение открытого или закрытого конкурса, закуп товаров (работ и услуг) из одного источника, закуп товаров (работ и услуг) запросом ценовых предложений, закуп товаров (работ и услуг) через систему электронных закупок и закуп товаров через открытые товарные биржи. Правила регламентируют порядок проведения приобретения товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию различными способами. Особо подробно регламентируется порядок проведения конкурса по приобретению товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию. Действие указанных Правил не распространяется на организаторов, осуществляющих приобретение товаров, работ и услуг при проведении операции по общераспространенным полезным ископаемым или в соответствии с законодательством Республики Казахстан, регулирующим государственные закупки.

Анализ правового регулирования разрешения споров по нефтегазовым контрактам в Республике Казахстан.

В ст. 9 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть принята 27 декабря 1994 г., Особенная часть принята 1 июля 1999 г. Далее - ГК) закрепляется, что защита гражданских прав осуществляется судом или третейским судом. Государственный арбитражный суд как самостоятельная организация был в Казахстане ликвидирован и вошел в состав общих судов, так что в Казахстане мы имеем дело только с государственным судом и третейским судом.

Основным нормативным актом, регулирующим разрешение имущественных споров, является Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан, принятый 13 июля 1999 г. (далее - ГПК).

ГПК устанавливает основные правила подведомственности и подсудности. Помимо обычных гражданских дел, суды рассматривают также дела с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций, иностранных юридических лиц, организаций с иностранным участием, а также международных организаций, если иное не предусмотрено международным договором, законодательством Республики Казахстан или соглашением сторон (п. 6 ст. 24 ГПК).

Суды Республики Казахстан (далее: РК) рассматривают дела с участием иностранных лиц, если организация-ответчик имеет место жительства на территории РК (п. 1 ст. 416

ГПК). Определен также ряд случаев, когда суды РК рассматривают дела с участием иностранных лиц (когда филиал или представительство иностранного лица находится на территории РК, ответчик имеет имущество на территории РК, иск вытекает из договора, по которому полное или частичное исполнение должно иметь место или имело место на территории РК, и другие) (п. 2 ст. 416 ГПК).

К исключительной компетенции судов РК относятся дела, связанные с правами на недвижимое имущество, находящееся в РК; дела по искам к перевозчикам, вытекающим из договоров перевозки; дела о расторжении брака казахстанских граждан с иностранными гражданами или лицами без гражданства, если оба супруга имеют место жительства в РК; дела искового производства (ст. 417 ГПК).

Подсудность дел, отнесенных законодательством Республики Казахстан к компетенции судов РК, определяется по общим правилам подсудности (ст. 418 ГПК).

В соответствии с п. 1 ст. 3 Конституционного закона РК судебную систему РК от 25 декабря 2000 г. "О судебной системе и статусе судей РК" составляют Верховный суд и местные суды. К местным судам относятся:

1. Областные и приравненные к ним суды (городской суд столицы Республики, городские суды республиканского значения, специализированный суд - Военный суд войск РК и другие);

2. Районные и приравненные к ним суды (городской, межрайонный, специализированный суд - военный суд гарнизона и другие).

Гражданские дела, одной из сторон которой является международная или иностранная организация, подсудны областным и приравненным к ним судам (п.п.2 п. 1 ст. 28 ГПК).

В соответствии со ст. 3 Закона о судебной системе и статусе судей Республики Казахстан созданы специализированные межрайонные экономические суды. Однако они не могут рассматривать дела, одной из сторон которой является международная или иностранная организация. Они рассматривают гражданские дела по имущественным и неимущественным спорам, сторонами в которых являются граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (в том числе и иностранные граждане).

Дела, одной из сторон которой является иностранный гражданин, не являющийся предпринимателем, подсудны районным и приравненным к ним судам

ГПК не ограничивает право сторон выбрать место рассмотрения споров. В ст.419 ГПК закрепляется, что компетенция иностранного суда может быть предусмотрена соглашением сторон, кроме случаев, предусмотренных ст. 33 ГПК. Статья 33 ГПК посвящена исключительной подсудности казахстанских судов и включает в себя иски о правах на недвижимое имущество, об освобождении имущества от ареста (предъявляются по месту нахождения имущества); иски кредиторов наследодателя, предъявляемые до принятия наследства наследниками; иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов¹⁶.

При наличии соглашения о компетенции иностранного суда (называемого "пророгационное соглашение") суд по ходатайству ответчика оставляет заявление без рассмотрения, если такое ходатайство заявлено до начала рассмотрения дела по существу. Пророгационное соглашение является родственным арбитражному

¹⁶ См. об этом также: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006. – С.365-373.

соглашению, разница лишь в том, что в арбитражном соглашении определяется подсудность коммерческих (негосударственных) судов, а в пророгационном - судов общей юрисдикции¹⁷.

Характерным признаком пророгационного и арбитражного соглашений является юридическая автономность по отношению к контракту. Судьба соглашения, его юридическая действительность не зависит от действительности основного контракта. Это - основополагающий принцип международного коммерческого арбитража. Он закреплен, например, в части 2 статьи 16 Закона РФ от 7 июля 1993 г. "О международном коммерческом арбитраже"¹⁸. Причем этот принцип одинаково действует применительно и к коммерческому арбитражу, и к судам общей юрисдикции.

В судебной практике РК был ряд случаев, когда судебные органы нарушали принцип недопустимости рассмотрения дела в суде общей юрисдикции при наличии арбитражного или пророгационного соглашения, ссылаясь при этом как раз на то, что контракт с иностранным участником был признан недействительным, соответственно, должно быть признано недействительным и соглашение о подсудности.

Так поступил, например, Верховный суд РК при рассмотрении дела по иску "Kazakhstan Minerals resources group (KMRG)" к "Trans World group (TWG)". У сторон имелось соглашение о рассмотрении дела на Британских Вирджинских островах (BVO), однако Верховный суд РК, признав недействительным контракт, признал недействительным и данное соглашение¹⁹.

Специфические проблемы в сфере разграничения компетенции возникают применительно к нефтегазовым спорам, в частности, в связи с контрактами на недропользование.

Контракт на недропользование связан с использованием недр. Право недропользования в соответствии с законодательством РК выступает как вещное право. Недра рассматриваются как недвижимое имущество. Поэтому в соответствии со ст.417, 33 ГПК споры в отношении недропользования как связанные с недвижимостью должны рассматриваться исключительно в судах РК.

Возражения, которые могут быть высказаны против такой трактовки споров о недропользовании, сводятся к следующему:

1. В ст. 417, 33 ГПК речь идет о спорах, связанных с **правами** на недвижимость. Контракт на недропользование не затрагивает споров о правах на недра как недвижимость;
2. В контракте на недропользование речь идет не о недрах, а о полезных ископаемых, которые относятся к движимому имуществу;
3. Во многих международных договорах (Договор к Энергетической Хартии, конвенции о поощрении и взаимной поддержке инвестиций и другие) предусматривается применительно к контрактам на недропользование рассмотрение споров в международном арбитраже. В силу приоритета норм международных договоров будут действовать они, а не национальное законодательство.

Правовое положение третейского суда и международного коммерческого арбитража в Казахстане

¹⁷ Например: Федосеева Г. Международное частное право. М.: 1999. С. 238.

¹⁸ Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж. Учебно-методическое пособие. М., 1997. С. 35-37.

¹⁹ См. Анализ решения по этому делу в кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан; Статьи Комментарию. Практика. Алматы. 1999. Вып. 7.

В выступлении Председателя Высшего Арбитражного суда РФ Яковлева В.Ф. на 4-й международной конференции "НефтьГазПраво/ RusEnergyLaw-2004" (10-11 ноября 2004 года) говорилось о проведении судебной реформы в России, направленной на упрощение судопроизводства. Одним из направлений такого упрощения он назвал развитие альтернативных процедур рассмотрения споров (АПРС), а в частности, примирительных процедур и третейского суда.

К сожалению, в Казахстане все делается с точностью наоборот. Создается впечатление, что власти задались целью уничтожить третейские суды.

В результате целенаправленных действий Генеральной прокуратуры, Министерства юстиции, Правительства и Конституционного Совета РК третейские суды в РК оказались на грани исчезновения. После трагической и во многом случайной ошибки Гражданско-процессуального кодекса РК 1999 года (далее ГПК) исчезла норма о принудительном исполнении решений третейского суда. Верховный суд РК попытался исправить эту ошибку, приняв нормативное постановление от 19 октября 2000 г., которым обязал суды обеспечить принудительное исполнение решений третейских судов. Однако в результате постоянных атак Генеральной прокуратуры и Правительства РК он был вынужден приостановить это постановление (28 июня 2002 года).

Конституционный Совет РК 15 февраля 2002 года принял очень странное и юридически некорректное (если не сказать больше) постановление, которым установил, что рассмотрение споров в третейском суде не исключает повторное рассмотрение того же спора в государственном суде.

В результате всех этих действий система третейских судов в Казахстане была разрушена.

И противники, и сторонники третейских судов сошлись во мнении, что единственным выходом из сложившейся ситуации является скорейшее принятие закона о третейских судах.

Одновременно по инициативе Совета иностранных инвесторов был разработан проект Закона "О международном коммерческом арбитраже".

Первоначально проекты Законов "О третейских судах", "О международном коммерческом арбитраже", "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам деятельности международных коммерческих арбитражей" были разработаны еще в 2001 году Научно-исследовательским институтом частного права и внесены в Министерство юстиции. Проект Закона "О международном коммерческом арбитраже" был целиком основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ "О международном коммерческом арбитраже". Проект Закона "О третейских судах" был спроектирован как отсылочный к Закону "О международном коммерческом арбитраже" и содержал некоторые организационные вопросы.

К сожалению, Правительство, представляя в Парламент проекты Законов "О третейских судах", "О международном коммерческом арбитраже" и "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам деятельности третейских судов и арбитражей", отошло от данной позиции. Проекты законов разрабатывались разными группами, во многом повторяют и дублируют друг друга и отошли в ряде концептуальных моментов от Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Я придерживаюсь мнения, что правовой режим третейских судов, создаваемых на территории Республики Казахстан, должен соответствовать правовому режиму деятельности, предусматриваемых для международных коммерческих арбитражей. Возможно, правовое регулирование деятельности третейских судов, создаваемых на

территории Республики Казахстан, должно осуществляться тем же Законом "О международном коммерческом арбитраже", которым регулируется и деятельность аналогичных международных коммерческих арбитражей. При этом главной задачей разработки закона о третейских судах является, по нашему мнению, максимальное приближение его норм к нормам Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международном коммерческом арбитраже", коль скоро Республика Казахстан является членом ООН и присоединилась к ряду международных конвенций об арбитражах и об исполнении арбитражных решений.

Работа третейских судов основана на двух положениях.

Положение первое. Третейский суд не входит в судебную систему. Это не орган правосудия. Это подтвердил и Конституционный совет РК. Поэтому нормы ГПК, рассчитанные на государственные суды как органы правосудия, к третейским судам просто неприменимы.

Третейский суд - негосударственный орган и выбор его - это реализация конституционного права граждан на выбор способов защиты (ст. 13 Конституции РК). Граждане сами себе выбирают судью и договариваются, что подчиняются его решениям.

И не надо подходить к третейским судам с мерок государственного правосудия. Государство вообще не должно вмешиваться в работу третейских судов и проверять содержание их решений. Единственное, что оно должно делать - проверять соблюдение процессуальных прав сторон и обеспечивать принудительное исполнение решений третейских судов.

Исходя из этого, в подавляющем большинстве стран мира решения третейского суда никогда не проверяются компетентными судами по существу и являются окончательными. Почти нигде в мире суд не проверяет законодательные основания рассмотрения спора. Потому что толкования закона может быть разными, и компетентный суд может усмотреть нарушение законности там, где его нет. Потому что это гражданско-правовой спор, а в гражданско-правовом споре всегда есть разные взгляды на закон. На этом построена судебная система любой страны, в том числе Казахстана. Но третейский суд не входит в судебную систему. Компетентный суд может проверять только процессуальные моменты.

Если эти принципы не соблюдаются, то такая организация, называемая третейским судом, на самом деле третейским судом не является. Она превращается в придаток судебной системы, причем совершенно не нужный.

Положение второе. Третейский суд и международный коммерческий арбитраж - это одно и то же. Отличие только в составе участников, появляется иностранный элемент. Поэтому все процессуальные положения должны совпадать. В принципе это должен быть один закон. И не могут быть в Законе о международном коммерческом арбитраже закреплены положения, предоставляющие иностранцам преимущества. Это ущемление прав наших граждан, наших отечественных предпринимателей.

Недопустимо применение двойного стандарта, один к международному арбитражу, другой - к третейскому суду.

Две нормы Закона о третейских судах противоречат этим положениям.

1. В пункте 7 статьи 5 Закона закреплено: "Третейским судам не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы государства, государственных предприятий, несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными, лиц, не являющихся участниками третейского соглашения, споры из

договоров о предоставлении услуг, выполнении работ, производстве товаров субъектами естественных монополий, субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке товаров и услуг, а также по делам о банкротстве, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан".

Подобной нормы нет в проекте Закона о международном коммерческом арбитраже.

Данная норма противоречит пункту 1 статьи 13 Конституции о праве граждан на выбор способов защиты права. Граждане и юридические лица вправе передать любой гражданско-правовой спор на рассмотрение третейского суда. Ограничения, причем вполне обоснованные и немногочисленные, уже установлены законодательными актами (Законы о банкротстве, о труде, о браке и семье). Предлагаемая же норма поистине безбрежна и позволит Прокуратуре и несогласной на рассмотрение спора в третейском суде стороне торпедировать практически любое третейское соглашение о передаче спора в третейский суд.

Особенно опасна формулировка "споры, по которым затрагиваются интересы государства". Под эту формулу можно подвести все, что угодно и забрать дело из третейского суда. Такие расплывчатые формулировки недопустимы в законе. Не ясно, почему не могут участвовать в третейском разбирательстве государственные предприятия, естественные монополии и особенно субъекты, занимающие доминирующее положение на рынке?

Ни в одном законе об арбитражах таких ограничений нет. Напротив, в Законе об арбитраже от 1 апреля 1999 года Швеции в ст. 1 записано, что "арбитры вправе рассматривать вопросы о гражданско-правовых последствиях законодательства о конкуренции в том, что касается сторон".

2. На основании ст. 43 Закона допускается обжалование решения третейского суда на основании нарушения "принципа законности". Третейский суд не входит в судебную систему, не является органом правосудия. Это частное дело субъектов гражданских отношений, которые отказались от судебного рассмотрения и решили рассмотреть спор в негосударственном суде, ими самими созданном. Государство не вмешивается в это дело. И помощь государства в осуществлении правосудия нужна только тогда, когда происходит нарушение арбитражного соглашения (как и любого гражданско-правового договора): когда нарушаются процессуальные права сторон (заранее оговоренные) и когда проигравшая сторона отказывается исполнить решение третейского суда. Отмена решения и отказ в исполнении возможны только по процедурным нарушениям, заранее оговоренным (не любые нарушения норм ГПК, а только те нарушения, которые указаны в законе).

Во всем мире основным принципом третейского разбирательства является то, что компетентный суд не вправе рассматривать решения третейского суда по существу. Это закреплено и в п. 1 ст. 47 Закона.

Между тем принцип законности - это соответствие любому нормативному правовому акту (подпункт 2) ст. 4 проекта). Значит, чтобы установить нарушение принципа законности, компетентный суд должен проверить дело по существу. В случае отмены это решение компетентного суда может быть обжаловано выше и т.д. И каждая инстанция будет проверять решение третейского суда по существу, то есть третейский суд превращается из негосударственной частной структуры в придаток судебной системы, что противоречит ст. 75 Конституции РК и Постановлению Конституционного совета от 15.02.2002 г.

О принципе законности не упоминается в Законе о международном коммерческом арбитраже.

Таким образом, иностранные граждане и юридические лица находятся в привилегированном положении по сравнению с гражданами и юридическими лицами РК. Казахстанские лица ставятся в неравноправное унижительное положение по сравнению с иностранными лицами. И это в условиях, когда Президент и Правительство провозгласили политику поддержки национальных инвесторов и предпринимателей!

Нередко в обоснование возможности обжалования по существу или отказа в принудительном исполнении по содержанию основания приводится Постановление Конституционного Совета РК от 15 февраля 2002 года. Это совершенно необоснованно. Постановление Конституционного Совета никакого отношения не имеет ни к обжалованию, ни к принудительному исполнению.

В постановлении от 15 февраля 2002 года говорится:

"Заключение сторонами гражданско-правового договора о передаче спора на разрешение третейского суда не исключает в последующем возможности рассмотрения данного спора судами судебной системы Республики Казахстан в порядке, установленном действующим законодательством".

То есть речь идет о совершенно новом рассмотрении спора, не связанном с третейским рассмотрением. Ни о каком обжаловании, а тем более принудительном исполнении речь не идет.

В вышеприведенной фразе из постановления Конституционного Совета ключевым местом является слова: "в порядке, установленном действующим законодательством". То есть возможность повторного рассмотрения спора допускается только в случае, если это закреплено законодательством.

В настоящее время таких норм нет, напротив, подпункт 5 ст. 249 ГПК закрепляет, что суд оставляет заявление без рассмотрения, если между сторонами в соответствии с законом заключен договор о передаче данного спора на разрешение суда. То есть, если есть третейское соглашение, компетентный суд не рассматривает спор, независимо оттого, рассматривался он в третейском суде или нет. Противники третейских судов любят ссылаться на первое постановление Конституционного Совета от 15 февраля 2002г. но забывают про второе дополнительное постановление Конституционного Совета от 12 апреля 2002 г. Между тем это дополнительное постановление было специально принято Конституционным Советом для того, чтобы уточнить и исправить ошибки, допущенные в постановлении от 13 февраля 2002 г.

В постановлении от 12 апреля 2002 Конституционный Совет отверг попытки прокуратуры признать неконституционным подпункт 5 ст. 249 ГПК. Более того, в постановляющей части он специально отметил наличие подпункта 5) ст. 249 ГПК, устанавливающего существующий порядок обращения в государственный суд.

Закон "О международном коммерческом арбитраже" во многом повторяет Закона "О третейских судах", однако на главный вопрос ответа нет: не проведено четкое разграничение компетенции третейского суда и международного коммерческого арбитража.

В Законе опять повторено положение, чуть-чуть улучшенное по сравнению с прошлыми вариантами: "В арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений с участием физических и юридических лиц, а также коммерческих организаций, если хотя бы одна из сторон является нерезидентом РК (п. 4 ст. 6 Закона)".

Опять используется невнятное понятие "нерезидент", которое по-разному понимается в валютном, налоговом и другом законодательстве.

Непонятно, почему нельзя было использовать достаточно четкую формулу, приведенную в ст. 1 "Сфера применения" Типового закона ЮНСИТРАЛ. Можно бы было изложить соответствующую статью примерно в следующей редакции:

"1. В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

1) споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей;

2) споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Республики Казахстан, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Республики Казахстан.

1. Для целей пункта 1 настоящей статьи:

1) если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению;

2) если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное место жительства (место нахождения).

3. Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Республики Казахстан, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями, нежеле те, что содержатся в настоящем Законе".

Высказанные критические замечания касаются в основном Закона о третейских судах. Закон о международном коммерческом арбитраже не содержит ничего из тех ограничений, которые есть в Законе о третейских судах. Поэтому любые инвесторы могут не беспокоиться и спокойно приходить в Казахстан. Они получают и судебную, и арбитражную защиту. В целом неплохо поставлено и исполнение арбитражных решений. Казахстан присоединился к Нью-йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, и эту Конвенцию казахстанские суды соблюдают.

В настоящее время в Казахстане имеется более 15 третейских (арбитражных) судов. Наиболее известные из них - Арбитражная комиссия при Союзе Торгово-промышленных палат РК, Международный третейский суд "IUS", Международный (третейский) суд РК. Однако с принятием Законов "О третейских судах" и "О международном коммерческом арбитраже" количество третейских (арбитражных) судов, несомненно, увеличится. В частности, я могу сообщить, что был создан Международный коммерческий арбитраж, председателем которого я являюсь. Казахстанский Международный арбитраж рассматривает споры как между резидентами РК, и с участием нерезидентов РК.

Несмотря на критический мой настрой, я хочу сказать в заключение, что принятие Законов "О третейских судах" и "О международном коммерческом арбитраже", несомненно, является важным этапом в развитии арбитражных судов в Казахстане. Они создают определенную правовую базу для деятельности арбитражных судов, практическая работа которых позволяет выявить все достоинства и недостатки законов и позволит их усовершенствовать до такой степени, чтобы арбитражные суды в Казахстане заняли достойное место в мировой системе международных коммерческих арбитражей.

Необходимо также отметить, что работа по совершенствованию указанных законов и исключение неудачных их положений в настоящее время ведется в рамках разработанной и утвержденной Концепции совершенствования законодательства о третейских и арбитражных судах.

Право иностранных инвестиций в Казахстане: современные тенденции

Инвестиционный климат в той или иной стране имеет много составляющих: общее отношение к иностранным инвестициям, политическая стабильность, национальный режим, ограничения в отношении собственности, правила, регулирующие валютный обмен, устойчивость валютного курса, налоговая структура и т.п.

Можно сказать, что по всем этим признакам Казахстан относился до недавнего времени к странам с благоприятным инвестиционным климатом. Привлечение иностранных инвестиций было признано одним из главных условий экономического развития Казахстана; для Казахстана характерна политическая стабильность и высокий уровень межнационального и религиозного согласия; в стране нет ни одного изъятия из национального режима для иностранных инвестиций, в том числе в сфере приватизации и энергетики, в Казахстане нет никаких ограничений в отношении собственности (за исключением права на жилище); действует свободный обмен казахстанского тенге на любую валюту; тенге является одной из самых устойчивых валют стран СНГ; существует стабильная налоговая структура, в частности, контрактное определение налогов недропользователей и т.п.

Одним из важных элементов благоприятного инвестиционного климата является инвестиционное законодательство. В Казахстане сложилось развитое инвестиционное законодательство, особенно в сфере недропользования.

Благодаря этому сильно усилился приток иностранных инвестиций в Казахстан. За последние 10 лет приток частного капитала в нефтегазовую и горнорудную отрасль составил сумму 87,5 млрд. долларов США

В настоящее время наметилась тенденция к изменению инвестиционной политики. Все большее развитие получает концепция импортозамещения, одной из составляющих которой является уравнивание в правах иностранных и национальных инвесторов, более активное вовлечение в экономику национального капитала.

Изменения в инвестиционной политике связаны также с усилением государственного вмешательства в частную предпринимательскую деятельность. Это коснулось и инвестиционной деятельности, в том числе и иностранной.

Инвестиционное законодательство РК прошло долгий путь развития. Первый Закон «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР» был принят 7 декабря 1990 г. Он установил ряд налоговых льгот для иностранных инвесторов и сыграл большую роль в привлечении инвестиций в Казахстан. Были в нем и наивные вещи, вполне допустимые в первые годы независимости. Например, в ст. 25 было записано: «В Казахской ССР национализация имущества предприятий с иностранным участием не допускается».

Закон «Об иностранных инвестициях» от 27 декабря 1994 г., являлся законом второго поколения. Изменения, которые вносились в него в 1997, 1998, 1999 годах, учитывали изменение ситуации в стране и государственной политики по отношению к инвесторам.

Вторым законом, который регулировал до 2003 года отношения по инвестициям, являлся Закон РК от 28 февраля 1997 г. «О государственной поддержке прямых инвестиций».

Инвестиционные отношения регулируют также Законы от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании» (далее: Закон "О недрах и недропользовании") и от 26 июня 1995 г. «О нефти» (далее: Закон "О нефти»).

Следует также отметить международные договоры: двусторонние - о поощрении и взаимной поддержке инвестиций, и многосторонние, важнейшим из которых является Договор к Энергетической хартии.

В 2003 г. Казахстан прошел через закономерный этап в развитии инвестиционного законодательства - отмена Закона об иностранных инвестициях. Во многих странах Законы об иностранных инвестициях отсутствуют. Это означает, что иностранные и национальные инвесторы находятся в равном положении. Закон об иностранных инвестициях носит временный характер. Он принимается обычно для того, чтобы как-то выделить иностранных инвесторов: или для того, чтобы закрепить для них изъятия из национального режима, или для того, чтобы предоставить иностранным инвесторам особые льготы, создать для них благоприятный инвестиционный климат в стране.

В Казахстане сейчас стоит задача привлечения национального капитала, предоставления благоприятных условий для национальных инвесторов.

На основе двух Законов: «Об иностранных инвестициях» и «О государственной поддержке прямых инвестиций» был создан один Закон «Об инвестициях». Закон принят 8 января 2003 года.

Основной недостаток нового Закона в том, что, стремясь создать единые правила для национальных и иностранных инвесторов, разработчики Закона исключили все нормы, касающиеся только иностранных инвесторов. В результате из Закона выпали многие очень важные нормы (например, режим, применяемый к инвестициям, гарантии вывоза капитала за рубеж, возмещение убытков при форс-мажоре и т.п.).

Закон состоит, по существу, из двух частей: правовой режим инвестиций (то, что было в Законе «Об иностранных инвестициях») и государственная поддержка инвестиций (основные положения Закона «О государственной поддержке прямых инвестиций»).

В Законе об иностранных инвестициях 1994 года было закреплено применение к иностранным инвестициям как национального режима, так и режима наибольшего благоприятствования (РНБ), причем применялся только тот из них, который являлся наиболее благоприятным.

К сожалению, эта норма не попала в новый Закон об инвестициях, поэтому приходится применять другие законодательные акты. Национальный режим для иностранных лиц закреплен в Конституции РК 1995 года (пункт 4 статьи 12), в Гражданском кодексе РК (Общая часть) от 27 декабря 1994 года (далее: ГК) (пункт 7 статьи 3).

Что касается применения РНБ, то оно закреплено во многих международных договорах. В частности, в Договоре к Энергетической хартии закреплена точно такая же норма, что и та, которая была в отмененном Законе об иностранных инвестициях (статья 10 (7) Договора к Энергетической хартии). РНБ закреплен в Договоре о торговых отношениях (например, статья 1 Соглашение о торговых отношениях между РК и США от 19 мая 1992 года), в двусторонних соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений (например, статья 3 (1) Договора между РК и ФРГ о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 29 января 1993 года).

Следует констатировать сокращение гарантий по сравнению с Законом об иностранных инвестициях. Причем сокращение коснулось в основном гарантий иностранным инвесторам.

Рассмотрим некоторые основные гарантии:

а) Общая гарантия. В Законе об инвестициях появилась такая норма: «Инвестору предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов, которая обеспечивается Конституцией Республики Казахстан, настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами Республики, а также международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан».

Эта фраза является, конечно, просто декларацией, но ее можно расценивать как обязательство Республики защищать права инвесторов.

б) Стабильность законодательства (дедушкина оговорка). В Законе об иностранных инвестициях была довольно четкая норма (ст. 6), что в случае ухудшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве, к иностранным инвестициям в течение 10 лет (или до окончания срока действия долгосрочного контракта) применяется законодательство, действовавшее в момент осуществления инвестиций.

Речь здесь идет о так называемой «дедушкиной оговорке». Можно брать разные варианты «дедушкиной оговорки»: широкий, как был в казахстанском законе, более узкий, как в российском законе об иностранных инвестициях. Но в любом случае эта норма должна быть предельно четкой.

В первых вариантах проекта Закона об инвестициях этой гарантии вообще не было. В принятом законе она появилась, но, к сожалению, нет юридической четкости в изложении этой нормы. Звучит она так:

«Республика Казахстан гарантирует стабильность договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон» (п. 3 ст. 4 Закона об инвестициях).

В чем заключаются эти гарантии? В обязанности возместить убытки? В чем заключается стабильность условий договора? Нарушение договора госорганом - это не стабильность? А изменение законодательства?

Нет ответа на главный вопрос: что происходит с договором при изменении законодательства? Применяются старые нормы или новые? При ухудшении положения инвестора или в любом случае?

Косвенно на эти вопросы отвечает вторая часть этой нормы:

«Настоящие гарантии не распространяются на:

- 1) изменения в законодательстве Республики Казахстан и (или) вступление в силу, и (или) изменения международных договоров Республики Казахстан, которыми изменяются порядок и условия импорта, производства, реализации подакцизных товаров;
- 2) изменения и дополнения, которые вносятся в законодательные акты Республики Казахстан, в целях обеспечения национальной и экологической безопасности, здравоохранения и нравственности».

Поскольку это является исключением из правила, можно сделать вывод, что в остальных случаях изменение законодательства не влияет на стабильность условий договоров. Можно трактовать эту норму таким образом: Республика Казахстан гарантирует инвесторам, что условия заключенных договоров в случае изменения законодательства"

сохраняет свое действие.... То есть к условиям договоров применяется прежнее законодательство. При этом не надо даже доказывать ухудшение положения инвестора.

Существенное отличие статьи 6 Закона об иностранных инвестициях заключается в том, что теперь гарантия связана только с договором, заключенным с государственными органами. Следовательно, к обычному инвестору, вкладывающему инвестиции в Казахстане и не заключившему договора с государственным органом, гарантия о стабильности не применяется.

в) Гарантии использования собственных валютных средств. В новый Закон не включена такая гарантия как гарантии использования собственных валютных средств, в частности, свободного вывоза валютных средств. Однако последствия такого исключения не выглядят катастрофическими. Дело в том, что по Закону об иностранных инвестициях валютные операции проводились в соответствии с валютным законодательством Республики Казахстан. Валютное законодательство не изменилось, в Казахстане оно является достаточно либеральным. Разрешен свободный вывоз валюты, законно полученной в Казахстане, осуществляется свободная конвертация тенге в иностранную валюту и обратно, нерезиденты могут осуществлять расчеты в любой валюте.

г) Компенсации и возмещение убытков. Исключена также такая гарантия, как компенсации и возмещение убытков иностранным инвесторам. Но это минус скорее для Казахстана, чем для инвесторов. В ст. 9 Закона об иностранных инвестициях закреплялось применение принципа национального режима для иностранных лиц при возмещении ущерба, причиненного в результате форс-мажора (война, революция и т.п., а также принятие незаконных нормативных актов и решений или осуществление незаконных действий должностными лицами государственных органов). То есть предполагалось возмещение ущерба не в полном объеме. С отменой этой нормы будет действовать общее правило Гражданского кодекса: причиненные убытки должны возмещаться в полном объеме.

д) Прочие гарантии. В новом Законе сохранились следующие гарантии:

- гарантии использования доходов (ст. 5);
- гласность деятельности государственных органов в отношении инвесторов (ст. 6);
- гарантии при осуществлении государственными органами контроля и надзора за деятельностью инвесторов (ст. 7);
- гарантии прав инвесторов при национализации и реквизиции (ст. 8).

Современные тенденции права иностранных инвестиций заключаются в резком усилении вмешательства государства в хозяйственную деятельность инвесторов и отказе от гарантий, предоставляемых инвесторам.

Основной удар по иностранным инвесторам нанесен по двум основополагающим принципам правового статуса иностранного инвестора: стабильность контракта и арбитражное разбирательство споров.

1) 10 декабря 2008 года был принят новый Налоговый кодекс. В п. 2 ст. 308 Налогового кодекса (далее -НК) было закреплено следующее положение:

Налоговый режим, определенный в соглашении (контракте) о разделе продукции, заключенном между Правительством Республики Казахстан или компетентным органом и недропользователем до 1 января 2009 года и прошедшем обязательную налоговую экспертизу, а также контракте на недропользование, утвержденном Президентом Республики Казахстан, сохраняется для налогов и других обязательных платежей в бюджет, в отношении которых в соответствии с положениями такого соглашения (контракта) прямо предусмотрена стабильность налогового режима, действует

исключительно в отношении сторон такого соглашения (контракта), а также в отношении поверенных лиц (операторов) в течение всего установленного срока его действия, не распространяется на лиц, не являющихся сторонами такого соглашения (контракта) или поверенными лицами (операторами), и может быть изменен по взаимному соглашению сторон.

Из текста закона можно сделать вывод, что налоговая стабильность применяется к соглашениям о разделе продукции (СРП), заключенным до 1 января 2009 года, и контрактам, утвержденным Президентом РК. Это значит, что к обычным контрактам положение о налоговой стабильности не применяется. Собственно, это и закреплено в п. 1 ст. 308 НК:

«Исчисление налоговых обязательств по налогам и другим обязательным платежам в бюджет по деятельности, осуществляемой в рамках контракта на недропользование, производится в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан, действующим на момент возникновения обязательств по их уплате, за исключением случаев, указанных в пункте 2 настоящей статьи».

К этому можно добавить еще, что с принятием нового Закона о недрах и недропользовании планируется отменить Закон о соглашениях о разделе продукции (СРП). СРП вообще изымается из закона и в Казахстане больше применяться не будут.

Это значит, что в новых контрактах положение о стабильности контрактов нельзя будет включать в принципе. Однако норма об отмене стабильности распространяется и на ранее заключенные контракты, ибо в статье указаны только СРП и одобренные Президентом РК контракты.

Подобное ухудшение ситуации вызывает серьезную тревогу иностранных инвесторов за будущее их инвестиций в Казахстане. Как они заявляют, с момента принятия Закона об иностранных инвестициях 1994 г. Казахстан заверял, что контракты будут стабилизированы, и что государство будет соблюдать условия своих контрактов. Такие гарантии предоставлялись по контрактам, а также согласно Закону об инвестициях, Закону о недрах, Закону о нефти, Закону о соглашениях о разделе продукции и Налоговым кодексам 1995 г. и 2002 г. Если такие ранее предоставленные гарантии будут в одностороннем порядке отменены государством с принятием нового Налогового кодекса, то как нынешние, так и будущие инвесторы будут с опаской относиться к любым другим гарантиям и обещаниям со стороны государства, предусмотренным согласно контракту или законодательству, независимо от того, предоставляются ли они в нефтегазовой, горнорудной или в любой другой отрасли.

2). Существенным ухудшением положения иностранных недропользователей является установленный в проекте Закона о недрах и недропользовании порядок рассмотрения споров только в суде в соответствии с законодательными актами РК. Таким образом, арбитражный порядок, возможность установления которого предусмотрена в действующих законах (об инвестициях, о недрах, о нефти, о соглашениях о разделе продукции и других), с принятием нового Закона становится неприменимым.

3). расторжение договора в одностороннем порядке и односторонний отказ от исполнения контракта. Законом от 24 октября 2007 года были внесены изменения и дополнения в ст. 42-3 и включена новая статья 45-3 Закона о недрах и недропользовании.

Причем в противоречие Гражданскому кодексу, где расторжение договора производится только в судебном порядке, а односторонний отказ от исполнения - во внесудебном порядке, - в Законе от 24 октября 2007 года, и расторжение, и односторонний отказ (как можно понять из текста) производится без вмешательства суда. Как теперь их различать – непонятно.

Расторжение договора применяется, в частности, при невыполнении недропользователем условия о приоритетном праве государства при реализации недропользователем стратегического объекта третьим лицам, при существенном нарушении подрядчиком обязательств, установленным контрактом либо программой работ и.т.п.

А односторонний отказ от исполнения может быть произведен вообще без объяснения причин. В ст. 45-3 Закона о недрах и недропользовании закрепляется:

«1. По инициативе Правительства компетентный орган вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения контракта 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.

2. В случае одностороннего отказа от исполнения контракта компетентный орган должен предупредить об этом недропользователя не позднее, чем за два месяца.».

То есть все очень просто. Объявил о существенном изменении экономических интересов РК, предупредил за два месяца, - и все, до свидания, инвестор.

Пока что РК ни разу не использовала это право, но как средство экономического шантажа угроза прекращения контракта активно применяется. Наглядный пример – переговоры с консорциумом иностранных инвесторов во главе с Аджипом по месторождению Кашаган, проведенные в том же 2007 году, для чего и был принят Закон от 24 октября 2007 года.

Последний пример – казахстанское содержание.

Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК (ныне Министерство нефти и газа) недавно потребовало от недропользователей (работающих на основании как контрактов, предусматривающих уплату налогов и роялти, так и СРП, внести изменения в их контракты в отношении обязательств по казахстанскому содержанию. В письме МЭМР было указано, что если соглашения о внесении требуемых изменений не будут подписаны в течение короткого срока, установленного в письме, МЭМР вправе в одностороннем порядке расторгнуть соответствующий контракт.

В настоящее время в проектах Закона о государственном имуществе и Закона о недрах и недропользовании получает дальнейшее развитие приоритетное право государства на приобретение стратегического объекта при его реализации собственником. В иностранной литературе говорят о трех видах национализации: прямой, косвенной и ползучей. Приоритетное право можно отнести к косвенной национализации, так как инвестор продает объект государству помимо своей воли.

Однако это обстоятельство тщательно скрывается. Утверждают, что никакой национализации нет, собственник сам переуступает объект государству, а взамен получает возмещение. Но ведь это и есть национализация, так как собственника принудительно заставляют передать объект государству.

Необходимо честно заявить, что государство в силу своего суверенитета имеет право на национализацию, в том числе природных ресурсов.

В проекте Закона о государственном имуществе содержится раздел о национализации. Мы слышали возражения, что не надо пугать иностранных инвесторов национализацией. Но мы считаем, что инвесторы, напротив, успокоятся, если увидят четко прописанный,

прозрачный порядок национализации, с принятием специального Закона о национализации.

Однако здесь возникли большие проблемы. В проекте Закона о государственном имуществе закрепляется, что закон не распространяется на регулирование природных ресурсов. Проект Закона о недрах и недропользовании о национализации не упоминает ни слова. Получается парадоксальная ситуация, норма о национализации распространяется на все объекты, кроме права недропользования.

Однако все эти положения об ухудшении положения иностранных инвесторов изложены с точки зрения иностранного инвестора. Однако есть еще и позиция Казахстана. Встает вопрос, зачем Правительство Казахстана все это делает? Ответ очень простой: изменилась экономическая ситуация, изменилось положение Казахстана, который стал самостоятельным экономически развитым государством. В этих условиях все более пристальное внимание общественности, депутатов Парламента, казахстанских бизнесменов привлекают условия нефтяных контрактов, заключенных в 90-е годы. Казахстан в то время находился в условиях жесткого экономического кризиса, иностранные инвестиции были (наряду с приватизацией) почти единственным способом привлечь живые деньги, оживить экономику, поднять лежащие на боку предприятия. Если к этому добавить неопытность Казахстана в заключении контрактов, коррумпированность чиновников, форму контрактов в виде соглашений о разделе продукции, - ясно будет, почему эти контракты были заключены на невыгодных для Казахстана условиях.

Теперь ситуация изменилась. Казахская экономика окрепла. Казахстан не может открыто пересматривать условия контрактов, но он стремится проводить политику, побуждающую и заставляющую иностранных инвесторов поделить часть своих прибылей.

Это процесс неизбежный, он будет продолжаться, и иностранным недропользователем с этим придется смириться.

Как житель Казахстана и патриот Казахстана я поддерживаю этот процесс. В то же время как юрист, профессионально занимающийся этими проблемами, я не могу не видеть, что этот процесс осуществляется юридически некорректными, порою противозаконными методами. Именно с этим связана та критика, с которой я всегда выступаю и в печати, и на научных форумах.

Именно поэтому я считаю очень важным включение в проект Закона о государственном имуществе раздела о национализации. Необходимо распространить положение этого раздела и на право недропользования.

Право на национализацию – это суверенное право каждого государства, и законодательное закрепление детального процесса проведения национализации послужит своего рода напоминанием иностранным инвесторам о том конечном результате, к которому можно прийти, если они откажутся ограничить размер своих сверхприбылей.

Естественно, существенные корректировки в политику Правительства РК в отношении недропользователей может внести всемирный экономический кризис. Однако, скорее всего это коснется инвестиций в другие сферы экономики, но не в сферу недропользования, особенно в разработку нефтяных месторождений. При любых ценах нефть и при любом ограничении получения прибыли нефтяные операции всегда выгодны.

Разработчики проекта Закона о недрах и недропользовании не учитывают того простого факта, что законы РК не могут противоречить международным соглашениям.

К настоящему времени Казахстан ратифицировал около 40 двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций.

В настоящее время в Парламенте на ратификации находится Соглашение о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах – членах Евразийского экономического сообщества (Беларусь, Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация, Таджикистан, Узбекистан).

Кроме того, Казахстан в декабре 1994 г., подписал и одним из первых ратифицировал Договор к Энергетической Хартии (далее: ДЭХ), который подписали 50 государств. В случае противоречия норм законов РК этим соглашениям будут действовать эти соглашения.

В частности, в проекте Закона о недрах планируется отказаться от международного арбитража при разрешении споров инвестора с государством. При этом не учитывается, что в соответствии с ДЭХ инвестор имеет право обратиться в любой из трех арбитражей, указанных в ст. 26 ДЭХ (ICSID, Арбитражный институт торговой палаты в г. Стокгольме, по правилам UNCITRAL). ДЭХ как международный договор выше наших законов, так что запрет на арбитраж в сфере энергетики (нефть, уголь, уран, электроэнергия) ничего не даст.

Стабилизационные меры в нефтегазовых контрактах.

Суть проблемы заключается в выяснении того, существует ли сейчас так называемая "дедушкина оговорка", или положение о стабильности законодательства, которое так четко было сформулировано в знаменитой ст.6 Закона об иностранных инвестициях?

Проанализируем п.3 ст.4 Закона об инвестициях, который гласит:

"Республика Казахстан гарантирует стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон.

Настоящие гарантии не распространяются на:

— изменения в законодательстве Республики Казахстан и (или) вступление в силу и (или) изменения международных договоров Республики Казахстан, которыми изменяются порядок и условия импорта, производства, реализации подакцизных товаров;

— изменения и дополнения, которые вносятся в законодательные акты Республики Казахстан в целях обеспечения национальной и экономической безопасности, здравоохранения и нравственности".

Если буквально толковать часть вторую п.3 ст.4 Закона об инвестициях, получается, что на случаи, не предусмотренные этой частью, гарантии распространяются. То есть в случае изменений в законодательстве Республика Казахстан гарантирует стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами РК, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон. Значит, если нефтяной контракт заключен на 20 лет, и через 5 лет после его заключения вносятся изменения в законодательство, влияющие на условия контрактов, действует гарантия о стабильности условий договоров. Изменения не применяются, применяется прежнее законодательство, действовавшее в момент заключения контракта.

Это та же самая "дедушкина оговорка", только в ещё более льготном режиме для инвестора, так как не надо доказывать ухудшение положения инвестора в результате изменения контракта.

1.2. Понятие контракта

Ст.23 Закона об инвестициях посвящена стабильности контракта. В ней закрепляется, что "льготы, предоставленные на основании контрактов, заключенных с уполномоченным органом по инвестициям до введения в действие настоящего Закона, сохраняют свое действие до истечения срока, установленного в этих контрактах".

Я уже встречал толкование этой статьи в том смысле, что она закрепляет стабильность контрактов для всех инвесторов, в том числе недропользователей²⁰. Это неверно.

Нельзя забывать, что раздел Закона об инвестициях, посвященный государственной поддержке инвестиций, не имеет отношения к нефтяным операциям, так как он применяется в приоритетных видах деятельности, нуждающихся в поддержке (например, сельское хозяйство, производственная инфраструктура, строительство Астаны, обрабатывающая промышленность: жилье; объекты социальной сферы и туризма). Разведка и добыча нефти к таким видам деятельности не относится.

Тем не менее, необходимо рассмотреть понятия "контракт" и "договор", как они используются в Законе.

Понятие "контракт" в Законе определено как договор на осуществление инвестиций, предусматривающий инвестиционные преференции (подпункт 8 ст.1).

В то же время в п.3 ст.4 Закона говорится о договорах, заключаемых между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан.

Это значит, что в Законе применяются различные понятия: контракт - к отношениям между уполномоченным органом по инвестициям и инвестором по предоставлению преференций; и договор — ко всем отношениям инвесторов с государственными органами, в том числе и не связанный с предоставлением преференций.

Различно и понятие государственных органов: в отношении по предоставлению преференций — это уполномоченный государственный орган по инвестициям (в настоящее время — Комитет по инвестициям Министерства индустрии и торговли Республики Казахстан); в отношении по договору, как связанных, так и не связанных с преференциями — это любые государственные органы, с которыми инвесторы заключают договор (например, в договоре на проведение нефтяных операций - это Министерство энергетики и природных ресурсов).

Это очень важное положение. Из этого вытекает, в частности, то, что положения Закона об инвестициях, касающиеся заключения и расторжения контракта, а также нормы Закона о стабильности контракта, не применяются к договорам, не связанным с преференциями, в частности, к договорам на недропользование.

Понятие "контракт" по Закону об инвестициях нельзя смешивать с понятием "контракт" по Законам о нефти и о недрах и недропользовании. Например, в ст.1 Закона о нефти под контрактом понимается договор между подрядчиком и компетентным органом на проведение нефтяных операций (аналогично: подпункт 6 ст.1 Закона о недрах и недропользовании).

²⁰ Такое толкование дается, например, в «Исследовании по условиям доступа к инвестициям в разведку и добычу нефтегазовых ресурсов – сравнительный анализ законодательства Азербайджана, Казахстана, России, Туркменистана и Узбекистана», представленном для обсуждения Группой по инвестициям Энергетической Хартии 26 – 28 мая 2003 года (стр. 16).

Таким образом, понятие контракта различно применительно к приоритетным инвестициям и к обычным инвестициям, в том числе нефтяным инвестициям. Поэтому нормы ст. 23 Закона об инвестициях не могут быть применимы к контрактам на недропользование.

В последнее время правительство РК пытается проводить работу по пересмотру некоторых условий контрактов на недропользование. При этом оно руководствовалось положениями ст.6 Закона об иностранных инвестициях, в которой говорится: "В случае улучшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве и (или) вступлением в силу и (или) изменением условий международных договоров, отдельные условия контрактов между иностранным инвестором и уполномоченным государственным органом, представляющим Республику, могут быть изменены по взаимному согласию сторон с целью достижения баланса экономических интересов".

Аналогичное положение закреплено в ст.285 Кодекса РК "О налогах и других обязательных платежах в бюджет" (Налоговый кодекс) от 12 июня 2001 года № 210-II: "В случае улучшения условий налогообложения недропользователя, являющихся результатом изменений в налоговом законодательстве, в контрактах на недропользование производится корректировка условий налогообложения с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан".

В связи с тем, что в 2000 году был снижен размер некоторых видов налогов (налог на добавленную стоимость, социальный налог), правительство заявило, что баланс экономических интересов сторон в контрактах на недропользование изменился, положение иностранных инвесторов улучшилось, и предложило недропользователям вступить в переговоры о пересмотре контрактов. Надо сказать, эта попытка особого успеха не имела. Переговоры ведутся, но никаких особых силовых действий правительство не предпринимает.

1-3. Обратная сила закона в связи с принятием Закона об инвестициях.

Действие нормативного правового акта не распространяется на отношения, возникшие до его введения в действие (статья 37 Закона РК от 24 марта 1998 года № 213-1 "О нормативных правовых актах"). Следовательно, на отношения, возникшие до его введения в действие, Закон об инвестициях не распространяется. В частности, он не применяется к контрактам, заключенным до его введения в действие. К этим контрактам применяется Закон об иностранных инвестициях, и в частности, ст.6 этого Закона. Следовательно, к этим контрактам до окончания срока действия контракта будет применяться законодательство, действовавшее в момент осуществления контракта.

Это важное положение. Оно позволяет избежать применения эффекта так называемых длящихся от введения в действие, новый закон применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения в действие закона (см., например, постановление Верховного совета РК от 27 декабря 1994 г. № 269 - XIII "О введении в действие Гражданского кодекса РК (Общая часть)"). Если бы не действовала ст.6 Закона об иностранных инвестициях, то Закон об инвестициях не применялся бы к контрактным отношениям, действовавшим до введения в действие Закона об инвестициях, но применялся бы к отношениям, продолжающимся по контракту.

К контрактам на недропользование применяются нормы своих собственных законов. В ст.71 Закона о недрах и недропользовании и в ст.57 Закона о нефти закрепляется, что "изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение недропользователя, не применяются к контрактам, выданным и заключенным до таких изменений и дополнений".

1.4. Применение переходных положений о лицензии

Речь идет о ст. 2 Закона РК от 11 августа 1999 года, которым отменена лицензия. Однако действие уже выданных лицензий сохраняется. В отношении приостановления, отзыва, прекращения действия, а также признания недействительными лицензий по недропользованию применяются нормы Закона о недрах в редакции, которая действовала до внесения изменений.

Спор в связи с этим возник в одной конкретной ситуации, когда вследствие изменения состава недропользователей были внесены изменения в контракт. Встал вопрос о необходимости внесения изменений в лицензию. Две юридические фирмы, которые консультировали участников данного контракта на недропользование, пришли к разным выводам. Одна считала, что изменение в лицензию необходимо, другая — что нет.

Дело в том, что в соответствии со ст.2 Закона от 11 августа 1999 года прежнее законодательство применяется к приостановлению, отзыву, прекращению действия лицензий, а также признанию их недействительными. Перечень исключительный, изменения лицензии в нем нет. Поэтому можно считать, что изменение лицензии не входит в перечень вопросов, которые решаются в соответствии с прежним законодательством. Тем более что лицензионным органом является правительство, и добиться внесения изменений в лицензию теперь практически невозможно.

Поэтому в соответствии с новым законодательством изменения вносятся не в лицензию, а в контракт. Этого достаточно.

Тем не менее, это толкование закона является достаточно спорным. В проекте Закона о недрах этот вопрос решается очень просто: все вопросы, связанные с лицензиями, передаются компетентному органу. Предлагается включить в Закон о недрах ст.74-1 следующего содержания: функции лицензионного органа (правительства Республики Казахстан) в отношении ранее выданных и действующих лицензий на недропользование возлагаются на компетентный орган.

1.5. Закон о государственном регулировании производства и оборота нефтепродуктов

7 апреля 2003 года принят Закон РК "О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов".

Вначале проект этого закона готовился рабочей группой под моим руководством под эгидой Министерства энергетики и минеральных ресурсов, но затем проект был передан Министерству финансов. В результате было резко усилено государственное вмешательство в производственную деятельность нефтепереработчиков. Уполномоченным органом определено Министерство финансов. Министерство энергетики отнесено к иным государственным органам.

Введено лицензирование производства нефтепродуктов. Вводится установление минимальных объемов производства нефтепродуктов при условии утверждения Министерством нефти и газа объемов поставок сырой нефти и (или) газового конденсата на внутренний рынок Казахстана. Вводится единая электронная база данных по производству и обороту нефтепродуктов (с 1 января 2004 года).

Реализация нефтепродуктов с автозаправочных станций и баз нефтепродуктов с 1.01.04 г. будет допускаться при наличии компьютерной системы учета с передачей уполномоченному органу информации об объемах приобретения и реализации нефтепродуктов. Вводятся и другие меры, направленные на усиление государственного регулирования производства и оборота нефтепродуктов.

Политика усиления государственного регулирования коснулась и производства и оборота нефти. Одновременно с основным законом был принят (7 апреля 2003 г.) Закон РК "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственного регулирования производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов". В числе прочих были внесены изменения в Закон о нефти.

Ст.1 была дополнена понятием единой базы данных об объемах добычи и (или) оборота нефти, формируемой на основе информации, предоставляемой подрядчиком в порядке, установленном правительством Республики Казахстан.

Расширена компетенция правительства РК. Ст.5 дополнена четырьмя новыми подпунктами. В соответствии с новыми пунктами правительство Республики Казахстан:

6-1) регулирует экспорт нефти, в том числе путем утверждения (изменения) ставок акцизов, таможенных, защитных, антидемпинговых и компенсационных пошлин, квот на экспорт нефти;

6-2) устанавливает количественные ограничения (квоты) на транспортировку нефти различными видами транспорта;

6-3) определяет порядок ведения единой базы данных добычи и оборота нефти;

6-4) организует систему контроля за соблюдением требований безопасности к технологическому процессу добычи, хранения и оборота нефти.

Добавлены также полномочия компетентного органа (Министерства нефти и газа). Теперь министерство осуществляет государственное регулирование добычи нефти в соответствии с проектом разработки мероприятия, а также ее оборота.

Внесенные дополнения в ст.5 Закона "О нефти" подпунктами 6-1) -6-4) противоречат целям и задачам Закона о нефти, не относятся к предмету регулирования данного законодательного акта, а в ряде случаев редакционно неудачны.

Например, вопросы экспорта и импорта относятся к предмету регулирования Закона о лицензировании, ничем не обусловленное квотирование нарушает правила Закона о лицензировании и Договора к Энергетической Хартии, согласно которым такие ограничения допускаются только по соображениям государственной безопасности, реализации государственной монополии, обеспечения правопорядка, защиты окружающей среды, собственности, жизни и здоровья граждан.

То же самое можно сказать о квотах на транспортировку. Это противоречит принципам свободного распоряжения имуществом, недопущения необоснованного ограничения перемещения товаров, работ и услуг (п.3 ст.2 ГК, п.3 ст. 13 Закона "О защите и поддержке частного предпринимательства").

То же самое можно сказать о регулировании оборота нефти.

Принятием данных изменений в Закон о нефти создаются условия для вмешательства государственных органов в хозяйственную деятельность недропользователей, осуществляющих нефтяные операции, путем определения количественных и ценовых вопросов по реализации добытой нефти на внутреннем и внешнем рынке, определения маршрутов транспортировки добытой нефти и видов транспорта, которым осуществляется транспортировка нефти, а также путем регулирования деятельности недропользователя, не связанной с нефтяными операциями, по реализации и (или) переработке нефти. Закон также создает основу для лоббирования интересов отдельных

транспортных организаций, которые смогут загрузить свои транспортные мощности через установление ограничений государственными органами для недропользователей по транспортировке нефти другими видами транспорта (например, ограничение транспортировки трубопроводным и железнодорожным транспортом приведет к загрузке автомобильного транспорта, хотя, он, возможно, будет для недропользователя менее выгодным). Данный ведомственный и групповой интерес государственных органов по вмешательству в хозяйственную деятельность подрядчика, осуществляющего нефтяные операции, обуславливается благой целью загрузки сырьем нефтеперерабатывающих заводов Казахстана. Но это прямо противоречит п.3 ст. 13 Закона "О защите и поддержке частного предпринимательства", которым запрещается органам государственной власти и управления давать указания частным предпринимателям (в том числе и лицам, осуществляющим нефтяные операции) о поставке товаров (выполнении работ, оказании услуг) определенным потребителям (в том числе и определенным нефтеперерабатывающим заводам).

Размышления о совершенствовании законодательства о недрах и недропользовании. Нужен ли такой закон?

Изучив законопроект, я испытал разочарование. Все, что сделали авторы, - объединили два закона в один, причем довольно механически. Новых норм не очень много, и их вполне можно было включить в порядке изменений и дополнений, как это было сделано в 1999 году. Не совсем понятно, зачем надо было трогать Закон о нефти. Казахстан является одной из немногих нефтедобывающих стран, доходы от нефти являются основным источником бюджетных поступлений. Это специфика нашей страны. Когда я был руководителем переговорной группы от Казахстана по Договору к Энергетической хартии (Брюссель, 1992-2000г.г.) из 50 стран-участниц Договор к Энергетической хартии (ДЭХ) только 4 страны были нефтедобывающие – Азербайджан, Казахстан, Норвегия, Россия – и на переговорах мы всегда выступали единым фронтом.

Следовательно, политически важно для Казахстана как нефтедобывающей страны иметь отдельный закон о нефти. Поэтому после обретения независимости одним из первых законов, которые начали разрабатываться, был закон о нефти. А ведь тогда у нас были мизерные познания о нефтяном законодательстве. В 1991 г я впервые услышал слова «продакшн шеринг». Небольшая статья Конопляникова о нефтяных контрактах тогда размножились всеми доступными способами и зачитывались до дыр всеми нефтяниками. И в этих условиях мы написали Закон о нефти. За два года было подготовлено 30 вариантов проекта, мы получали комментарии от всех нефтяных компаний, всех международных организации, всех ведущих юристов в сфере нефтяного права. Более 100 организаций прислали свои комментарии по проекту закона.

Закон о нефти получился вполне приемлемым. Недаром он просуществовал 14 лет, не вызывая существенных нареканий.

Чтобы ликвидировать существующий закон о нефти в нефтедобывающей стране, нужны очень серьезные основания.

Одним из таких оснований может быть соблюдение юридической чистоты. В самом деле, в законе о недрах и законе о нефти много повторов, многие нефтяные проблемы регулируются Законом о недрах, а не о нефти. Однако добыча нефти – только один из видов добычи полезных ископаемых. Если нормы Закона о недрах носят общий характер, то при включении в него раздела о нефти как одном из видов полезных ископаемых сразу встает вопрос: а как обстоит дело с другими видами? Главное – это, конечно, добыча твердых ископаемых, и основной целью нового закона, если он объединяет два новых закона, должна быть разработка норм о твердых ископаемых, которые законодательно никак не урегулированы. Когда-то был у нас закон о добыче золота, но и его отменили.

Между тем в добыче твердых ископаемых очень много специфики, одной из которых является переработка руды как один из элементов добычи полезного ископаемого. Трудно определить, где кончается добыча и где начинается переработка. В ряде стран есть прекрасные Горные кодексы, и посвященные исключительно добыче твердых полезных ископаемых. Очень хороший закон был в царской России. Если бы разработчики написали раздел о добыче твердых полезных ископаемых, все горняки им спасибо сказали бы.

Сохранение в проекте Закона устаревших норм

Разработчики механически переносят в проект нормы Законов о нефти и о недрах, не задумываясь о том, что многие из них нуждаются в переработке или исключении. Это относится, например, к важной статье 2 «Законодательство о недрах и недропользовании».

В п. 1 ст. 2 проекта закрепляется, что законодательство о недрах и недропользовании состоит из настоящего Закона и иных нормативных правовых актов, принимаемых в соответствии с настоящим Законом. Пункт 2 определяет, что в случае противоречий между настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами РК, содержащими нормы, регулирующие отношения в области недропользования, применяются положения настоящего Закона.

Положения обоих пунктов бессмысленны и противоречат Закону о нормативных правовых актах (НПА). Если речь идет об НПА низшего уровня, чем закон (указе Президента, постановлении Правительства и др.), они, естественно, должны применяться в соответствии с ним и не могут ему противоречить. Если же имеются в виду законы, то есть НПА одного уровня, то другие законы не обязательно должны применяться в соответствии с Законом о недрах, а в случае противоречий между законами применяются, в соответствии с Законом об НПА, нормы Закона, принятого позднее. Действующий Закон о недрах был принят в 1995 г., когда еще не было Закона об НПА. Сейчас же включение таких норм в Закон юридически безграмотно и недопустимо. Нормы ст. 2 вообще надо исключить из проекта.

То же можно сказать о других нормах проекта. Например, разработчики выделили главу 14 «Ответственность за нарушение требований в области использования и охраны недр и разрешения споров». Однако две статьи этой главы об ответственности юридически бессмысленны и в какой-то части противоречат Гражданскому кодексу. Их надо исключить. Ради одной статьи о разрешении споров главу делать нет смысла. Кроме того, из этой статьи исключили арбитражный порядок разрешения споров, что является грубейшим ущемлением прав недропользователей.

Приоритетное право Республики Казахстан

При попытке включить в проект некоторые новые понятия, появившиеся в последнее время, разработчики допускают, на мой взгляд, теоретические ошибки. В первую очередь это касается понятия приоритетного права Республики Казахстан.

Статья 12 проекта называется «Преимущественные права Республики Казахстан в сфере недропользования». В пункте 1 говорится о преимущественном перед другими лицами праве на приобретение полезных ископаемых, в пункте 2 – о приоритетном праве на приобретение права недропользования или доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования.

Получается смешение двух терминов: «преимущественное право» и «приоритетное право». При этом преимущественные права РК делятся на преимущественное право и приоритетное право. Из такой каши понятий вытекает также попытка привязать

приоритетное право к преимущественному праву покупки доли в товариществе с ограниченной ответственностью (ТОО).

Такое мнение высказывалось в литературе. Так, А. Бикебаев считает, что это право аналогично преимущественному праву покупки доли в ТОО, и на этом основании утверждает, что здесь нет, так же как и при реализации преимущественного права, принудительного изъятия имущества²¹.

Мне кажется, что сравнение с преимущественным правом покупки доли здесь неуместно. Преимущественное право покупки вытекает из правовой природы ТОО, где, в отличие от акционерного общества, очень силен личностный акцент, поэтому участники ТОО не заинтересованы в появлении среди участников посторонних лиц. Преимущественное право покупки – это субъективное гражданское право, вытекающее из корпоративных гражданско-правовых отношений.

Приоритетное право государства – это не субъективное гражданское право. Это право закреплено нормами публичного права и находится вне гражданско-правовых отношений между участниками. Государство закрепило законодательно свое право вторгаться в гражданско-правовые отношения. Причем это касается не только ТОО и АО, но и любого контракта на недропользование. И, разумеется, это принудительное отчуждение имущества. Воли продавца на отчуждение (наличие которой обосновывает А. Бикебаев) здесь нет. Продавец хотел бы продать долю в ТОО или право недропользования кому он хочет, но не может этого сделать, так как государство имеет «право первой ночи». Здесь вопрос надо ставить так: что будет, если владелец доли в ТОО или права недропользования откажется продавать долю или право государству? Ответ однозначен: государство принудительно заберет это право (разумеется, выплатив компенсацию по реальной рыночной стоимости). Но эти же принципы применяются и при национализации имущества.

Преимущественное перед другими лицами право РК на приобретение полезных ископаемых недропользователя – это то же самое приоритетное право, закрепленное нормами публичного права и не имеющего ничего общего с гражданско-правовым преимущественным правом. Это право реализуется помимо воли недропользователя и означает принудительное отчуждение имущества. (В действующем Законе о нефти аналогичное право называется «первоочередное»). Я понимаю, что точки зрения на правовую природу приоритетного права могут быть разные, и в юридической литературе каждый может высказывать любую точку зрения. Но недопустимо устраивать в законе, которым будут руководствоваться и недропользователи, и государство, мешанину из правовых понятий. Это тем более опасно, что в ст. 3 проекта закреплено, что гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются гражданским законодательством, если они не урегулированы нормами настоящего Закона.

Рассматриваемые в ст. 12 проекта отношения толком не урегулированы в проекте, что может навлечь попытки применить нормы гражданского законодательства к отношениям, которые по своей правовой природе принципиально не могут быть отнесены к гражданско-правовым.

К этому стоит добавить, что в проекте понятие «преимущественное право» без всяких объяснений применено к праву подрядчика без проведения конкурса заключить контракт на добычу в связи с коммерческим обнаружением на основании контракта на разведку (ст. 33 проекта). В действующем Законе о недрах это право называется исключительным (п. 1-1 ст. 13).

²¹ См.: Бикебаев А.О спорах представителей публичного и частного права//Юрист. 2004.№10.С.59

Может ли государство реализовать приоритетное право через национальную компанию?

В статье 13 проекта закреплено, что в случае намерения лица, обладающего правом недропользования и (или) объектом, связанным с правом недропользования, произвести отчуждение права недропользователя (его части) и (или) связанного с ним объекта, государство через национальную компанию или уполномоченный государственный орган обладает приоритетным правом приобретения права недропользования (его части) и (или) связанного с ним объекта.

Приоритетное право принадлежит государству, реализация приоритетного права - это реализация публичных функций государства. От имени государства приоритетное право реализует Правительство. Это закреплено в ст. 193-1 ГК. Причем здесь национальная компания – акционерное общество, созданное Правительством? Выступление национальной компании от имени государства при осуществлении публичных функций противоречит пункту 3 статьи 3 Конституции РК, где закреплено: «Правительство Республики и иные государственный органы выступают от имени государства в пределах делегированных полномочий». Национальная компания - это не государственный орган, это акционерное общество, пусть даже со стопроцентным участием государства. Все равно это частная форма собственности, и АО не может при осуществлении публичных функций выступать от имени государства.

Контракты на недропользование. В силу того, что проект основан, так же как и действующие законы, на контрактной (а не лицензионно-контрактной, как было до 1999 г.) модели осуществления операций по недропользованию, нормы о контрактах занимают если не центральное, то, во всяком случае, определяющее место в законе.

Ценность этих норм во многом определяется тем, как в них определена правовая природа контрактов на недропользование и их место в системе гражданско-правовых договоров. Ибо тот факт, что контракт на недропользование - это гражданско-правовой договор, по-моему, отрицать никто прямо не решается.

К сожалению, в решении этого вопроса проект построен на недомолвках, недосказанности и затуманивании в общем-то ясных вещей.

Во-первых, каково соотношение контракта на недропользование и гражданско-правового договора? В действующих Законах (п.1 ст. 42 Закона о недрах, п.1 ст. 25 Закона о нефти) закреплено ясное принципиально важное положение о том, что «порядок заключения, исполнения, изменения или прекращения контракта производится в соответствии с настоящим Законом и гражданским законодательством».

А что в проекте? То же самое, только исключены слова «и гражданским законодательством».

И что из этого следует? Что гражданское законодательство не применяется? Да нет же, ведь есть в этом же проекте норма о том, что «гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего закона» (ст. 3 проекта).

Я повторю, контракт на недропользования ничем иным, кроме как гражданско-правовым договором, быть не может. И то, что не урегулировано в Законе, может регулироваться Гражданским кодексом (оферта, акцепт, принцип надлежащего исполнения договоров, возмещение убытков и прочее, и прочее).

Во-вторых, как определена правовая природа контракта в проекте? А никак. Есть четыре вида контрактов – на разведку, на добычу, на строительство и/или эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, на государственное геологическое изучение недр. И все. Да, еще поставили на отмену Закон «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море».

На самом деле ничего нового в этой позиции нет. Все это мы уже проходили.

Если посмотреть историю законодательства о недрах независимого Казахстана, то получится следующая картина:

- 1) Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г. просто говорил о «договоре на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях». Понятно, что в то время о видах договоров на недропользование было мало что известно;
- 2) Законы о недрах и о нефти 1995-96 г.г. уже содержали специальные статьи о видах контрактов, причем в соответствии с их юридическим содержанием (о разделе продукции, сервисный контракт, о совместной деятельности);
- 3) В 1999 г. все это было отменено, и деление контрактов проводилось по видам операций по недропользованию (контракты на разведку, на добычу, на совместную разведку и добычу, на строительство подземных сооружений, не связанных с добычей)
- 4) Однако в 2004 г. (Закон о внесении изменений и дополнений от 1 декабря 2004 г.) законодатель опять возвращается к первоначальной классификации контрактов, то есть по их юридическому содержанию и называет контракты: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Допускаются и комбинированные контракты;
- 5) Теперь опять возвращаемся к тому, от чего отказались ввиду бессмысленности и бесперспективности.

Отмена Закона о соглашениях продукции не отменяет соглашения о разделе продукции, они были и до Закона, будут и после него. Отмена недавно принятого Закона об СРП свидетельствует только о шараханиях законодателя в разные стороны и об отсутствии четкой стратегии развития законодательства о недрах. В 2005 г. уже была ясна неэффективность и невыгодность для республики соглашений о разделе продукции. Мы несколько раз писали правовые заключения на проект Закона об СРП, и в них как раз писали о необходимости четко определить правовую природу СРП с точки зрения гражданского законодательства.

Тем не менее закон был принят. А через три года его ставят на отмену, и вообще хотят, чтобы в законах не было даже упоминания об СРП. Я очень сильно подозреваю, что отказ от внятной и логичной классификации контрактов на недропользование связан именно с этим.

Как бы мы ни называли контракт, по своей правовой природе он может быть и должен быть отнесен к определенному типу контракта. Обозначение в самом названии конкретного контракта его типа (концессии, соглашения о разделе продукции и др.) означает применение к нему того или иного правового режима: существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон и т.д. Установление для контрактов на недропользование ясного и понятного законодательного режима существенно облегчает недропользователю выход на внешний рынок, в частности, возможность привлечения займов (обеспечение финансирования) и инвестиций.

При всем многообразии критериев для деления контрактов на те или иные виды можно выделить два основных типа контрактов на недропользование с подразделением на виды:

1. арендного типа, к которому относятся:
 - 1) концессионные контракты и
 - 2) контракты на строительство и эксплуатацию различных подземных сооружений;
2. подрядного типа, к которому относятся:
 - 1) контракт подряда на геологическое изучение недр;
 - 2) контракт (соглашение) о разделе продукции;
 - 3) сервисный контракт.

Основные различия необходимо проводить, конечно, между концессионным контрактом и СРП.

Концессионный контракт – это договор арендного типа, по которому недропользователь получает участок недр на определенный срок с правом добычи полезных ископаемых. Право собственности на добытую нефть принадлежит недропользователю. Государство получает свою часть дохода в основном в виде роялти и различных бонусов.

СРП – договор подрядного типа, по которому подрядчик за свой риск осуществляет добычу полезных ископаемых при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов (кост-ойл). Добытая нефть принадлежит на праве собственности государству как собственнику недр. Подрядчик приобретает право собственности на долю полезных ископаемых, полученную при разделе (профит-ойл), а также на полезные ископаемые, переданные ему для возмещения расходов.

В Казахстане после отмены соглашения о СРП практически все контракты на недропользование выступают в форме концессионного контракта.

Рассмотрение споров. Существенным ухудшением положения недропользователей является установленный в проекте порядок рассмотрения споров только в суде в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан. Таким образом, арбитражный порядок рассмотрения споров возможность установления которого предусмотрена в действующих законах, с принятием нового Закона становится неприменимым.

Я не буду комментировать это положение, скажу лишь, что оно вполне укладывается в общую политику планомерного ограничения прав недропользователя как стороны контракта и усиления позиций в этом контракте государства и государственных органов.

Приложение 1.

Библиография

1. Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К.Сулейменов.- Алматы:КазГЮА, 2001. – С.481.
2. Осипов Е.Б. Обзор законодательной базы для инвестиций в нефтегазовом секторе Казахстана // Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора Ю.Г.Басина (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 29-30 мая 2008 г./отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008.- С.184-193.
3. Джонстон Д. Международный нефтяной бизнес: налоговые системы и соглашения о разделе продукции / Пер. с англ. – М.: ЗАО «Олимп-Бизнес», 2000. –352 с.
4. Ключкин Б.Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. – М.: Городец-издат, 2000. – 443 с.
5. Мауленов К.С. Нефтяное право Республики Казахстан и зарубежных стран. – Алматы: «Данекер», 2003. – 295 с.
6. Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. – Алматы: Жеты жаргы, 1997. – 277 с.
7. Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву / Науч. ред. В.С.Ем – М.: Статут, 2006 – 587 с.
8. Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006. – 414 с.
9. Мороз С.П. Теоретические проблемы инвестиционного права: гражданско-правовой аспект. – Алматы: Юрист, 2003. – 344 с.
10. Мауленов К.С. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Республике Казахстан. Алматы: Гылым, 1998. – 328 с.
11. Федосеева Г. Международное частное право. М.: 1999. С. 238.
12. Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж. Учебно-методическое пособие. М., 1997. С. 35-37.
13. Анализ решения по этому делу в кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан; Статьи Комментарии. Практика. Алматы. 1999. Вып. 7.
14. Басин Ю.Г. Национальная компания. – В кн.: Басин Ю.Г. «Избранные труды по гражданскому праву». Алматы: АЮ – ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ.
15. Федосеева Г. Международное частное право. М.: 1999. С. 238.
16. Дмитриева Г.К. Международный коммерческий арбитраж. Учебно-методическое пособие. М., 1997. С. 35-37.
17. Анализ решения по этому делу в кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан; Статьи Комментарии. Практика. Алматы. 1999. Вып. 7.