

# Законодательное регулирование участия государства в нефтяных контрактах в Республике Казахстан

М.К. Сулейменов

Одним из первых казахстанских законов в сфере недропользования был Кодекс о недрах и переработке минерального сырья от 30 мая 1992 г. Кодекс был построен на административных принципах предоставления недр в пользование, и, хотя в нем предусматривалось заключение договора о недропользовании, он играл подчиненное значение и не был надлежащим образом урегулирован. Поэтому Республика Казахстан (далее — РК) была захвачена врасплох нашествием нефтяных транснациональных корпораций («Шеврон», «Элф-Акитен», «Бритиш газ», «Бритиш петролеум» и другие). Контракты с ними заключались без должной законодательной основы, с большими финансовыми, организационными и правовыми проблемами для Казахстана. В определенной степени отражением этой ситуации было принятие Указа Президента РК (имеющего силу закона) от 18 апреля 1995 г. «О нефтяных операциях», который предоставил большие полномочия сторонам нефтяного контракта, в частности, право на определение налогового режима. Это был первый опыт внедрения контрактной системы недропользования.

В то же время на основе Указа Президента РК (имеющего силу закона) от 5 апреля 1994 г., давшего Правительству РК право установления порядка предоставления недр в пользование, Кабинет Министров РК 13 апреля 1994 г. принял постановление «О порядке предоставления недр для геологического изучения, добычи полезных ископаемых и пользования в иных целях». Данным постановлением были введены лицензии на предоставление недр в пользование.

Этот порядок получил закрепление в указах Президента РК, имеющих силу закона, от 28 июня 1995 г. «О нефти» и от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании».

В Казахстане закрепилась так называемая смешанная лицензионно-контрактная система: лицензии на недропользование выдавало Правительство РК (рабочим органом которого являлось Министерство биологии и охраны недр РК), а контракты на основе лицензии заключало Министерство нефтегазовой промышленности РК как компетентный орган.

Однако данная система оказалась весьма громоздкой, а после объединения Министерства геологии и Министерства нефтегазовой промышленности в одно — министерство энергетики и минеральных ресурсов РК — и вовсе бессмысленной. Получилось так, что одно и то же Министерство готовило к выдаче лицензии и заключало контракт. Надо было переходить от смешанной лицензионно-контрактной системы к единой системе: лицензионной или контрактной.



После длительных колебаний была выбрана контрактная система. Законом от 11 августа 1999 г. были внесены изменения в указы о нефти и о недрах, которыми лицензии на недропользование были отменены.

Таким образом, с 1999 г. в Казахстане утвердилась контрактная система предоставления недр в пользование. Это означает расширение прав инвестора в отношениях с государством, расширение гражданско-правовых начал в регулировании недропользования, переход с административных принципов на гражданско-правовые.

Это означает и сокращение властных функций государства в данных отношениях.

### **Особенности контрактной системы предоставления недр в пользование**

Переход на контрактную систему является аргументом против тех, кто доказывает особый характер контрактов на недропользование, исходя при этом из того, что государство обладает исключительным правом собственности на недра, и это обуславливает его особую роль с властно-распорядительными функциями, выходящими за пределы контракта.

То, что государство является исключительным собственником недр, не вызывает сомнений, как и то, что только государство вправе распоряжаться недрами. Однако пути и способы распоряжения могут быть различны. Выбор их является волей государства и должен быть закреплен в законах государства.

В мире существует два основных способа предоставления недр в пользование: лицензия и контракт. При лицензионной системе между государством и недропользователем возникают чисто властно-распорядитель-

ные, административные отношения. Государство определяет условия выдачи лицензии, инвестор принимает их. Но даже в этом случае государство не может произвольно отозвать или изменить условия лицензии. В случае необоснованного отзыва или изменения лицензии инвестор вправе обратиться в суд и потребовать соблюдения условий выданной лицензии или возмещения убытков.

Другим способом является заключение контракта на недропользование, и в случае выбора этого способа государство переходит целиком на гражданско-правовое регулирование (само, добровольно, самостоятельно) и отступить от гражданско-правовых принципов (прежде всего равенства сторон, неприкосновенности собственности, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела — см. ст. 2 Гражданского кодекса Республики Казахстан; далее — ГК РК) оно не вправе. Тем более это касается случаев, когда государство является участником хозяйственного товарищества или акционерного общества. В таком товариществе государство является обычным участником, собственность такого ТОО или АО, даже если 100% его акций принадлежат государству, уже не государственная, а частная. И здесь действуют уже нормы не государственного или административного права, а корпоративного (гражданского) права.

### **Два подхода к разграничению публичного и частного**

Рыночная экономика, с которой неразрывно связаны правовое государство и гражданское общество и к построению которой стремится Казахстан, предполагает четкое разделение публично-правовой и частно-



правовой сфер. На необходимость разграничения публичного права и частного права обращается специальное внимание в Концепции правовой политики Республики Казахстан, утвержденной Указом Президента РК от 20 октября 2002 г. В Концепции подтверждается также необходимость соблюдения фундаментальных основ гражданского законодательства, важнейшим из которых является равенство субъектов.

Между тем последние несколько лет мы с тревогой отмечаем 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, сертифицирования, согласования и прочих разрешительных процедур. Все это вводится под флагом усиления контролирующей и регулирующей роли государства, защиты государственных интересов и интересов народа.

Однако нередко за этим стоят не государственные интересы, а ведомственные 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, — эта тенденция усиливается и расширяется.

Это, в частности, проявляется во вновь принятых законах: об инвестициях, о государственном регулировании производства и оборота нефтепродуктов, о трансфертных ценах, о Налоговом кодексе, и в проектах законов об СРП, о внесении изменений в указы о недрах и нефти.

В настоящей статье я хотел бы обсудить нефтяные контракты и роль государства в этих контрактах.

### **Имеет ли право государство на принудительное изъятие имущества?**

В Казахстане разгорелась дискуссия по поводу одной поправки в Указ Президента РК «О недрах и недропользовании» (далее — Указ о недрах). Почти одновременно в двух республиканских газетах («Казахстанская правда» и «Юридическая газета») появилась статья академика Национальной академии наук, доктора юридических наук С.З. Зиманова, где он оправдывал право государства на принудительное изъятие имущества.

Спор разгорелся вокруг правомерности включения одной поправки в Указ о недрах. Данная поправка гласит: «В целях сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики в новых, а также уже подписанных контрактах на недропользование государство имеет приоритетное право перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, имеющего право недропользования, и иными лицами на приобретение отчуждаемого права недропользования (его части) или части доли (пакета акций) в юридическом лице, имеющем право недропользования, на условиях не хуже условий, предложенных другими покупателями».

При этом и Правительство РК, и некоторые ученые, в частности, академик Зиманов, утверждают, что никакого нарушения прав инвесторов не происходит, что инвесторы ничего не теряют и ничему это не противоречит, в том числе Конституции РК.

Однако посмотрим на ст. 26 Конституции РК, которую Зиманов просто отбросил, заявив, что она не имеет прямого отношения к рассматриваемому вопросу, поскольку никто не лишается своего имущества.

Пункт 3 ст. 26 Конституции РК гласит: «Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд в исключительных случаях, предусмотренных законом, может быть произведено при условии равноценного его возмещения».

В рассматриваемом нами случае имеет место принудительное изъятие имущества (акций, например). «Принудительное» означает — вопреки воле собственника акций, причем без решения суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд допускается только в исключительных случаях (трудно отнести к таким случаям обычную сделку продажи акций) и только в случаях, предусмотренных законом. Случаи принудительного изъятия у собственника имущества предусмотрены ст. 249 ГК РК (реквизиция, конфискация, взыскание по долгам и др.). Могут быть и иные случаи, чем те, что предусмотрены ст. 249 ГК РК, но они могут быть предусмотрены только Гражданским кодексом.

В истории Казахстана был только один случай, когда предусмотрели дополнительное основание принудительного изъятия имущества — это принудительный выкуп акций банков и страховых организаций в случае наличия у них отрицательного размера капитала. Процесс включения этого основания в 1996 г. сопровождался шумным скандалом, так как при этом нарушались права простых акционеров этих банков, которые никак не были виноваты в том, что у банка возник отрицательный размер капитала. Потребовалось специальное решение Конституционного Совета РК (причем результаты голосования были такие: три «за», три «против» и только голос председателя сыграл решающую роль). В ГК РК была включена специальная норма (п. 6 ст. 86). Все это было предпринято только для того, чтобы спасти от ликвидации банки «Туран» и «Алем» и создать на их базе банк «Туран—Алем». В настоящее время необходимость в этой норме отпала, и она ввиду ее явной несправедливости была отменена (ст. 86 из ГК РК исключена Законом от 16 мая 2003 г.). Но-

вый Закон РК «Об акционерных обществах» от 13 мая 2003 г. также ни одним словом не обмолвился о таком основании принудительного отчуждения имущества.

Следовательно, предлагаемая поправка в Указ о недрах противоречит и ст. 26 Конституции РК и ст. 249 ГК РК (в силу приоритета ГК РК при наличии противоречий между ГК и иным законодательным актом будет действовать ГК РК).

Если разобраться по существу, что означает принудительный выкуп акций у собственника государством (а именно это возникнет при принятии поправки в Указ о недрах), то это переход имущества из частной собственности в государственную. Согласно определению, данному в п. 4 ст. 249 ГК РК, принудительное обращение в государственную собственность имущества, находящегося в частной собственности граждан и юридических лиц, — это национализация, которая может быть осуществлена только принятием специального закона о национализации имущества.

То есть у государства, если оно чувствует себя несправедливо ущемленным иностранными 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 заявить об этом, использовать нормы публичного права, не пытаясь изменить и приспособить к своим интересам ранее заключенные контракты.

Занимает ли государство особое положение в контрактах?

Главная идея статьи академика Зиманова и главные аргументы авторов поправки в Указ о недрах заключаются в том, что государство в контракте занимает особое положение, поскольку здесь действуют начала не



только частного, но и публичного права. Само участие государства в контракте придает контрактным отношениям «неравенство в равенстве».

Чтобы опровергнуть эти построения с позиции гражданского права, не требуется особых усилий. Согласно ГК РК государство, вступая в контрактные отношения, выступает таким же субъектом гражданского права, как физические и юридические лица. К государству в этих случаях применяются нормы ГК РК о юридических лицах. Никакой особой роли и никакого нарушения принципа равенства участников. Такие же положения закреплены в гражданском законодательстве всего мира. Например, в Гражданском кодексе Грузии государство прямо названо юридическим лицом.

Однако я чувствую, что сторонников особой роли государства в контрактах эти аргументы не убеждают, так как они считают, что к контрактам с участием государства, в частности, к контрактам на недропользование нормы ГК РК неприменимы или применимы с оговорками. Помните: «неравенство в равенстве». Как пишется в статье: «Постулат о равенстве сторон в контракте предполагает и равенство признания роли государства как особого субъекта в этих отношениях». Невольно приходит на ум знаменитая фраза из футуристического романа Оруэлла «Скотный двор»: «Все животные равны, но свиньи все же немножечко равнее».

Поэтому я возьму в качестве примера для анализа не гражданское, а международное право, где суверенные функции государства проявляются более четко и обнаженно.

Производным от понятия суверенитета является иммунитет государства от судебного преследования. Много лет в теории международного права господствовала концепция абсолютного иммунитета: государство ни при каких обстоятельствах не может быть привлечено к ответственности в судах другого государства. Это выражалось в известной формуле: «*Par in parem non habet jurisdictionem*» — «Равный над равным не имеет юрисдикции». Такое положение казалось

нормальным. Такое положение кажется нормальным и сейчас сторонникам особой роли государства в любых отношениях. Однако во всем остальном мире отношение к иммунитету государства резко поменялось.

Господствующей стала теория функционального или ограниченного иммунитета. Согласно ей государство всегда пользуется иммунитетом, когда действует как суверен, совершает акт властвования. Если же государство заключает контракты с частными лицами, осуществляет внешнеторговые операции, занимается какой-либо коммерческой деятельностью, то оно иммунитетом не пользуется. Сейчас во многих государствах приняты законы об иммунитетах иностранных государств, в соответствии с которыми государство лишается иммунитета, если оно вступило в частно-правовые отношения (например: «коммерческая деятельность, осуществляемая иностранным государством в Соединенных Штатах, или действие, совершенное за пределами Соединенных Штатов в связи с коммерческой деятельностью иностранного государства вне Соединенных Штатов, если это действие имело прямые последствия для Соединенных Штатов» — § 1605 (а) 2 Закона США об иммунитетах иностранных государств 1976 г.).

Страны ЕС приняли Европейскую конвенцию об иммунитете государств 16 мая 1972 г. Комиссия международного права ООН в 1991 г. приняла проект статей об иммунитетах государств и их собственности.

Даже в тех странах, где еще нет таких законов, суды принимают решения, основанные на теории ограниченного иммунитета (например, решения Конституционного Суда ФРГ в 1962 и 1963 гг. по вопросам иммунитета).

Таким образом, практически весь мир переходит к признанию того, что государство, вступая в частно-правовые отношения, выступает как обычный субъект частного права, теряющий свои властно-правовые функции и право на судебный иммунитет. То, что мы придерживаемся иной точки зрения, никого не волнует. При рассмотрении одного

конкретного дела Правительство Китая заявило, что Китай придерживается теории абсолютного иммунитета, поэтому теория ограниченного иммунитета не может быть к нему применена. Однако суд США не принял эти доводы во внимание.

Поэтому в настоящее время сложилась парадоксальная ситуация: Правительство РК и Национальный банк РК привлекают к гражданско-правовой ответственности по всему миру, а мы в своих судах не можем рассмотреть иск к иностранному государству без его согласия, потому что мы, хотя и провозгласили применение теории ограниченного иммунитета, но специального закона об иммунитете иностранных государств до сих пор не приняли.

### **Соотношение законности и целесообразности**

В статье академика С.З. Зиманова сформулирован и активно пропагандируется очень своеобразный подход к понятию законности. Есть законность первичная и законность вторичная. Законность, связанная с рамочными условиями контракта, вторична по отношению к законности, формируемой правомочиями и правоспособностью государства.

Получается, что одна законность выше другой и законность контрактную можно просто проигнорировать. Вряд ли это правильно с точки зрения теории права. Еще незабвенный наш классик говорил, что не может быть законности рязанской, калужской и что законность одна.

Данная теоретическая посылка приводит к неприемлемым практическим выводам, сделанным в статье: первоначально государство было бедно, не имело средств для участия в пакете долей на недропользование. Теперь у государства-собственника есть та-

кая возможность и оно может, хочет и вправе реализовать эту возможность на другом этапе и уровне контрактных отношений, не нанося ущерба интересам других участников.

Несколько страшноватая психология, не приемлемая для правового государства: пока я беден, я готов обещать вам все блага, льготы и преимущества на время контракта, давать любые обещания, но когда я разбогател и сам могу справиться, можете удалиться, вы мне не нужны. А обоснование — у меня есть законность первичная, а ваша вторичная законность мне без надобности. И очень странно, что вы сопротивляетесь, ведь я не наношу ущерба вашим интересам.

Соотношение законности и целесообразности являлось камнем преткновения для многих государств, особенно в период их становления. Не избежал этой участи и Казахстан.

Я помню, как мы с профессором Ю.Г. Басиным выступали против нарушений законодательства при приватизации, которая проводилась в 90-е годы в Казахстане. Нам отвечали на самом высоком уровне: да, мы нарушаем Гражданский кодекс, но так требует обстановка, так целесообразно. И в самом деле: предприятия лежат на боку, государственная собственность дискредитирована, рабочие не получают зарплату, семьи голодают. Несоблюдение законности во имя интересов народа.

Что из этого получилось, известно: массовая «прихватизация», обогащение кучки олигархов, обнищание народа.

Я помню, как мы с профессором Басиным выступали против нарушения законности при заключении контрактов с иностранными инвесторами. В одном контракте, на который я готовил правовое заключение, было записано: «Настоящий контракт является законом Республики Казахстан», в другом



записано, что в случае вступления норм контракта в противоречие с действующим законодательством РК, законодательство будет изменено. Оба контракта были подписаны, как и многие другие, а нам объясняли, что высшая целесообразность требует нарушения законодательных требований. И в самом деле: в стране экономический кризис, живых денег нет, массовая безработица, семьи голодают. Несоблюдение законности во имя интересов народа.

Что из этого получилось, тоже известно: природные ресурсы под контролем иностранцев, большая часть денег уплывает в оффшорные зоны, обогащение кучки олигархов и чиновников, простой народ от инвестиций мало что получил, семьи голодают.

Теперь опять предлагается поступиться законностью во имя целесообразности. Законность второго порядка нарушается во имя высших интересов Республики и народа. И в самом деле: инвесторы ведут себя слишком самоуверенно, не подчиняются чиновникам, в государстве много лишних денег, которые некуда вложить, и вообще, не пора ли произвести передел собственности?

Что из этого получится, также известно: государство расширит свое влияние за счет вытеснения иностранных инвесторов, в мире о Казахстане сложится мнение как о стране, которая не выполняет заключенных контрактов, серьезные инвесторы постараются избежать отношений с нашей страной, да и бог с ними, главное, что интересы Республики и народа защищены.

Больше 10 лет мы с профессором Басиным ведем борьбу с чиновниками разных уровней за то, чтобы в своей деятельности они руководствовались не целесообразностью (прикрываясь лозунгами об интересах народа), а принципом строгого соблюдения законности. Именно в отстаивании принципа законности всегда и везде, чем бы это ни грозило и чьи бы интересы это ни затрагивало, мы видим главную задачу юристов, особенно ученых, чьи идеи и высказывания определяют порой развитие законодательства и практики на десятилетия вперед.

### **Государственный орган и национальная компания как участники контракта со стороны государства**

В соответствии с указами о нефти и о недрах и недропользовании компетентным органом, уполномоченным подписывать контракт на недропользование от имени государства, выступает Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК. Оно же уполномочено осуществлять контроль за исполнением и выполнять все другие функции государства как сторона контракта.

Однако с появлением национальной компании «КазМунайГаз» ситуация стала несколько запутанной.

Национальная компания в соответствии с указами о недрах и о нефти, а также Законом РК от 21 мая 2002 г. «Об акционерных обществах», является акционерным обществом, контрольный пакет акций которого принадлежит государству. В отношениях со своими хозяйственными партнерами национальная компания выступает как равноправный участник отношений.

В то же время национальной компании передается ряд полномочий по государственному управлению. Например, Указом Президента РК от 20 февраля 2002 г. «О мерах по дальнейшему обеспечению интересов государства в нефтегазовом секторе страны» была образована национальная компания «КазМунайГаз».

Основным предметом деятельности национальной компании определено:

- участие в реализации единой государственной политики в нефтегазовой отрасли;
- обеспечение эффективного и рационального освоения нефтегазовых ресурсов Республики;
- участие в разработке стратегии использования воспроизводства и дальнейшего увеличения ресурсов нефти и газа;
- представление... государственных интересов в контрактах с подрядчиками, осуществляющими нефтегазовые операции посредством обязательного участия в контрактах;

— участие в организации конкурсов на нефтегазовые операции на территории Республики Казахстан.

Мало этого, нормативные акты нередко именуют национальную компанию государственным органом, рабочим органом государственной власти и т.п.<sup>1</sup> Постановлением Правительства от 13 июня 2002 г. «КазМунайГаз» назван уполномоченной организацией по разведке и разработке структур в северной части Каспийского моря.

В сравнительно непродолжительной по времени практике государственного регулирования публичных отношений уже не раз возникали споры о разграничении управленческой компетенции между национальной компанией и министерством, курирующим данную экономическую сферу. Потребовалось даже специальное вмешательство Правительства РК. Так, в один и тот же день 29 июня 2002 г. Правительство Казахстана приняло два постановления: № 707 «О разграничении полномочий в нефтяных операциях между государственными органами и закрытым акционерным обществом «Национальная компания КазМунайГаз» и № 708 об утверждении «Правил представления государственных интересов национальной компанией в контрактах с подрядчиками, осуществляющими нефтяные операции посредством обязательного долевого участия в контрактах» (далее — Правила).

Первым из названных постановлений «КазМунайГаз» (далее — КМГ) наделяется полномочиями публичного характера, связанными с нефтяными операциями. Публичность полномочий четко проявляется, например, в возложении на КМГ функций участвовать в разработке стратегии использования, вос-

производства и дальнейшего увеличения ресурсов нефти и газа, организации конкурсов на нефтяные операции, подготовке отчетов Правительству РК о ходе выполнения контрактов и т.п. В этой группе полномочий четко проявляются функции КМГ как государственного органа, но отнюдь не акционерного общества. Недаром в самом тексте постановления № 707 КМГ прямо называется рабочим органом Министерства энергетики и минеральных ресурсов Республики Казахстан.

Утвержденными в тот же день Правилами предусмотрены полномочия КМГ в непосредственных договорных отношениях с подрядчиком — обязательное доленое участие в контракте, непосредственное участие в Соглашении о разделе продукции и т.п.

Но и здесь Правила определяют компетенцию КМГ, обеспечивающую для компании возможность и необходимость исполнения обязанностей по защите государственных интересов.

Таким образом, КМГ сохраняет функции непосредственного участника в недропользовании в роли субъекта гражданско-правовых отношений и с компетентным органом, и с другими подрядчиками — участниками контрактов и соглашений. Но и в этих договорах КМГ выступает не как равноправный участник, а как организация, обладающая по отношению к другому договорному субъекту рядом властных полномочий и преимуществ, которые выше отмечались.

Все это, однако, не может отменить то важнейшее качество национальной компании, вследствие которого она остается коммерческим акционерным обществом, имеющим собственное имущество, собственные ком-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Правительства РК от 2 апреля 2002 г.





мерческие интересы, широкую гражданско-правовую правосубъектность. Возможность государственных органов, представляющих государство, вступать и в публичные, и в частные правоотношения — аксиома гражданского права. Но это должно происходить раздельно и по предмету, и по содержанию, и по механизму действий государственных органов. Здесь же национальные компании обладают и властными, и взаимонезависимыми (гражданскими) правами и обязанностями в рамках одного правоотношения, по одному предмету прав и обязанностей.

Рассмотренные постановления Правительства РК № 707 и № 708 не касаются этой общей проблемы, ибо их задача — разграничение полномочий КМГ только с иными органами государственного управления. Но, поскольку одним из таких органов является юридическое лицо (КМГ), которое по общим законам создается прежде всего для участия в гражданском обороте, настоятельно необходимо в этом сложном организационно-хозяйственном комплексе законодательно определить разграничение гражданско-правовых прав и обязанностей, четко установить, кто конкретно, в какой форме, в каком объеме, в каком последовательном порядке отвечает перед подрядчиком: а) государство как таковое; б) его компетентный орган; в) национальная компания. Причем это должно быть ясным не только для КМГ, но и для всех национальных компаний с выявлением и общности и особенностей их правового статуса.

Создание нового по существу вида юридического лица и активное введение его в важнейшие сферы экономики требуют тщательного анализа и придирчивых критических оценок возможных последствий для дальнейшего развития рыночного (в том числе инвестиционного) оборота в стране при обеспечении должной защиты публичных и социальных интересов казахстанского общества.

Однако в проекте закона РК «О соглашениях о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» эта ситуация не только не разъяснилась, но еще больше запуталась.

В законопроекте закреплены следующие положения о национальной компании.

Национальной компании предоставляется право на долевое участие в размере не менее 50% во всех заключаемых Республикой соглашениях о разделе продукции на море.

Помимо компетентного органа, в законопроект вводится понятие полномочного органа с большими правами, связанного с представлением государственных интересов в СРП. Функции полномочного органа могут возлагаться на национальную компанию при условии передачи ее права недропользования по СРП своей дочерней компании либо продажи своей доли в проекте.

На мой взгляд, необходимо пристально изучить целесообразность установления императивного правила о не менее 50% участия во всех Соглашениях о разделе продукции национальной компании. Из буквального толкования норм представленного законопроекта следует обязательное участие национальной компании во всех СРП с долей не менее 50% участия во всех соглашениях о разделе продукции национальной компании. Из буквального толкования норм представленного законопроекта следует обязательное участие национальной компании во всех СРП с долей не менее 50%, что может существенно снизить инвестиционную привлекательность нефтяных месторождений Казахстана, а также создаст на практике проблемы для предоставления нефтяных блоков, которые при данном условии не будут иметь интереса для потенциальных недропользователей. Как правило, в законодательстве стран, где применяются соглашения о разделе продукции, присутствует конструкция установления максимального, а не минимального участия государства в подрядных работах (не более 15% или даже четко установленная планка в 51%).

Необходимо концептуально определить с правами и обязанностями национальной компании: когда она участвует в разработке участков недр в обязательном порядке либо когда получает нефтяной блок на основе прямых переговоров.

При определении прав и обязанностей национальной компании в этих случаях следует, по нашему мнению, исходить из того, что участие национальной компании в разработке участка недр, пусть даже в обязательном для нее порядке, означает участие этой компании в качестве соподрядчика (долевого подрядчика) с возложением на нее всех без исключения обязанностей, которые предусмотрены для подрядчика, и участие национальной компании в консордиональном соглашении с иными соподрядчиками на равных условиях (в том числе и по уплате налогов, ответственности перед компетентным органом и т.д.). Законопроект не в полной мере определяет эти вопросы и требует дальнейшей доработки в этой части.

Необходимость создания особого органа, контролирующего деятельность подрядчика, вызывает большие сомнения, к тому же с учетом создания такого органа, как управляющий комитет.

Необходимо пристальнее исследовать вопрос о возможности представления государства национальной компанией в так называемом полномочном органе.

С учетом обязательного участия национальной компании (не менее 51%) в разработке недр при применении Соглашения о разделе продукции усматривается явный конфликт интересов (i) между соподрядчиками и национальной компанией как соподрядчиком и контролирующим полномочным органом (ii), так и конфликт интересов между государством и национальной компанией как полномочным органом и соподрядчиком по контракту.

Получается, что национальная компания как полномочный орган контролирует своих контрагентов по Договору о совместной деятельности, заключаемому между соподрядчиками, а также национальная компания, как

полномочный орган, контролирует сама себя как соподрядчика. Такая ситуация изначально создает неравные условия между соподрядчиками, а также снижает контроль государства за деятельностью национальной компании и за деятельностью подрядчиков по Соглашению о разделе продукции.

Ситуацию не меняет передача прав соподрядчика национальной компанией своей дочерней организации, так как все равно организация полностью контролируется национальной компанией и национальная компания сохраняет свои интересы в Соглашении о разделе продукции через дочернюю компанию.

С нашей точки зрения, необходимо в законопроекте концептуально определиться, нужен ли вообще такой орган, либо установить, что полномочным органом могут выступать только уполномоченные государственные органы или специально создаваемый совещательный орган из представителей государственных органов, не имеющих никакого интереса в коммерческой деятельности по Соглашению о разделе продукции.

Сам перечень полномочий полномочного органа довольно бессистемен и вызывает ряд вопросов о необходимости некоторых полномочий (например, контроль за представлением отчетов в Минфин Казахстана, с учетом того, что Министерство само должно осуществлять контроль за этим).

В законопроекте предусмотрено, кроме того, создание управляющего комитета по Соглашению о разделе продукции. На мой взгляд, достаточно было бы создания по Соглашению о разделе продукции координирующего органа — управляющего комитета, который мог бы решать вопросы, связанные с взаимоотношениями государства и подрядчика как сторон соглашения. С учетом обяза-

тельного долевого участия национальной компании в соглашениях о разделе продукции необходимо, по нашему мнению, закрепление в законопроекте обязательного участия национальной компании в управляющем комитете.

### **Контракты на недропользование: правовая природа и виды**

По мнению казахстанских цивилистов, контракты на недропользование — это гражданско-правовые договоры, поэтому к ним должны применяться, хотя бы subsidiarily, нормы ГК РК. Поэтому очень важно определить правовую природу контрактов на недропользование.

Мы уже выделяли два основных типа контрактов на недропользование: арендного типа и подрядного типа. По нашему мнению, договор о разделе продукции (СРП) отно-

сится к договорам подрядного типа, а договор концессии — арендного типа.

В настоящее время в Казахстане разработаны два законопроекта о контрактах на недропользование: Закон о соглашениях о разделе продукции (разработанный под эгидой КМГ) и Закон о концессии (разработанный под эгидой НИИ частного права). Соответственно и подход получается различным.

В законопроекте о СРП правовая природа СРП вообще никак не обозначена, и признавать его гражданско-правовым договором разработчики не хотят.

В законопроекте о концессии контракт прямо назван видом договора аренды, и применение ГК РК в части, не урегулированной законом, предполагается.

Последний подход мне представляется более правильным. В противном случае, на наш взгляд, трудно будет провести разграничение между договорами о разделе продукции и о концессии.

