

Новейшее нефтяное законодательство Республики Казахстан

М.К. Сулейменов, доктор юридических наук, директор Научно-исследовательского института частного права КазГЮА, профессор, академик НАН РК

В статье комментируются последние изменения, внесенные в законодательство Республики Казахстан в области нефтедобычи. Каждый из трех разделов статьи посвящен одному из принятых в Казахстане законов. Автор, крупнейший ученый Казахстана, рассказывает о собственном уникальном опыте участия в разработке новых законов; анализирует их ключевые положения. В статье показано соотношение норм «нефтяного законодательства» с нормами гражданского законодательства РК, отмечены противоречия, которые пришлось разрешить законодателю, а также содержатся критические замечания относительно некоторых новых положений.

За последний год в Казахстане произошли довольно серьезные изменения в нефтяном законодательстве. Один за другим были приняты три закона:

1. Закон Республики Казахстан от 1 декабря 2004 г. (вступил в силу 8 декабря 2004 г.) «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» (далее — *Закон от 1 декабря 2004 г.*).
2. Закон Республики Казахстан от 8 июля 2005 г. (вступил в силу 15 июля 2005 г.) «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» (далее — *Закон о СПП*).
3. Закон Республики Казахстан от 14 октября 2005 г. (вступил в силу 18 октября 2005 г.) «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан» (далее — *Закон от 14 октября 2005 г.*).

Рассмотрим последовательно эти законы.

1. Закон о внесении изменений от 1 декабря 2004 г.

Разработка проекта данного закона имеет долгую и сложную историю. Впервые проект был разработан Национальной юридической службой в ноябре 2001 г. Однако он не удовлетворил Правительство и Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК. По их поручению при НИИ частного права была создана рабочая группа (М.К. Сулейменов (руководитель), Ю.Г. Басин, Е.Б. Осипов, Б.В. Покровский, О.И. Ченцова), которая и подготовила новый проект закона.

Данный проект много раз обсуждался в Министерстве и Правительстве, неоднократно переделывался. К сожалению, законодательная часть проекта получилась не очень удачной. Однако не по нашей вине, во-первых, потому что наше мнение не всегда учитывалось (в результате мы выступали только в качестве консультантов); во-вторых, на последнем этапе нас вообще отстранили от проекта.

Редакционные изменения

Закон не содержит революционных изменений законодательства о недропользовании и не затрагивает существа действующей концепции недропользования, основанной на контрактной системе предоставления недр в пользование, которая, как известно, была введена в 1999 г.

Внесено много редакционных изменений и устранены те огрехи, которые имелись в Законе 1999 г. В частности, «Указ Президента» заменен на «Закон», устранено противоречие между Законом о недрах, где употребляется понятие «участок недр», и Законом о нефти, где используется термин «блок». В связи с этим в Законе о нефти подкорректировано понятие «блок», который раньше определялся как *любая территория и вода*, обозначенные как блок на специально подготовленной карте блоков. В соответствии с Законом от 1 декабря 2004 г. термин «блок» определен как *участок недр, предназначенный для предоставления подрядчику с целью проведения нефтяных операций* и обозначен как блок на специально подготовленной карте блоков (подпункт 2 ст. 1 Закона о нефти).

Закон не содержит революционных изменений законодательства о недропользовании и не затрагивает существа действующей концепции недропользования...

Казахстанское содержание

Наиболее принципиальным положением, вызвавшим много споров и диаметрально противоположных мнений, но все же включенным в законы о недрах и о нефти, является норма о казахстанском содержании.

Казахстанское содержание — это выраженные в процентах объемы (с возможностью перераспределения по годам):

- задействованных при исполнении контракта казахстанских кадров с разбивкой по категориям персонала с указанием отдельного процентного содержания по каждой категории в

соотношении с иностранным персоналом, количество которого должно снижаться по годам по мере реализации обязательных программ обучения и повышения квалификации казахстанских кадров;

- товаров, работ и услуг, произведенных в РК, приобретаемых как напрямую, так и посредством заключения договоров субподряда (подпункт 15 ст. 1 Закона о недрах).

В Законе о недрах дано определение некоторых понятий:

- *казахстанское происхождение (товары, работы, услуги казахстанского происхождения)* — непосредственное производство (выполнение) на территории РК товаров, работ и услуг;
- *казахстанский производитель* — физические и юридические лица РК, производящие товары, выполняющие работы и оказывающие услуги казахстанского происхождения (подпункты 13 и 14 п. 1 Закона о недрах).

Дается также определение *товаров* (подпункт 48 п. 1), *работ* (подпункт 40 п. 1) и *услуг* (подпункт 50 п. 1 ст. 1 Закона о недрах).

При разработке проекта закона много было дискуссий о путях и способах обеспечения казахстанского содержания. Предлагалось даже установить определенную величину казахстанского содержания в 50–70 %. Однако возобладал трезвый подход, ибо это могло привести к приобретению некачественных товаров, работ и услуг. А это для недропользования, особенно для нефтяных операций, чревато опасностью аварий и катастроф.

По этим причинам от прямого административного вмешательства отказались, сохранив прежнее правило о том, что оборудование, материалы и готовая продукция, произведенные в РК (равно как и казахстанские организации), используются в случае, если они (или их услуги) соответствуют международным стандартам (п. 7 и 8 ст. 63 Закона о недрах). Тем не менее, в Законе от 1 декабря 2004 г. закреплены определенные меры, которые могут способствовать повышению казахстанского содержания:

- 1) возведены в законодательный принцип правила о приобретении товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию, закрепленные ранее постановлением Правительства РК от 7 июня 2002 г. № 612 «Об утверждении Правил приобретения товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций», то есть в основном на основе конкурса, который должен проводиться на территории РК, за исключением отдельных случаев по согласованию с компетентным органом (п. 1–4 ст. 63-1 Закона о недрах);
- 2) организатор конкурса при прочих равных условиях должен отдавать приоритет казахстанским производителям (п. 5 ст. 63-1 Закона о недрах);
- 3) не допускается привлечение к проведению конкурса исключительно иностранных организаций при наличии казахстанских производителей закупаемых товаров, работ и услуг (п. 2 ст. 63-2 Закона о недрах);
- 4) организатор конкурса при определении победителя конкурса условно уменьшает цену конкурсной заявки участников конкурса — казахстанских производителей на 20 % при условии соответствия товаров, работ и услуг требованиям конкурса и установленным стандартам (п. 3 ст. 63-2 Закона о недрах). Данное правило введено для того, чтобы поставить в равные условия иностранных и казахстанских производителей. Последние вынуждены платить налоги и другие обязательные платежи в бюджет, которые не платят иностранные производители (НДС на импорт).

Национальные компании

Важным моментом в законах о недрах и нефти является вопрос о национальных компаниях.

Уточнено понятие «национальная компания». В Законе о нефти в прежней редакции она определялась как закрытое акционерное общество, 100 % акций которого принадлежат государству, созданное Указом Президента РК для управления нефтяными операциями непосредственно в Казахстане, а также посредством долевого участия в контрактах (ст. 1 Указа о нефти). В Законе о нефти в редакции Закона от 1 декабря 2004 г. национальная компания по проведению нефтяных операций определяется как юридическое лицо со 100-процентным участием государства в его уставном капитале, соз-

данное для осуществления нефтяных операций на условиях, установленных Законом о нефти (подпункт 18 ст. 1 Закона о нефти). Аналогичное положение содержится в Законе о недрах (подпункт 24 ст. 1). Определение дано в общей форме, что означает, что национальная компания может быть создана в любой форме. Единственным признаком является 100-процентное участие государства, а также наличие определения «национальная».

Следует отметить, что данное определение расходится с тем, которое содержится в Законе РК от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах». В соответствии с п. 5 ст. 34 этого Закона национальной компанией является акционерное общество, контрольный пакет акций которого принадлежит государству, созданное по решению Правительства РК в стратегически важных областях, составляющих основу национальной экономики, за исключением случаев, предусмотренных иными законодательными актами РК.

Таковыми иными законодательными актами являются законы о недрах и нефти. Следовательно, если в иных отраслях экономики государственный пакет акций может быть продан в части, превышающей нижний предел контрольного пакета, то в сфере недропользования национальные компании должны на 100 % принадлежать государству. Следовательно, государство не вправе продать ни одной акции национальной компании.

Что такое «национальная», никто толком не знает. Правовой статус национальной компании является неопределенным. С одной стороны, это акционерное общество, которое должно подчиняться принципам корпоративного права, с другой — на нее возлагается выполнение государственных функций.

В связи с этим возникла проблема разграничения функций между Национальной компанией «КазМунайГаз» и Министерством энергетики и минеральных ресурсов РК. Было принято специальное постановление Правительства РК (от 20 июня 2003 г.), посвященное этой проблеме. Данные вопросы решаются и в новом Законе о нефти.

В новом Законе о нефти появилось много дополнительных положений о национальной компании, получившей значительные преимущества как подрядчик в контрактах на недропользование:

- 1) национальная компания вправе получить блок для проведения нефтяных операций на основе

прямых переговоров (подпункт 2-2 ст. 7-1 Закона о нефти);

- 2) национальная компания имеет право на проведение нефтяных операций совместно с победителями конкурса путем долевого участия в контрактах по решению Правительства РК (подпункт 2-1 ст. 7-1 Закона о нефти).
- 3) национальная компания имеет право на выбор стратегического партнера. Стратегический партнер — это казахстанское или иностранное юридическое лицо (объединение), выбранное или определенное национальной компанией по согласованию с компетентным органом на основании критериев, предусмотренных Законом РК «О недрах и недропользовании», для выбора подрядчика по реализации проектов по контрактам, заключенным по итогам прямых переговоров между национальной компанией и компетентным органом или в соответствии с международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан (подпункт 32 ст. 1 Закона о нефти). По контрактам, в которых национальная компания выступает подрядчиком, выплата подписного бонуса в пользу Республики Казахстан, а также финансирование разведки производятся ее стратегическим партнером, если договором о совместной деятельности не предусмотрено иное (часть 2 ст. 7-1 Закона о нефти);
- 4) при расторжении компетентным органом контракта на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу с недобросовестным подрядчиком национальная компания принимает в свое ведение контрактную территорию. Находящиеся на указанной территории имущество, сооружения, оборудование бывшего подрядчика в установленном порядке переходят в собственность Республики. Национальная компания и компетентный орган вносят необходимые изменения в ранее действовавший контракт в установленном порядке (части 3 и 4 ст. 7-1 Закона о нефти);
- 5) национальная компания в целях представления государственных интересов в контрактах с обязательным долевым участием должна обладать в период создания оператора не менее чем 50 % уставного капитала оператора.

Это только основные моменты расширения полномочий национальной компании. Дальнейшее расширение предусмотрено в Законе о СРП.

В связи с этим следует обратить внимание на п. 2 ст. 7-2 Закона о нефти: национальная компания вправе передать право недропользования дочерней организации в соответствии с Законом РК «О недрах и недропользовании». Данное положение включено не случайно. Дело в том, что Законом о соглашениях о разделе продукции национальная компания наделена правом

...национальная компания приобрела много новых полномочий в случаях, когда она выступает подрядчиком в контрактах.

быть полномочным органом от имени государства в контрактах с долевым участием в том случае, если нацио-

нальная компания передаст свое право недропользования дочерней компании.

Однако юридически закрепление нормы п. 2 ст. 7-2 Закона о нефти сделано довольно неуклюже. В соответствии со ст. 14 Закона о недрах любая компания имеет право передать свое право недропользования дочерней компании. Исключение для контрактов с долевым участием не сделано. Поэтому пункт 2 ст. 7-2 Закона о нефти представляется не только лишним, но и вредным, так как сразу возникают дополнительные вопросы. В частности, если в этом пункте специально выделена национальная компания, не означает ли это, что другие компании, выступающие в качестве совместного обладателя права на проведение нефтяных операций, не имеют права передать свое право недропользования дочерней компании? Во избежание сомнений уточню, что не означает. Такое право вытекает из ст. 14 Закона о недрах.

Таким образом, национальная компания приобретает много новых полномочий в случаях, когда она выступает подрядчиком в контрактах.

В то же время за национальной компанией сохраняются публичные полномочия, такие как участие в разработке стратегии использования темпов воспроизводства и дальнейшего увеличения ресурсов нефти; участие в реализации единой государственной политики в нефтегазовой отрасли, участие в подготовке ежегодных отчетов Правительству РК о ходе выполнения контрактов, осуществление мониторинга по вопросам разведки, разработки, добычи, обработки, реализации, транспортировки углеводородов, проектирования, строительства,

экспедиции нефтепроводов и нефтегазопромысловой инфраструктуры и т.п.

Такое смешение различных функций, выполняемых одним органом нельзя признать юридически безупречным и эффективным с точки зрения управления производственными процессами. Наличие властных управленческих полномочий в хозяйственных отношениях неизбежно приведет к нарушению равенства хозяйствующих субъектов («КазМунайГаз», с одной стороны, и других нефтедобывающих организаций, с другой), а также к необоснованному вмешательству в хозяйственную деятельность компаний.

В любом случае в правовом статусе национальных компаний столько неясностей и противоречий, что их нельзя разрешить только путем внесения изменений в Закон о нефти. Необходимо принять отдельный закон, в котором, кроме того, была бы урегулирована деятельность национальных компаний. В законе следует четко определить критерии разграничения функций между государственным органом и национальной компанией, ограничив национальную компанию осуществлением публичных функций. При вступлении национальной компании в гражданско-правовые отношения, в частности, путем заключения инвестиционных договоров закон должен четко установить:

- а) когда это вступление производится от имени национальной компании, а когда — от имени государства;
- б) какие права и обязанности приобретает национальная компания, а какие — непосредственно государство;
- в) кто, перед кем, в каком порядке, в каком объеме несет ответственность за нарушение этих договоров¹.

В одобренной Президентом Концепции правовой политики Республики Казахстан прямо говорится:

«... необходимо в Гражданском кодексе и самостоятельном законе четко определить статус национальных компаний, разграничив при этом сферы ответственности национальных компаний, уполномоченного органа и государства»².

Приоритетное право государства

В ст. 71 Закона о недрах включена часть третья следующего содержания:

«Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также ранее заключенных контрактах на недропользование государство имеет 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) участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями».

По поводу включения данного дополнения в Закон о недрах в юридической литературе и периодической печати велась довольно острая дискуссия³.

Мне не хочется сейчас снова возвращаться к дискуссии, тем более что трудно спорить с оппонентами, которые изначально отрицают гражданское право и Гражданский кодекс (действующий!) и не считают нужным отвечать на возражения по существу. В частности, в своих ответных статьях на наши возражения академик С.З. Зиманов практически не опроверг ни одного нашего аргумента. Он опять повторил те же положения Закона о национальной безопасности, который не имеет пря-

¹ См.: Басин Ю.Г. Национальная компания // В кн.: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Алматы. АЮ — ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ. 2003. С. 209–210.

² Казахстанская правда. 2002. 3 октября.

³ См.: Зиманов С.З. Контракт на недропользование // Юридическая газета. 2004. 26 мая; *его же*. Инвестор и контракты // Казахстанская правда. 2004. 26 мая; Сулейменов М.К. Государство и контракты // Юрист. 2004. № 7; Басин Ю.Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // Юрист. 2004. № 8; Бикебаев А. О споре представителей публичного и частного права // Юрист. 2004. № 10; Зиманов С.З. Ответ моим оппонентам (проф. Сулейменову М.К. и другим) // Юрист. 2004. № 12; *его же*. Еще раз об инвесторах и контрактах // Казахстанская правда. 2004. 10 декабря.

мого отношения к рассматриваемой проблеме, и применил термин «формы законности», — понятие, которого нет в литературе по теории права (пересмотрев все учебники и монографические исследования, мне не удалось найти такого понятия).

Хотелось бы еще добавить: разграничение публичных и частных правоотношений четко проводится специалистами в области конституционного права. Например, можно привести высказывание В.А. Малиновского:

«Властный потенциал государственного органа напрямую зависит от того, в каких правовых отношениях он пребывает. Например, когда отправляется государственная власть, иными словами, применяется государственная воля, тогда возникают конституционно-правовые отношения. Когда государственный орган выступает стороной в договорах на отчуждение имущества, на недропользование и пр., тогда он становится субъектом гражданско-правовых отношений. И если в первом случае правовым основанием деятельности является Конституция (конституционно-правовой акт), то во втором — Гражданский кодекс и гражданское законодательство. Если в первом — государство в лице своего представителя — уполномоченного органа — в соответствии с его компетенцией может устанавливать любые правила игры, то во втором — обязано следовать взятым на себя обязательствам, соблюдая условия договора»⁴.

И еще не могу не ответить на возражения А. Бикебаева⁵, приписавшего нам с Ю.Г. Басиным утверждения, которые мы не выдвигали, а потом аргументированно их опровергающего. Ни мною, ни Ю.Г. Басиным никогда не утверждалось, что государство не имеет права изменить любой закон, даже если эти изменения противоречат заключенным контрактам. Относительно дополнения к ст. 71 Закона о недрах я писал, что это дополнение противоречит ст. 26 Конституции РК и ст. 249 ГК РК и только поэтому его нельзя принимать, а не потому, что оно противоречит ранее заключенным контрактам. Ю.Г. Басин несколько не опро-

вергал право государства изменять законодательство. Просто он, основываясь на ст. 383 ГК РК, доказывал, что такое изменение не должно применяться к конкретному договору, заключенному до принятия изменений в законодательные акты.

Несомненно, что государство имеет полное право внести изменения в любой закон, в том числе в Закон о недрах. Речь идет только о соответствии этих изменений другим законам и обоснованности внесения этих изменений. Существует опасность, что в случае, если в суде или арбитраже удастся доказать наличие противоречий между ст. 71 Закона о недрах и другими законами, в частности, Конституцией и ГК РК, то в соответствии с Конституцией РК и Законом о нормативных правовых актах будут применены законы более высокой силы.

Какова правовая природа «приоритетного права государства»? 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 имущества⁶.

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 них 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

⁴ См.: Малиновский В.А. Предмет конституционного права и его эволюция в условиях демократического транзита: мнения и подходы (статья первая) // Научные труды «Адилет». 2004. № 2. С. 95.

⁵ См.: Бикебаев А. О споре представителей публичного и частного права // Юрист. 2004. № 10. С. 57–59.

⁶ См.: Бикебаев А. Указ. соч. С. 59.

нет. Продавец хотел бы продать долю в ТОО или право недропользования кому он хочет, но не может этого сделать, так как государство имеет приоритетное право. Здесь вопрос ставится 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). Однако эти же принципы применяются и при национализации имущества.

На практике уже возник вопрос, связанный с применением части 3 ст. 71 Закона о недрах. Вопрос заключается в следующем: если две иностранные компании предусмотрят в контракте на передачу права недропользования иностранное право, не парализует ли это действие ст.

Приоритетное право государства — это не субъективное гражданское право. Это право закреплено нормами публичного права и находится вне гражданско-правовых отношений между участниками.

71 Закона о недрах? Ответ будет отрицательным именно потому, что приоритетное право государства — это понятие не гражданского, а публичного права, а публично-правовые нормы применяются независимо от применения иностранного права.

Это вытекает из общих положений применения права. Согласно Конституции РК (п. 1 ст. 4) действующим правом в Республике Казахстан является национальное право. Применение иностранного права допускается только в случаях, предусмотренных разделом III ГК РК «Международное частное право». Даже в этом разделе закреплены случаи, когда применение иностранного права не допускается, например, в отношениях между участниками юридического лица с иностранным участием (ст. 1114 ГК РК) или в случаях применения «сверхимперативных» норм (ст. 1091 ГК РК). Однако в ГК РК речь идет только о гражданско-правовых нормах (даже в случае императивных норм). Публично-правовые нормы разделом III ГК РК не охватываются, они применяются независимо от применения иностранного права.

С формально-юридической стороны текст части 3 ст. 71 Закона о недрах грешит юридическими неточностями. В ней говорится о вновь заключаемых или ранее заключенных контрактах на недропользование. Значит, сторонами контракта выступают, с одной стороны, государство, с другой — нед-

ропользователь. Далее закрепляется, что государство имеет приоритетное право перед другой стороной контракта. Но ведь другой стороной является недропользователь, выступающий продавцом права недропользования. Перед ним государство никак не может иметь приоритетное право. Такое право оно имеет перед покупателем права недропользования, который стороной контракта на недропользование пока не является.

В ст. 71 Закона о недрах говорится о приоритетном праве государства приобрести отчуждаемое право или долю «на условиях не хуже, чем предложенные покупателями». В этой формулировке есть опасные для Казахстана моменты.

Приобретение права недропользования — это процесс сложный, дорогой и длительный. Условия покупки обсуждаются долго и тщательно и являются резу-

льтом уступок и компромиссов. Серьезные компании, узнав об интересе, который проявляет государство к этому объекту, вряд ли решатся вступить в этот процесс. Как тогда определить, какие условия предложены покупателем?

Вполне вероятным вариантом развития событий в этих случаях может быть сговор двух нефтяных компаний — продавца и предполагаемого покупателя. Если они будут твердо знать о намерении Казахстана осуществить свое приоритетное право, они могут по фиктивному соглашению установить завышенную цену сделки.

Разрешение споров

Ярким примером бесполезной и ненужной в принятом виде нормы является норма о разрешении споров.

Ранее такая норма была в Законе о нефти (ст. 58); теперь ее включили в той же редакции и в Закон о недрах (ст. 71). Однако если раньше это была эффективно работающая норма (ее формулировала наша рабочая группа, готовившая проект указа о нефти), то сейчас это норма декларативная (во всяком случае ее пункт второй).

Пункт 1 ст. 71-2 Закона о недрах гласит: «Споры, связанные с исполнением и прекращением контракта, решаются путем переговоров либо в соответствии с ранее согласованными в контракте

процедурами разрешения споров». В п. 1 ст. 58 Закона о нефти к этому тексту добавлено: связанные с изменением контракта. Почему «изменения контракта» нет в Законе о недрах, непонятно. Это что-нибудь меняет для контрактов на недропользование, не являющихся нефтяными контрактами? Нет, ничего не меняет. Как будут разрешаться споры, связанные с изменением контракта? Правильно, путем переговоров либо в соответствии с ранее согласованными процедурами разрешения споров. На чем это основано? Ответ: на общих положениях гражданского и гражданско-процессуального законодательства.

Пункты 2 этих статей совпадают почти дословно.

«Если споры, связанные с исполнением (в Законе о нефти добавлено: изменением) и прекращением контракта, не могут быть разрешены в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, то стороны могут передать спор для разрешения:

- 1) в суд в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан;*
- 2) в международный арбитраж в соответствии с законодательным актом Республики Казахстан об инвестициях».*

В прежней редакции ст. 58 Закона о нефти была ссылка на Закон РК от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях». Это было обоснованно, ибо в ст. 27 данного Закона был предусмотрен четкий порядок обращения в международный арбитраж в случае отсутствия ранее согласованных процедур разрешения споров.

Однако с принятием 8 января 2003 г. Закона РК «Об инвестициях» Закон об иностранных инвестициях был отменен. При этом в ст. 9 Закона «Об инвестициях» говорится, что в таких случаях разрешение споров производится в международных арбитражах, определяемых соглашением сторон. Это не что иное, как ранее согласованные процедуры разрешения споров, предусмотренные в п. 1 ст. 71 Закона о недрах и п. 1 ст. 58 Закона о нефти.

Таким образом, пункты 2 этих статей становятся бессмысленными. Видимо, следовало не включать ст. 71 в Закон о недрах, а, наоборот, исключить ст. 58 из Закона о нефти.

Действие лицензии по недропользованию

Как известно, лицензии по недропользованию прекратили выдавать после внесения изменений в законы о недрах и нефти в соответствии с Законом от 11 августа 1999 г. В п. 3 ст. 2 этого Закона было закреплено следующее положение:

«Все лицензии по недропользованию, выданные до момента вступления в силу настоящего Закона, сохраняют свое действие до момента истечения срока действия, включая периоды продления, в соответствии с законодательством Республики Казахстан, действовавшим на момент выдачи таких лицензий. В отношении приостановления, отзыва, прекращения действия, а также признания недействительными лицензий по недропользованию применяются нормы Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, от 27 апреля 1999 г. «О недрах и недропользовании» без учета изменений и дополнений, принятых в соответствии с настоящим Законом».

В применении ст. 2 Закона от 11 августа 1999 г. оставались проблемы. В частности, в тексте статьи было упущено изменение лицензии, что на практике создавало неясности и противоречия. Министерство энергетики и минеральных ресурсов считало, что в лицензию изменения вносить не надо, достаточно изменения контракта. Однако некоторые недропользователи все равно пытались добиться изменения лицензии, что было практически невозможно, поскольку лицензионным органом оставалось Правительство Республики Казахстан.

Закон от 1 декабря 2004 г. решил эту проблему более кардинально. В ст. 2 оставлено только первое предложение п. 3 ст. 2 Закона от 11 августа 1999 г. Второе предложение исключено, но зато в Закон о недрах включена статья 74-1 «Функции лицензионного органа», в которой закреплено, что «функции лицензионного органа (Правительства Республики Казахстан) в отношении ранее выданных и действующих лицензий на недропользование возлагаются на компетентный орган». Таким образом, компетентный орган (Министерство энергетики и минеральных ресурсов) может проводить любые операции с ранее выданными лицензиями в соответствии с законодательством, действовавшим на момент их выдачи, включая приостановление, отзыв, изменение, прекращение действия, признание недействительными лицензий.

Контракты на недропользование

Первым законом Республики Казахстан как независимого государства в сфере недропользования был Кодекс РК «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 г., который в ст. 14 содержал общие указания на «договор на пользование недрами для добычи полезных ископаемых, переработки минерального сырья и в иных целях» как правовое основание для предоставления недр пользователям. Понятно, что на самом деле речь в Кодексе шла о разных видах договоров, но Кодекс регулировал их без специальных различий. В той же статье 14 в самых общих чертах были названы условия, которые следовало предусмотреть в договоре на пользование недрами.

Указ о нефти и Указ о недрах уже содержали специальные статьи «Виды контрактов» (25 и 42 соответственно).

Оба указа называли (с небольшими редакционными отличиями) следующие виды контрактов: 1) о разделе продукции;

2) на предоставление услуг (сервисный контракт); 3) о совместной деятельности (с образованием и без образования юридического лица). Законом от 11 августа 1999 г. первоначальные названия контрактов были отменены, и в указах были названы контракты: 1) на проведение работ по разведке; 2) на проведение работ по совмещенной разведке и добыче; 3) на проведение работ по добыче; 4) на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей (в Указе о нефти — на строительство и (или) эксплуатацию подземных хранилищ и резервуаров нефти). Кроме того, Указ о нефти, в отличие от Указа о недрах, по-прежнему специально выделял контракт о разделе продукции. И вновь в зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств указами предусматривались комбинированные и иные виды контрактов.

Очевидно, что классификационными критериями для выделения видов контрактов в 1995–1996 гг. и в 1999 г. послужили разные основания. Первоначально они были классифицированы

по их юридическому содержанию; классификация контрактов 1999 г. исходила из деления контрактов по виду операций на недропользование (хотя выделение контракта о разделе продукции не было основано на данном критерии). Закон от 1 декабря 2004 г. вновь возвращается к первоначальной классификации контрактов, т.е. по их юридическому содержанию, и называет контракты: 1) о разделе продукции; 2) о концессии; 3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Закон повторяет норму о том, что в зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускаются комбинированные и иные виды контрактов (п. 1 ст. 42 Закона о недрах, п. 1 ст. 25 Закона о нефти).

Я считаю принципиально важным включение в законы о недрах и нефти положения о том, что

«порядок заключения, исполнения, изменения или прекращения контракта производится в соответствии с настоящим Законом и гражданским законодательством Республики Казахстан» (ч. 3 п. 1 ст. 42

Закона о недрах, ч. 3 п. 1 ст. 25 Закона о нефти). Это означает, что законы о недрах и нефти рассматривают контракты на недропользование как гражданско-правовые договоры, к которым применяются нормы Гражданского кодекса РК.

Таким образом, позиция академика С.З. Зиманова, который отрицает применение гражданско-правовых принципов к контрактам на недропользование, вступает в противоречие не только с ГК РК, но и с законом о недрах и нефти в редакции 2004 г.

Из данной нормы вытекает также, что определение правовой природы контрактов на недропользование должно проводиться в соответствии с положениями ГК РФ.

Анализ показывает, и это в целом общепризнанно, что в мировой практике нет единого подхода при классификации контрактов на недропользование. Используя одни и те же термины, законодатели разных стран зачастую наполняют их различным содержанием или кладут в основу классификации контрактов различные критерии. В итоге обращение к «мировому опыту» очень час-

то позволяет найти аргументы в подтверждение самых различных подходов и взглядов при классификации контрактов на недропользование.

Тем не менее при всем разнообразии вырисовываются вполне конкретные направления для базовой классификации контрактов на недропользование, которые можно и нужно разумно и тщательно адаптировать к казахстанской правовой системе. Мы полагаем, что в Казахстане могут быть выделены два основных типа контрактов на недропользование с подразделением на виды:

1. *Арендный тип*, к которому относятся:

- 1) концессионные контракты;
- 2) контракты на строительство и эксплуатацию различных подземных сооружений.

2. *Подрядный тип*, к которому относятся:

- 1) контракт подряда на геологическое изучение недр;
- 2) контракт (соглашение) о разделе продукции;
- 3) сервисный контракт.

Наиболее актуальными для Казахстана на настоящий момент являются концессионные контракты и соглашения о разделе продукции; другие контракты с практической точки зрения также важны.

Концессионные контракты. Концессионные контракты в недропользовании являются наиболее «древним» и наиболее известным — с начала XX века — видом контрактов, изменявшимся на протяжении десятков лет. На наш взгляд, концессионные контракты относятся к контрактам арендного типа, но концессию в недропользовании нельзя отождествлять с арендой хотя бы потому, что концессия включает обязанность недропользователя, закрепленную в его рабочей программе, произвести определенный результат по разведке и (или) добыче полезного ископаемого.

Термин «концессия» упоминается, но не раскрывается в казахстанском законодательстве. Из нашего общего понимания концессии в недропользовании мы можем сделать вывод о том, что основным видом контракта в системе контрактов на недропользование в Казахстане с точки зрения юридической сути является именно концессия, которая урегулирована законами о недрах и нефти как контракт на разведку и (или) добычу полезных ископаемых.

По концессионному соглашению недропользователь получает участок недр на определенный срок с правом добычи полезных ископаемых. Право собственности на добытую нефть принадлежит подрядчику. Государство получает причитающуюся ему часть дохода от использования недропользователем участка недр в основном в виде роялти, а также в виде различного рода бонусов. Косвенными доходами государства при концессии также являются налоги от доходов недропользователя.

Соглашения о разделе продукции (СРП).

Актуальность исследования правовой природы СРП обусловлена как увеличившимся числом заключаемых контрактов на проведение нефтяных операций в форме соглашения о разделе продукции, так и стратегическими планами Казахстана по более широкому применению данного вида договора при разработке нефтяных месторождений на Каспии.

Анализ показывает, что основными чертами соглашения о разделе продукции является обязанность недропользователя (подрядчика) за свой риск осуществлять добычу полезных ископаемых из недр, находящихся в собственности государства (операции по добыче или совмещенной разведке и добыче нефти), при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов и получения в виде вознаграждения части добытой нефти. Условие о получении возмещения не является определяющим для соглашения о разделе продукции, так как основополагающим правилом является получение государством — собственником недр так называемой экономической ренты в виде доли добытой нефти (а не роялти (права государства) и налогов с доходов подрядчика при концессии).

При этом подрядчик приобретает право собственности на долю полезных ископаемых (нефти), полученных при разделе, а также на полезные ископаемые (нефть), переданные ему для возмещения расходов (если получение возмещения предусмотрено соглашением). До передачи компенсационной нефти (нефти в счет возмещения расходов подрядчика) и (или) до раздела нефти (уплаты вознаграждения в виде части добытой нефти подрядчику) вся нефть принадлежит на праве собственности государству как собственнику недр.

Соглашение о разделе продукции объективно может быть оценено как разновидность гражданско-правового договора подряда. Это в большинстве случаев подтверждает и международная практика применения данного вида договора, так как в законодательстве большинства стран, где применяется СРП при разработке недр, оно рассматривается именно как разновидность подряда.

Из признания СРП разновидностью подряда вытекает, в частности, решение вопросов о праве собственности на добытую нефть, рисках при добыче и транспортировке нефти, о правах на возмещение понесенных недропользователем расходов, порядке определения долей сторон при разделе нефти и их доходов (прибыли) и т.д.

Сервисные контракты. В соответствии с мировой практикой, по сервисному контракту (контракту на предоставление услуг) подрядчик осуществляет работы по разведке и добыче за свой риск, но за установленную плату в денежной форме (в отличие от СРП, когда вознаграждение уплачивается нефтью) и получает, как правило, денежное возмещение за понесенные расходы. При сервисных контрактах подрядчик не приобретает права собственности на нефть, собственником добытой нефти является государство. Сервисные контракты подразделяются на контракты: с риском и без риска.

В целом СРП и сервисные контракты очень близки между собой, и их принципиальное отличие состоит только в форме оплаты подрядчику.

Сервисные контракты с содержательной точки зрения являются по существу разновидностью договора подряда, и поэтому терминологически с позиций казахстанского законодательства правильнее было бы говорить в данном случае не о сервисных контрактах (контрактах на оказание услуг), а об одной из разновидностей договора подряда.

Тем не менее в силу традиции, основанной на мировой практике, можно согласиться с принятым наименованием и сохранить ее для казахстанского законодательства с пониманием реальной правовой природы этого контракта⁷.

⁷ См.: *Басин Ю.Г., Сулейменов М.К., Осипов Е.Б., Ченцова О.И.* Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации // Invest Kazakhstan. 2004.

2. Закон о СРП

Вначале в рабочую группу по разработке проекта закона о СРП приказом Министра энергетики и минеральных ресурсов РК от 24 июля 2003 г. № 140 были включены ученые, занимающиеся проблемами недропользования (Ю.Г. Басин, Е.Б. Осипов, М.К. Сулейменов, О.И. Ченцова), однако затем по указанию премьер-министра мы были выведены из этой группы. В связи с этим проект закона готовился в основном специалистами Национальной компании «КазМунайГаз», однако, по просьбе «КазМунайГаза» мы (все вышеперечисленные) готовили развернутое правовое заключение на этот проект.

Приведу свое мнение по некоторым положениям Закона о СРП.

Правовая природа СРП

Закон о СРП основан в какой-то степени на положениях Закона РФ «О соглашениях о разделе продукции», однако есть и серьезные отличия.

Необходимо отметить, что СРП по законодательству России является собирательной юридической конструкцией для контракта на недропользование, так как по данному Закону под СРП понимается как проведение «инвестором» работ по поиску, разведке и добыче полезных ископаемых без всяких условий о разделе продукции (концессия), так и проведение аналогичных работ с условиями раздела произведенной продукции (собственно СРП). Понятие «СРП» по законодательству Российской Федерации не соответствует в полной мере понятию «СРП», применяемому в международном нефтяном бизнесе во многих других странах. Как известно, в самой России соглашения о разделе продукции не получили широкого применения, и там преобладает лицензионный порядок предоставления недропользования.

Для Казахстана такая концепция не совсем приемлема, так как на основе концессионных отношений построены указы о недрах и нефти; поэтому в Законе о СРП должны быть четко выделены специфические особенности соглашения о разделе продукции.

Определение правовой природы соглашения о разделе продукции имеет большое практическое значение, и необходимо четко определить, является ли оно самостоятельным видом договора или относится к какому-то виду гражданско-правовых договоров. Это также обуславливает необходимую степень разработки в законопроекте отдельных условий соглашения о разделе продукции и место данного вида договора в системе имущественных отношений.

С учетом анализа существенных черт соглашения о разделе продукции, основной из которых является обязанность недропользователя за свой риск осуществлять добычу полезных ископаемых из недр, находящихся в собственности государства, при условии возмещения за счет добытой нефти понесенных расходов и получения в виде вознаграждения части добытой нефти, данное соглашение объективно относится к разновидности гражданско-правового договора подряда.

Необходимо было прямо обозначить в Законе о СРП соглашение о разделе продукции как разновидность договора подряда и определить субсидиарность применения норм о подряде, содержащихся в ГК РФ. Это помогло бы разрешить многие вопросы о порядке заключения, исполнения, прекращения, расторжения СРП, которые никак не отражены в законопроекте, но содержатся в ГК РК.

Однако в Законе о СРП правовая природа СРП не определена. Более того, данный Закон вступил в противоречие с законами о недрах и нефти, в которые, как было сказано выше, включены нормы о подчинении договоров на недропользование гражданскому законодательству (п. 1 ст. 42 Закона о недрах, п. 1 ст. 25 Закона о нефти).

При этом в Законе о СРП декларируется, что законодательство о СРП состоит из Закона о СРП, законодательных актов РК о недрах и недропользовании, нефти и иных нормативных правовых актов РК (п. 1 ст. 2 Закона о СРП), т.е. ссылки на ГК РК или гражданское законодательство здесь нет. Более того, в соответствии с п. 2 ст. 2 данного Закона в случае, если законами устанавливаются иные правила заключения, исполнения и прекращения

СРП, чем предусмотрено Законом о СРП, то применяются правила Закона о СРП.

Однако определяется СРП все равно по модели договора подряда. В п. 1 ст. 4 Закона о СРП закрепляется, что «в соответствии с СРП РК предоставляется на возмездной основе и на определенный срок право на выполнение работ по совместной разведке и добыче или добыче

нефти на блоках, указанных в условиях конкурса. Подрядчик обязуется осуществить за свой счет и за свой риск с безусловным выполнением заявленных им конкурсных предложений и соблюдением законодательства РК положений и обязательств, предусмотренных СРП». Сторона названа подрядчиком, и основным признаком договора подряда является в соответствии со ст. 616 ГК осуществление работ за свой счет и за свой риск.

Следовательно, в соответствии с п. 1 ст. 42 Закона о недрах, п. 1 ст. 25 Закона о нефти к СРП можно факультативно применять нормы ГК РК о договоре подряда, если положения этих норм не нашли отражение в Законе о СРП и не противоречат положениям этого Закона.

Национальная компания в СРП

В Законе о СРП закреплено дальнейшее расширение полномочий национальной компании.

Во-первых, национальной компании предоставляется право на долевое участие в размере не менее пятидесяти процентов в качестве подрядчика во всех заключаемых Республикой Казахстан СРП (п. 1 ст. 5 Закона о СРП).

Юридическая проблема в данном случае заключается в определении условий, на основе которых национальная компания будет осуществлять разработку месторождения совместно с другими подрядчиками.

Как указывает пункт 2 ст. 5 Закона о СРП, в СРП возможно выступление на стороне подрядчика нескольких юридических лиц, создавших объединение (консорциум), не имеющее статуса юридического лица в соответствии с законодательством РК.

Нормы о консорциуме содержатся в ст. 233 ГК РК, в которой консорциум определяется как вре-

Определение правовой природы соглашения о разделе продукции имеет большое практическое значение, и необходимо четко определить, является ли оно самостоятельным видом договора или относится к какому-то виду гражданско-правовых договоров.

менный добровольный равноправный союз (объединение) на основе договора о совместной деятельности, в котором юридические лица объединяют те или иные ресурсы и координируют усилия для решения конкретных хозяйственных задач.

ГК закрепляет норму о солидарной ответственности участников консорциума по обязательствам, связанным с деятельностью консорциума, если иное не оговорено консорциальным соглашением (п. 4 ст. 233 ГК РК).

В связи с этим закрепление в п. 2 ст. 5 Закона о СРП солидарной ответственности в общем-то является излишним и даже вредным. Ибо в п. 2 ст. 5 Закона нет оговорки, как в ГК РК: «если иное не оговорено консорциальным соглашением». Получилась норма императивная, что противоречит ГК РК. В соответствии с Законом о нормативных правовых актах в случае противоречий между ГК РК и обычными законами приоритет имеет ГК РК.

Значит, и при осуществлении совместного недропользования стороны имеют право консорциальным соглашением изменять положение о солидарной ответственности участников консорциума.

В соответствии со ст. 229 ГК РК участники консорциума могут поручить ведение общих дел одному из участников консорциума, который действует на основании доверенности. Но в п. 2 ст. 5 Закона о СРП устанавливается, что каждый участник консорциального соглашения подписывает СРП с компетентным органом со стороны подрядчика.

Однако заключение отдельных договоров о недропользовании не исключает поручения ведения дел одному из участников.

Во-вторых, национальная компания вправе получить блоки на основе прямых переговоров (без публичных торгов) и при этом вправе по согласованию с компетентным органом определить вид контракта на работы по совмещенной разведке и добыче или добыче нефти (п. 1 ст. 3 Закона о СРП).

В-третьих, на национальную компанию могут возлагаться функции полномочного органа в СРП с участием нескольких подрядчиков, но при условии передачи ею права недропользования по СРП своей дочерней организации либо продажи своей доли в проекте (п. 2 ст. 11 Закона о СРП).

Полномочный орган в СРП не создается, если доля участия национальной компании в проекте составляет пятьдесят и более процентов, и оператором выполнения работ является дочерняя организация национальной компании. В случае передачи национальной компанией в порядке, установленном законодательством РК, части права недропользования другому лицу, Правительством РК определяется полномочный орган по СРП (п. 5 ст. 11 Закона о СРП).

Таким образом, национальная компания имеет возможность широко участвовать в производственной деятельности (получать блоки на основе прямых переговоров, получать не менее пятидесяти процентов участия и т.п.), а также осуществлять организационные и руководящие функции (быть оператором (ст. 18 Закона), полномочным органом, входить в управляющий комитет по СРП — ст. 17 Закона).

3. Закон о внесении изменений от 14 октября 2005 г.

Проект данного закона разрабатывался Национальной компанией «КазМунайГаз», однако я готовил правовое заключение на проект закона. Оно вышло довольно критическое, поэтому некоторые положения своего заключения постараюсь воспроизвести ниже.

В Законе о внесении изменений от 14 октября 2005 г. содержится несколько положений:

- существенно расширены полномочия уполномоченного органа по изучению и использованию недр (Комитет по геологии Министерства энергетики и природных ресурсов РК) (ст. 8-1 Закона о недрах), а также уполномоченного органа в области охраны окружающей среды (Министерство экологии РК) (ст. 8-2 Закона о недрах);
- уточнена компетенция иных государственных органов: уполномоченного органа в области государственного регулирования торговой и индустриальной политики (Министерство экономики и торговли РК), уполномоченного органа, координирующего реализацию государственной политики в области занятости населения (Министерство труда и социальной защиты населения РК) (ст. 18 Закона о недрах).

Есть и другие изменения.

Главное, ради чего принимался Закон от 14 октября 2005 г., — это попытка заблокировать сделку продажи 100 % акций канадской компании «Петро Казахстан» Китайской национальной нефтяной компании (CNPC International). Заседание акционеров «Петро Казахстан» о согласии на сделку в Канаде было назначено на 18 октября, Закон был принят 14 октября, 18 октября опубликован и с этого дня вступил в действие, причем когда у нас было уже 18 октября, в Канаде все еще было 17 октября, то есть нормы Закона могли быть применены к данной сделке.

Статья 71 Закона о недрах в ее прежней редакции не могла оказать воздействия на эту сделку, так как она касалась приоритетного права при продаже акций казахстанской компании — недропользователя, находящегося в Казахстане. В случае с «Петро Казахстан» речь шла о продаже материнской компании казахстанского недропользователя, находящейся в Канаде. Казахстанское право к сделке, совершенной в Канаде с акциями канадской компании, применено быть не может.

Каким путем попыталось Правительство РК решить эту задачу?

1. В ст. 1 Закона о нефти был включен подпункт 1 следующего содержания: «1) *аффилированные лица — дочерние организации недропользователя и организации, обладающие пакетом акций или долей участия в уставном капитале организации, являющейся подрядчиком на проведение нефтяных операций в Республике Казахстан*». То есть и дочерние организации, и материнские компании недропользователя являются аффилированными лицами.

Затем это понятие было применено к передаче прав и обязанностей по контракту, долей (пакетов) акций. Такая передача может производиться только с письменного разрешения компетентного органа (Министерства энергетики и минеральных ресурсов РК).

Компетентный орган вправе отказать в установленном Правительством Республики Казахстан порядке подрядчику в выдаче разрешения на пере-

дачу прав и обязанностей по контракту, а также не разрешить отчуждение доли участия (пакета акций) в уставном капитале лица, являющегося подрядчиком, по основаниям, предусмотренным законами Республики Казахстан.

Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами, т.е. в принципе это правило распространяется и на материнскую компанию в Канаде.

2. Было введено новое понятие «концентрация прав», причем в двух разновидностях:

а) концентрация прав в рамках контракта — величина доли одного из участников консорциума в заключенном с Республикой Казахстан контракте, позволяющая данному участнику самостоятельно принимать решения по деятельности недропользователя в соответствии с контрактом (подпункт 19-1 ст. 1 Закона о недрах);

б) концентрация прав на проведение операций в области недропользования — обладание одним лицом или группой лиц из одной страны такой долей в контрактах на проведение операций в области недропользования на территории РК или такой долей собственности в уставном капитале организаций, являющихся недропользователями в Республике Казахстан, которые способны создать или создают угрозу экономическим интересам Республики Казахстан (подпункт 19-2 ст. 1 Закона о недрах).

Применительно к сделке «Петро Казахстан» это означает концентрацию прав как обладание одним лицом из одной страны.

3. Изменения были внесены в часть 3 ст. 71 Закона о недрах, закрепляющую приоритетное право государства на приобретение отчуждаемого права недропользования и (или) участия (пакета акций) в юридическом лице. Теперь это приоритетное право распространено на юридическое лицо, 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 РК.

Главное, ради чего принимался Закон от 14 октября 2005 г., — это попытка заблокировать сделку продажи 100% акций канадской компании «Петро Казахстан» Китайской национальной нефтяной компании...

Таким образом, Казахстан распространил свое приоритетное право на сделки, совершенные за границей, в отношении материнских компаний. Однако какими средствами воздействия на эти сделки обладает Казахстан и может ли он реализовать свое приоритетное право?

4. Естественно, Казахстан не обладает возможностями блокировать сделки, совершаемые за границей. Однако он может воздействовать на недропользователя, работающего в Казахстане. Здесь вступает в силу правило об одностороннем расторжении договора. В ст. 45-2 ГК РК включен подпункт 6, в котором закреплено, что компетентный орган вправе расторгнуть контракт в одностороннем порядке в случае невыполнения части 3 ст. 71 Закона о недрах в отношении приоритетного права государства.
5. Все эти сверхординарные меры были подкреплены включением контрактов по использованию стратегических ресурсов РК в сферу действия национальной безопасности.

В Закон от 26 июня 1998 г. «О национальной безопасности Республики Казахстан» был включен п. 3 ст. 18 в новой редакции: «Требования по обеспечению национальной безопасности в обязательном порядке учитываются при заключении (изменении) контрактов по использованию стратегических ресурсов Республики Казахстан, выполнении этих контрактов и контроле за их исполнением, а также при принятии решений государственным органом о выдаче или отказе в выдаче разрешения на частичную или полную передачу недропользователем права недропользования другому лицу и при выдаче или отказе в выдаче разрешений на отчуждение доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования».

При этом государственный орган вправе отказать в выдаче разрешения заявителю на совершение сделок, предусмотренных настоящим пунктом, если это может повлечь за собой концентрацию прав на проведение нефтяных операций у одного лица или группы лиц из одной страны.

Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами».

6. Кроме того, Закон о национальной безопасности наделил Правительство РК дополнительными полномочиями. В соответствии с п. 6 ст. 18 Закона: «В целях обеспечения национальной безопасности Республики Казахстан Правительством Республики Казахстан устанавливаются ограничения на переход и возникновение права собственности на стратегические ресурсы (объекты) Республики Казахстан».

Таким образом, в результате последних изменений, внесенных в нефтяное законодательство, в Казахстане выстроена целая система мер по обеспечению интересов государства при разработке нефтяных месторождений. Существует, однако, опасность того, что Правительство РК получило слишком большие полномочия, к тому же сформулированные очень нечетко, и будет их использовать очень широко, нарушая права предпринимателей и вторгаясь в их хозяйственную деятельность.

Закон от 14 октября 2005 г. сыграл свою историческую роль. Китайская национальная нефтяная компания (CNPC International), которая до этого отвергала все попытки Казахстана выкупить акции «Петро Казахстан», 15 октября 2005 г. подписала с Национальной компанией «КазМунайГаз» Меморандум о взаимопонимании, в соответствии с которым она согласилась уступить «КазМунайГазу» пакет акций «Петро Казахстан», необходимый для сохранения стратегического контроля за деятельностью недропользователей (33 % акций), а также право совместного управления Шымкентским нефтеперерабатывающим заводом и право сбыта нефтепродуктов на паритетных условиях с равными долями с каждой стороны.

Говоря о юридической оценке произведенных изменений, прежде всего хотелось бы отметить, что я всегда выступал и выступаю против необоснованного государственного вмешательства в инвестиционную деятельность, в том числе и инвестиционную деятельность иностранных инвесторов в сфере недропользования. Такие действия, безусловно, подрывают имидж Казахстана, ухудшают инвестиционный климат и способствуют оттоку инвестиций, уходу иностранных инвесторов из Казахстана. В то же время я допускаю, что в исключительных случаях, когда затрагивается националь-

ная безопасность Республики Казахстан, государство вправе предпринимать защитные меры. В сфере обеспечения экономической безопасности, в особенности по вопросам обеспечения экономической независимости Казахстана, сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны, наиболее обоснованным механизмом защиты национальных интересов является процедура национализации. По моему мнению, в связи с увеличением угроз экономической безопасности страны назрела необходимость разработки и принятия закона

...государственный орган вправе отказать в выдаче разрешения заявителю на совершение сделок, предусмотренных настоящим пунктом, если это может повлечь за собой концентрацию прав на проведение нефтяных операций у одного лица или группы лиц из одной страны.

Республики Казахстан о национализации. Подобные законы используются в мировой практике; и национализация является общепринятым механизмом защиты национальных интересов государства.

Проблемы угрозы экономической безопасности возникают и могут возникнуть в дальнейшем в любых стратегических отраслях экономики Республики Казахстан, в том числе энергетической, транспортной (в связи с приватизацией предприятий данной отрасли), телекоммуникационной и т.д. Закон о национализации должен стать механизмом защиты экономических, социальных, экологических и иных интересов государства.

При подготовке данного закона необходимо, безусловно, разработать экономически обоснованный, гласный, демократический способ принятия решения о национализации для предотвращения возможного отрицательного результата в связи с принятием такого закона для инвестиционного климата Казахстана. По моему глубокому убеждению, создание механизма национализации является единственно правильным способом защиты экономических интересов Казахстана.

В связи с этим необходимо отметить, что любые изъятия имущества по основаниям обеспечения национальной безопасности, в том числе и расторжение контракта на недропользование, могут трактоваться с точки зрения международного частного права как случаи национализации. При отсутствии законодательства о национализации к этим отношениям будут применяться общие принципы

национализации, сформированные в международном частном праве, в частности, принцип справедливой компенсации стоимости национализируемого имущества.

В то же время я понимаю, что разработка и принятие закона о национализации является длительным и непростым процессом. По моему опыту, разработка и принятие подобного закона может занять не менее двух лет

в связи с отсутствием единой общественно-правовой концепции национализации в Казахстане. Учитывая то, что подобный закон затронет интересы многих национальных

и иностранных инвесторов различных отраслей экономики Казахстана и потребует дополнительного времени для достижения определенного согласия и компромисса между интересами государства и предпринимательства Казахстана, процесс разработки и принятия закона о национализации может затянуться на более длительный срок.

В связи с этим я могу допустить как исключительную в сложившейся ситуации (до разработки и принятия закона о национализации) временную меру в виде разработки механизма защиты стратегических интересов государства при отчуждении недропользователем своих активов. Поскольку изъятие имущества по основаниям защиты национальной безопасности по своей сущности относится, по моему мнению, к случаям национализации, то необходима разработка таких изменений и дополнений в действующее законодательство о национальной безопасности, которые бы конкретно определяли: либо какой случай безусловно является угрозой национальной безопасности, либо какой орган и в каком порядке принимает решение о возникновении угрозы национальной безопасности, а также конкретные последствия, наступающие при возникновении такой угрозы (в том числе при наступлении предусмотренного обстоятельства или принятии определенного решения уполномоченным на это государственным органом). Если для предотвращения угрозы безопасности требуется расторжение контракта на недропользование, то необходимо проработать вопрос

последствий такого расторжения, включая вопросы компенсации и порядка определения размера компенсации.

Закрепленный в Законе от 14 октября 2005 г. механизм, основанный на ограничении концентрации права недропользования по одному или нескольким контрактам у одного лица или определенной группы лиц из одной страны, может быть эффективным только при условии четкого указания предельного уровня концентрации прав в рамках одного контракта и прав на проведение нефтяных операций в определенной области недропользования у одного лица или группы лиц. Другим условием может быть указание конкретного порядка определения предельного уровня или органа, по решению которого определяется такой уровень. В противном случае по любому отказу в выдаче разрешения возможен спор в соответствии с правилами рассмотрения спора по контракту на недропользование.

Как правило, контракты на недропользование с иностранными недропользователями предусматривают арбитражный порядок рассмотрения споров. При анализе законодательства Республики Казахстан арбитраж, не найдя критериев определения уровня концентрации, будет вправе в лучшем случае самостоятельно определять этот уровень либо вообще проигнорировать нормы права Казахстана об ограничении концентрации прав по недропользованию и выносить в соответствии с этим свое решение. Кроме того, в Законе от 14 октября 2005 г. ничего не говорится о том, какой орган вправе принимать решение о возникновении угрозы национальной безопасности и какие последствия могут возникнуть в связи с возникновением такой угрозы.

Без четкого определения:

- а) уровня концентрации (или законодательного порядка определения этого уровня) либо органа, определяющего его;
- б) обстоятельств, означающих возникновение угрозы национальной безопасности, либо органа и порядка принятия решений о возникновении угрозы национальной безопасности;
- в) возможных последствий возникновения угрозы национальной безопасности

...арбитраж может отклонить все доводы Республики Казахстан об угрозе национальной безопасности...

арбитраж может отклонить все доводы Республики Казахстан об угрозе национальной безопасности, а также какие-либо возражения против рассмотрения спора в арбитраже в связи с суверенным правом Республики Казахстан принимать решения о защите национальной безопасности на том только основании, что Республика Казахстан при заключении контракта на недропользование выступает в качестве участника имущественных (гражданских, торговых, коммерческих и т.д.)

отношений и не вправе без каких-либо законодательно закрепленных полномочий принимать решение по поводу отказа в выдаче разре-

шения на передачу права недропользования или на отчуждение доли участия (пакета акций).

Более того, эффективность механизма ограничения концентрации права недропользования по одному или нескольким контрактам у одного лица или определенной группы лиц из одной страны довольно сомнительна с точки зрения правоприменения.

В настоящее время не представляет никаких сложностей регистрация нескольких предприятий в разных странах, которые могут выступить в качестве учредителей недропользователя по законодательству Республики Казахстан или материнской компании такого недропользователя. В этой ситуации довольно сложно отследить концентрацию права недропользования у какого-либо лица, не владеющего напрямую долей участия (пакетом акций) в уставном капитале недропользователя, но осуществляющего контроль за таким недропользователем путем владения долей участия (пакетом акций) материнской или нескольких иных «родственных» компаний «по восходящей линии». Кроме того, путем создания цепочки взаимосвязанных компаний в разных странах на практике можно будет обойти ограничение на концентрацию права недропользования как у одного лица по одному контракту, так и ограничение на концентрацию права недропользования у группы компаний из одной страны.

Помимо этого, необходимо отметить, что предложенный новой редакцией ст. 53 Закона о нефти механизм выдачи разрешения на передачу права недропользования от одного лица другому или отчуждение доли участия (пакета акций) недрополь-

зователя и аффилированных ему лиц может быть эффективным только в отношении передачи права недропользования или отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя, являющегося юридическим лицом Республики Казахстан.

Это обусловлено тем, что: (1) передача права недропользования может считаться совершенной только после регистрации соответствующих изменений и дополнений в контракт на недропользование в компетентном органе, который откажет в регистрации в связи с нарушением императивных требований законодательства Республики Казахстан о получении предварительного разрешения на передачу права недропользования или по иным основаниям, предусмотренным законодательством Казахстана; (2) при отчуждении доли участия (пакета акций) недропользователя, являющегося юридическим лицом Республики Казахстан, передача доли в юридическом лице или купля-продажа акций предполагает перерегистрацию юридического лица в органах юстиции или регистрацию сделок с акциями у независимого регистратора по законодательству Республики Казахстан, которые откажут в перерегистрации юридического лица или регистрации сделки с акциями при нарушении требований законодательства Казахстана о получении разрешения на такие действия. В случае же, если вопреки требованиям законодательства все же право недропользования будет переоформлено либо юридическое лицо будет перерегистрировано или зарегистрирована сделка с акциями, то государственные органы будут иметь возможность оспорить это в судах Казахстана.

Необходимо отметить и то, что для передачи права недропользования не требуется вносить дополнения или изменения в действующее законодательство, так как оно уже предусматривает возможность предотвращения такой передачи без предварительного разрешения компетентного органа.

При этом предложенный механизм является неэффективным в отношении отчуждения доли участия (пакета акций) недропользователя или аффилированных ему лиц (в особенности материнских и других по восходящей линии аффилированных лиц), являющихся иностранными юридическими лицами. В связи с распространением права Казахстана на иностранное юридическое лицо или сделку, совершенную иностранными юри-

дическими лицами, может возникнуть ряд проблем правоприменительного характера.

Во-первых, весьма проблематично применение права Казахстана к сделкам, совершенным за границей иностранными юридическими лицами. Оспорить эту сделку в иностранном суде или арбитраже практически невозможно.

Во-вторых, практически невозможно расторгнуть контракт с недропользователем по причине нарушения императивных норм Казахстана его материнской компанией. В контракте с недропользователем в качестве места рассмотрения споров обычно предусматривается международный коммерческий арбитраж. Помимо длительности и дороговизны рассмотрения спора в арбитраже, весьма проблематичен положительный исход дела.

Следовательно, остается только один выход: одностороннее расторжение контракта, однако при этом могут возникнуть юридические проблемы.

Такое расторжение не будет препятствовать обращению недропользователя за защитой своих прав и предъявлению им иска в соответствии с условиями контракта. В связи с тем, что большинство контрактов с недропользователями, являющимися иностранными юридическими лицами, содержат арбитражную оговорку, такие иски против Республики Казахстан будут рассматриваться арбитражами, и результат такого рассмотрения во многом зависит от процессуального поведения сторон спора. Вряд ли недропользователь добьется восстановления действия контракта, но он, по всей вероятности, сможет удовлетворить свои требования по возмещению убытков, в том числе и упущенной выгоды за все время действия расторгнутого контракта. При этом, безусловно, одним из доводов истца будет утверждение, что одностороннее расторжение контракта Республикой Казахстан является национализацией, требующей справедливой компенсации за национализируемое имущество. □