

# Правовые вопросы недропользования: *dura lex, sed lex*

24 июня этого года Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев подписал новый Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании». Закон направлен на дальнейшее совершенствование и систематизацию законодательства, регулирующего отношения в сфере недропользования, внесены принципиальные изменения в действующее законодательство в этой сфере. С его принятием утратили силу действовавшие до этого одноименный закон и Закон Республики Казахстан «О нефти».

Принятый закон существенно ограничил сферу применения единого контракта на разведку и добычу полезных ископаемых, а также существовавшее ранее разделение контрактов на недропользование на соглашения о разделе продукции, концессионные, сервисные, смешанные и другие контракты. В законе также были переработаны нормы, регулирующие вопросы казахстанского содержания при закупках товаров и услуг.

**Своим мнением о новом законе делится известный казахстанский цивилист, академик Национальной академии наук Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор, председатель Казахстанского международного арбитража Майдан Кунтуарович Сулейменов\*.**

— Майдан Кунтуарович, вы были руководителем рабочей группы по разработке первых казахстанских законопроектов о недрах и недропользовании и о нефти. Как вы оцениваете новый закон «О недрах и недропользовании», в чем его плюсы?

— Этот закон можно назвать законом прямого действия. В нем устранено дублирование статей, многие положения, которые ранее содержались в постановлениях правительства, посвященных регулированию порядка разведки и добычи, теперь включены в новый закон, вплоть до мелких деталей, поэтому он стал больше по объему.

Подробно расписана компетенция правительства, министерств, других органов власти. В старом законе все это тоже было, однако теперь эти нормы систематизированы и приведены в порядок. И в этом несомненная польза нового закона, тем более что Министерство энергетики и минеральных ресурсов сегодня поделено — преобразовано в Министерство энергетики и новых технологий и Министерство нефти и газа.

В законе устранено дублирование статей, многие положения, которые ранее содержались в постановлениях правительства, посвященных регулированию порядка разведки и добычи, теперь включены в новый закон, вплоть до мелких деталей.

Закон направлен на реализацию политики правительства по дальнейшему усилению его роли в сфере недропользования, что сейчас в принципе делается везде. И это правильно, Казахстан окреп, у него появились деньги. Сегодня Правительство Республики Казахстан пытается вернуть свое право на недра страны и более решительно управлять ими. Для этого и создаются национальные компании. Поэтому этот закон продолжает линию государства, начало которой было положено принятием новых налогового и таможенного кодексов,

а также других законов, ужесточающих политику в отношении иностранных инвесторов.

Но я, как цивилист и активный сторонник рыночных отношений, не могу полностью принять то, как это делается. Как патриот Казахстана я согласен с необходимостью этого закона, но как юрист хочу, чтобы все реализовывалось юридически правильными методами.

\* Интервью брала С. Ахметова. «Юридическая газета», 28 июля 2010 г.



— В новом законе есть такое понятие — «приоритетное право Республики Казахстан». Скажите, с юридической точки зрения может ли государство реализовать приоритетное право через национальную компанию?

— Приоритетное право принадлежит государству, и его реализация — это реализация публичных функций государства. От имени государства приоритетное право реализует правительство. Это закреплено в статье 193-1 Гражданского кодекса Республики Казахстан. При чем здесь национальная компания — акционерное общество, созданное правительством?

Выступление национальной компании от имени государства при осуществлении публичных функций

противоречит пункту 3 статьи 3 Конституции Республики Казахстан, где закреплено, что «правительство республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий».

Национальная компания — это не государственный орган, а акционерное общество, пусть даже со стопроцентным участием государства. Все равно это частная форма собственности. Акционерное общество не может при осуществлении публичных функций выступать от имени государства.

Нельзя смешивать приоритетное право государства с преимущественным правом покупки. К сожалению, в новом законе это различие проведено недостаточно четко.

Преимущественное право покупки вытекает из правовой природы товарищества с ограниченной ответственностью, в котором, в отличие от акционерного общества, очень силен личностный момент, поэтому участники товарищества с ограниченной ответственностью не заинтересованы в появлении среди них посторонних лиц.

Преимущественное право — это субъективное гражданское право, вытекающее из корпоративных гражданско-правовых отношений, а приоритетное право закреплено нормами публичного права и находится вне гражданско-правовых отношений. Государство законодательно закрепило свое право вторгаться в гражданско-правовые отношения, причем это касается не только товариществ с ограниченной ответственностью и акционерных обществ, но и любого контракта на недропользование.

Во всем мире есть легальная форма национализации, и мы должны к этому прийти.

А приоритетное право — это, по сути, та же самая национализация, но выраженная в скрытой, завуалированной форме. Кстати, применительно к национализации существуют официальные термины: открытая, скрытая, ползучая.

— Кстати, о контрактах на недропользование. Есть ли по этой части в новом законе спорные моменты?

— В силу того что новый закон основан, как и предыдущие законы, на контрактной (а не лицензионно-контрактной, как это было до 1999 г.) модели осуществления операций в сфере недропользования,

нормы о контрактах в нем занимают если не центральное, то во всяком случае определяющее место.

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

К сожалению, в том, что касается решения этого вопроса, авторы закона предпочли недосказанность, так сказать, затуманивание, в общем-то, ясных вещей.

Во-первых, каково соотношение контракта на недропользование и гражданско-правового договора? В предыдущих законах (п. 1 ст. 42 Закона Республики Казахстан «О недрах и недропользовании», п. 1 ст. 25 Закона Республики Казахстан «О нефти») закреплено достаточно ясно сформулированное принципиально важное положение о том, что «порядок заключения, исполнения, изменения или прекращения контракта производится в соответствии с настоящим законом и гражданским законодательством». А что же в новом Законе Республики Казахстан «О недрах и недропользовании»? То же самое, только исключены слова «и гражданским законодательством». Что из этого следует? Что гражданское законодательство не применяется? Да нет же, ведь есть в этом же законе норма о том, что «гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего закона». Я повторяю: контракт на недропользование ничем иным, кроме как гражданско-правовым договором, быть не может, и то, что не урегулировано в законе, может регулироваться Гражданским кодексом (оферта, акцепт, принцип надлежащего



исполнения договоров, возмещение убытков и прочее).

Во-вторых, как в новом законе определена правовая природа контракта? А никак. Есть четыре вида контрактов: на разведку, добычу, строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, на государственное геологическое изучение недр — и все. На самом деле ничего нового в этой позиции нет. Если оглянуться на историю законодательства о недрах независимого Казахстана, то все это мы уже проходили.

Остановлюсь на статьях 72 «Прекращение контракта» и 73 «Возобновление действия контракта». Согласно статье 72 компетентный орган вправе в одностороннем порядке досрочно прекратить действие контракта в следующих случаях: «при неустранении недропользователем в указанный в уведомлении компетентного органа срок более двух нарушений обязательств, установленных контрактом на недропользование либо проектными документами».

— *Получается, судьба недропользователей сегодня в руках компетентных органов...*

— При добыче нефти на сложном месторождении без нарушений не обойтись, а два нарушения можно вообще найти за две секунды и в любое время без всякого суда и следствия расторгнуть контракт. Для инвесторов, которые вкладывают в разработку месторождений миллионы и миллиарды, это все равно что выбросить деньги на ветер. Такого не должно быть. Даже при обнаружении существенных нарушений контракт надо расторгать в судебном порядке. Пусть даже дело будет рассматриваться в казахстанском суде, а не в международном арбитражном, по крайней мере будет соблюдена хотя бы видимость действия закона. А два незначительных нарушения, которые к тому же определяет и выявляет сам компетентный орган...

Дальше еще лучше. Пункт 1 статьи 73 «Основания для возобновления действия контракта на разведку» гласит: «Компетентный орган вправе во внесудебном порядке возобновить действие ранее прекращенного по его инициативе контракта...» Я считаю, что это явно коррупционная норма, ведь компетентный орган — этот чиновник, который курирует недропользователя. Как юрист, я не согласен с такими положениями.

Конечно, есть здесь масса технических моментов, в которых я досконально не разбираюсь, но все же хочу высказать свое мнение по поводу нарушений. Мне многие недропользователи говорили, что в законе очень сложно и жестко прописаны нормы, касающиеся рабочих программ и проектов, которые очень

## Документы

### Президент Республики Казахстан подписал закон о недрах и недропользовании

Глава Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев подписал закон «О недрах и недропользовании». По информации пресс-службы главы государства, закон направлен на дальнейшее совершенствование и систематизацию законодательства, регулирующего отношения в сфере недропользования.

«Цель закона — систематизация и совершенствование законодательства, устранение существующих в нем пробелов, а также обеспечение принципов прямого действия закона о недрах при минимизации количества бланкетных (отсылочных) норм», — отметил ранее в ходе презентации данного закона в Парламенте глава Министерства нефти и газа Республики Казахстан Сауат Мынбаев.

Закон предусматривает эффективное использование попутного газа путем его переработки с целью получения стратегически важных энергоносителей либо сырьевых ресурсов для нефтехимической промышленности в целях защиты окружающей среды и здоровья населения. Кроме того, согласно закону Правительство Республики Казахстан наделяется полномочиями по утверждению порядка исчисления минимального казахстанского содержания в товарах, работах и услугах при проведении операций по недропользованию и предоставления отчетов недропользователей об исполнении обязательств по казахстанскому содержанию в кадрах. Также в закон введены нормы, предусматривающие резервирование земель для целей недропользования в установленном законом порядке, предложен механизм разрешения споров в соответствии с законами Республики Казахстан и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

В связи с принятием нового Налогового кодекса Республики Казахстан доработана статья 65 закона в части уплаты подписного бонуса с учетом исключения обязанности недропользователя уплачивать подписной бонус при переходе от этапа разведки к этапу добычи.

В соответствии с новой редакцией статьи 59 закона контракт на совмещенную разведку и добычу будет заключаться по решению правительства только для участков недр (месторождений), имеющих стратегическое значение и (или) сложное геологическое строение. Кроме того, принята новая редакция пункта 1 статьи 58, в соответствии с которой «недропользователь, обнаруживший и оценивший месторождение на основании контракта на разведку, имеет исключительное право на заключение контракта на добычу без проведения конкурса на основе прямых переговоров».

При этом «с целью недопущения ущемления интересов подрядчика, осуществившего разведку, условия заключения контракта на добычу должны определяться компетентным органом и недропользователем совместно» (п. 3 ст. 58 закона).



трудно соблюдать и практически невозможно не нарушить. Так что все недропользователи оказались, образно говоря, зажаты в жесткий кулак.

В пункте 3 статьи 71 закона говорится, что «в случае, если действия недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр месторождений стратегического значения приводят к изменению экономических интересов Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности, компетентный орган вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контракта, в том числе ранее заключенного контракта, с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан».

Далее. В пункте 4 статьи 72 закона закреплено, что в срок до двух месяцев со дня получения уведомления от компетентного органа об изменении и (или) дополнении условий контракта недропользователь должен письменно подтвердить свое согласие, в срок до четырех месяцев должен провести переговоры до достижения соглашений, а в срок до шести месяцев стороны должны подписать новый контракт. Если такой контракт не подписан, компетентный орган вправе в одностороннем порядке расторгнуть контракт.

А если недропользователь не согласен с замечаниями компетентного органа? Сами представьте, если, например, компетентный орган ему напишет в заключении: «У нас изменились экономические интересы, давайте менять или корректировать контракт». Что тогда может произойти?

На этих примерах я хочу пояснить, что закон этот очень жесткий и направлен на усиление роли государства и на ослабление позиций иностранных инвесторов. Это политика государства. Когда я встречаюсь с инвесторами, то я им говорю: «Это политика, давайте говорить честно. Политика правительства сейчас направлена на усиление роли государства. Все те контракты, которые были заключены прежде, были кабальными для Казахстана. Все ваши прежние привилегии в дальнейшем исчезнут. С этой объективной реальностью надо просто-напросто смириться, и надо учиться выживать в новых условиях».

Надо сказать, что, если инвесторы вложили огромные средства в крупные проекты, они просто так не уйдут. В конце концов, если с их стороны будет высказано резкое недовольство, то все кончится национализацией. И это совершенно нормальный процесс. Все арабские

нефтедобывающие страны уже давно пришли к этому. Многие помнят, из-за чего началась Суэцкая война... Так что это объективный и неизбежный, хотя и болезненный процесс. И он будет идти, хотим мы этого или нет. Единственное, хочется, чтобы все здесь было прозрачно и юридически корректно.

При этом я хочу еще раз подчеркнуть, что все приведенные здесь рассуждения — это моя личная позиция, как бы научный задел на

будущее. На сегодняшний день реальность такова, что Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» принят, действует и под-

лежит неуклонному исполнению как государственными органами, так и недропользователями. В настоящее время наша задача, юристов, заключается в том, чтобы подзаконные акты, принимаемые в развитие закона, соответствовали его нормам и были юридически корректными и непротиворечивыми.

— Как председатель Казахстанского международного арбитража, скажите, каков будет согласно новому закону порядок рассмотрения споров с участием недропользователей? Они будут рассматриваться вашими арбитрами?

— Я хочу воспользоваться вашим вопросом, чтобы показать вклад депутатов Парламента в улучшение и совершенствование этого закона. Я хотел бы выделить два существенных изменения, которые были внесены в проект закона по инициативе депутатов: первое — это восстановление нормы о едином контракте на разведку и добычу, которой не было в представленном в Парламент законопроекте, а второе — это порядок рассмотрения споров.

В проекте закона предусматривалось рассмотрение споров только в судах Республики Казахстан, арбитражный порядок разбирательства был исключен. В принятом законе от этого отказались, хотя и несколько половинчато. В статье 128 закона говорится, что «стороны вправе разрешать споры в соответствии с законами Республики Казахстан и международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан». То есть вместо того, чтобы прямо и четко установить норму об арбитражном порядке рассмотрения споров, закрепили такую туманную и противоречивую фразу. Ведь смысл ее все равно сводится к допущению арбитража. Из законов Республики Казахстан на ум сразу приходит Закон Республики Казахстан «Об инвестициях», в котором предусмотрена возможность рассмотрения споров арбитражем.





Что касается международных договоров, то такой порядок предусмотрен практически во всех договорах, начиная от многостороннего Договора к Энергетической хартии и заканчивая двусторонними соглашениями о взаимном поощрении и защите инвестиций.

Если говорить о рассмотрении споров в Казахском международном арбитраже, то в принципе это возможно, хотя и проблематично. Национальные недропользователи не рискуют выносить свои споры на рассмотрение национального арбитража, так как в Законе Республики Казахстан «О третейских судах» есть ограничение на рассмотрение спора в третейском суде, если затронуты интересы государства. Для иностранных недропользователей такого ограничения нет, но вряд ли они рискнут рассматривать споры с государством в международном арбитраже, подчиняющемся законам этого государства. Другое дело — споры недропользователей с их подрядчиками, поставщиками, агентами и т.п. Эти споры для недропользователей надежнее, дешевле и быстрее рассматривать в Казахском международном арбитраже, нежели в иностранном. Мы открыты для совместной и плодотворной работы.

#### **Справка**

*Сулейменов Майдан Кунтуарович в 1963 г. окончил с отличием юридический факультет КазГУ им. Кирова, в 1966 г. — аспирантуру Института государства и права Академии наук СССР (г. Москва). В 1985–1991 гг. — заведующий отделом Института философии и права Академии наук КазССР. В 1991–1992 гг., 1994–1995 гг. — директор Института государства и права Академии наук Республики Казахстан; в 1992–1994 гг. — главный ученый секретарь Национальной академии наук Республики Казахстан. С 1995 г. — директор НИИ частного права КазГЮУ.*

*Принимал участие в подготовке и заключении ряда международных договоров, в частности, возглавлял казахстанскую группу на переговорах по Договору к Энергетической хартии в Брюсселе (с 1993 по 2004 г.), являлся юридическим советником при Правительстве Республики Казахстан по нефтяным контрактам. Принимал участие в разработке более семидесяти законов, в том числе Конституции Республики Казахстан.*

*Член Совета по правовой политике при Президенте Республики Казахстан.*

*Автор более четырехсот публикаций, сорока монографий. Подготовил более сорока кандидатов и пять докторов юридических наук.*

*Кавалер ордена «Курмет». ❧❧❧*

Правительство Республики Казахстан 13 июля приняло постановление о введении экспортной таможенной пошлины (далее — ЭТП) на нефть и нефтепродукты.

«Согласно постановлению министерство ежеквартально на основании ежемесячной информации о средних ценах на мировых рынках нефти рассчитывает ставки таможенных пошлин на экспорт отдельных видов нефтепродуктов», — пояснил на заседании правительства вице-министр экономического развития и торговли Республики Казахстан Марат Кусаинов.

По его данным, согласно принятому постановлению «пошлина на светлые нефтепродукты составит \$99,71 за тонну, на темные — \$66,47 за тонну, на сырую нефть — \$20 за тонну».

Со своей стороны, министр финансов Республики Казахстан Болат Жамишев пояснил, что «особенностью данного постановления является то, что это ЭТП по нефти вводится по всем экспортерам, за исключением тех, у кого в соглашении о разделе продукции предусмотрено по данному виду платежей».

«Данное постановление существенно сужает перечень исключений из общих правил в отношении тех, кто не был плательщиком (ЭТП). Это начало реализации поручения, которое дал глава государства: чтобы у нас все недропользователи руководствовались текущим законодательством», — отметил Б. Жамишев.

В частности, он привел в пример компанию «Тенгиз-Шевройл», которая будет плательщиком ЭТП.

По расчетам Министерства финансов Республики Казахстан, введение экспортной таможенной пошлины существенно повысит объем доходов бюджета.

«Я думаю, что до конца года мы получим 60 млрд тенге, на следующий год, по нашим расчетам, это будет уже 117 млрд», — сообщил Б. Жамишев журналистам по окончании заседания правительства.

Ранее Б. Жамишев говорил журналистам, что при ставке ЭТП \$20 за тонну средняя налоговая нагрузка на недропользователей увеличится с 40 до 44 %.

Казахстан с 26 января 2009 г. отменил экспортную таможенную пошлину на сырую нефть, при этом экспортная пошлина на нефтепродукты осталась, но ее ставки были существенно снижены: для жидкого топлива — на 35 % (до \$61,86 за тонну), для битума нефтяного и газойля — на 56 % (до \$41,42 за тонну).