

Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации

Юрий Басин, доктор юридических наук, профессор, старший партнер юридической фирмы "Aequitas"

Майдан Сулейменов, доктор юридических наук, профессор, академик Академии наук Республики Казахстан, директор НИИ частного права

Ерлан Осипов, кандидат юридических наук, научный сотрудник НИИ частного права

Ольга Ченцова, кандидат юридических наук, управляющий партнер юридической фирмы "Aequitas"

Постановка проблемы

Казахстан строит свою внутреннюю и внешнюю экономическую политику во многом исходя из того обстоятельства, что он обладает огромными запасами полезных ископаемых. Очевидно, что необходимым условием эффективного и разумного использования этих природных ресурсов является надлежащая правовая база, в т.ч. и система соответствующего законодательства. И хотя в результате предпринятых в течение последних 10 лет серьезных усилий республике удалось многого добиться в этом направлении, все же сложилась нетипичная для мировой практики ситуация относительно законодательного определения правового режима контрактов на недропользование. Суть проблемы состоит в том, что законодательство, называя виды этих контрактов, все же не содержит их легального определения, а также не указывает признаки, которые бы позволяли отличить такие контракты друг от друга. Заключенные за годы независимости многочисленные контракты имеют порой не только самые различные названия, но и при одинаковых названиях очень разное юридическое содержание.

Между тем адекватная юридическая классификация контрактов, включая их правильное наименование, имеет огромное практическое значение, поскольку определяет род, вид, особенности и отличия их друг от друга. В идеале обозначение конкретного контракта (например, договора концессии, соглашения о разделе продукции и др.) должно означать автоматическое установление для него того или иного правового режима, а именно: существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон, налогового режима и так далее¹. Установление для контрактов на недропользование ясного и понятного законодательного режима существенно облегчает недропользователям выход на внешний рынок, в частности возможность привлечения займов (обеспечения финансирования) и инвестиций.

Известны случаи, когда при отсутствии должных законодательных регуляций стороны заблуждались в отношении своих прав и обязанностей по договору. Например, не понимали разницы между сервисным контрактом на недропользование и обычным сервисным контрактом об оказании тех или иных услуг.

В сервисном контракте стороной-заказчиком выступает государство, а стороной-подрядчиком - недропользователь, заключивший с ним контракт. В обычном сервисном контракте на оказание услуг стороной-заказчиком, как и стороной-исполнителем, могут являться любые организации (или даже физические лица), действующие в рамках их общей либо специальной правоспособности, или, где это требует закон, на основании лицензии, разрешающей осуществление деятельности, подлежащей лицензированию.

Вышеописанные сервисные контракты, несмотря на то что они оба относятся к подрядному типу договоров, будут иметь разный правовой режим. В первом случае контракт автоматически подпадает под регуляции законодательства о недропользовании (например об обязательном применении к нефтяным операциям казахстанского права; об обязательном использовании подрядчиком казахстанских товаров, работ и услуг). Во втором случае договор будет регулироваться нормами Гражданского кодекса, не содержащего условий о казахстанском содержании контракта и допускающего применение к сервисным договорам, обремененным иностранным элементом, иностранного права по выбору сторон.

Казалось бы, что в случае затруднений при определении правового статуса контрактов на недропользование традиционно можно сослаться на "мировую практику", поскольку известно, что соглашения (контракты) о разделе продукции и концессии давно широко используются в разных странах. Однако трудность состоит в том, что даже самые распространенные контракты часто имеют совершенно разное содержание, обусловленное особенностями правовых систем разных стран (например наличием или отсутствием права частной собственности на недра), отличиями их исторического и национального развития, а также общим состоянием их правовой базы.

Основываясь на собственном опыте и знании проблемы, мы можем заявить о том, что необходимость создания надлежащей классификации договоров на недропользование актуальна не только для Казахстана, но и для других государств СНГ. Поэтому теоретические (и законодательские) разработки в этой сфере в последнее время ведутся весьма активно, особенно в России.

1. Одновременно гражданско-правовой принцип диспозитивности позволяет дополнить содержание договора любого типа (вида) дополнительными условиями в тех пределах, в каких это позволено императивными нормами действующего законодательства.

Виды контрактов на недропользование и их закрепление в законодательстве Казахстана

В казахстанском законодательстве ни разу не давалось легального определения видов контрактов на недропользование с раскрытием их типовых и видовых признаков и особенностей. Критериями для классификации таких контрактов служили разные основания². Первоначально контракты были классифицированы по их юридическому содержанию, а действующая классификация договоров исходила из их деления по виду операций на недропользование (хотя выделение соглашения о разделе продукции не основано на данном критерии).

Проект изменения законов "О недрах" и "О нефти", работа над которым ведется в настоящее время, вновь возвращается к первоначальной классификации контрактов (т.е. делит их по юридическому содержанию) и называет контракты: (1) о разделе продукции, (2) о концессии, (3) о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). Законопроект повторяет норму о допустимости в зависимости от условий использования комбинированных и иных видов контрактов (Закон "О нефти" говорит не об иных видах, а об иных формах контрактов, что, вероятно, относится к одной из технических недоработок этого закона).

Правовая природа контрактов на недропользование

Общепризнанно, что контракт на недропользование опосредует разнородные общественные отношения, прежде всего гражданско-правового и налогового характера, а также экологические, финансовые и другие отношения. Признавая этот факт, тем не менее мы не сомневаемся в гражданско-правовой природе контракта на недропользование по следующим основным признакам:

1. Предметом контракта являются имущественные отношения. Это означает, что основным правовым регулятором рассматриваемых отношений является гражданское право.
2. Государство в контрактах на недропользование выступает на равных началах с недропользователем. Это означает, что в таких отношениях на государство распространяется режим юридического лица.

В контрактах на недропользование можно выделить ряд особенностей, в том числе такой конституирующий признак как участие в них государства в качестве стороны договора. Особенностью данных контрактов можно назвать и то, что государство, являясь стороной контракта, при его исполнении осуществляет через

уполномоченные органы контрольные функции, но не в качестве участника договора, а в качестве субъекта публичной власти.

Определение типов и видов контрактов на недропользование

Как отмечалось, 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 часто позволяет найти аргументы в подтверждение самых различных подходов и взглядов при классификации таких контрактов³. Тем не менее при всем разнообразии вырисовываются вполне конкретные направления для базовой классификации контрактов на недропользование, которые нужно разумно и тщательно адаптировать к казахстанской правовой системе. Мы полагаем, что у нас могут быть выделены два основных типа данных контрактов: арендного и подрядного.

К *арендному* типу относятся концессионные контракты и контракты на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений. К *подрядному* - контракт подряда на геологическое изучение недр, контракт (соглашение) о разделе продукции, сервисный контракт.

С практической точки зрения наиболее актуальными для Казахстана в настоящий момент являются концессионные контракты и соглашения о разделе продукции.

Правовая природа концессионных контрактов

С начала XX века концессионные контракты в недропользовании являются наиболее известной формой договоров, которая изменялась на протяжении десятков лет⁴. На наш взгляд, концессионные контракты относятся к договорам арендного типа. Однако концессию в недропользовании нельзя отождествлять с арендой хотя бы потому, что она включает в себя обязанность недропользователя произвести определенный результат по разведке и/или добыче полезного ископаемого, что закреплено в его рабочей программе.

Термин "концессия" в казахстанском законодательстве упоминается, но не раскрывается. Хотя, с точки зрения юридической сути, именно концессия в Казахстане является основным видом контракта в системе договоров на недропользование (разведка и / или добыча полезных ископаемых).

2. Имеется в виду классификация, данная в Указе Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, от 28 июня 1995 г. "О нефти" (далее - Закон "О нефти") и Указе Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, от 27 января 1996 г. "О недрах и недропользовании" (далее - Закон "О недрах"), измененная Законом Республики Казахстан "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан", принятого 11 августа 1999 г. и введенного в действие с момента официального опубликования - 1 сентября 1999 г.

3. Например, Закон Российской Федерации "О соглашениях о разделе продукции" (принятый в 1995 году и измененный в 1999 году) определяет соглашение о разделе продукции как собирательную юридическую конструкцию для контракта на недропользование и включает в него концессию, а также соглашение о разделе продукции. Таким образом, СРП по законодательству РФ не соответствуют в полной мере аналогичному понятию, применяемому во многих других странах (в т.ч. Индонезии, Малайзии др.).

4. В рамках настоящей статьи мы не затрагиваем вопросы концессии в самом широком смысле, которая, помимо природных ресурсов, может охватывать объекты экономической инфраструктуры, объекты в сфере общественных услуг и др. Кроме того, в соответствии с предложенной нами классификацией мы исходим из того, что концессия относится к одному из двух типов контрактов на недропользование, а не является родовым по отношению к другим видам контрактов.

По концессионному соглашению недропользователь получает участок недр на определенный срок с правом добычи полезных ископаемых. Право собственности на добытое полезное ископаемое с момента извлечения его на поверхность 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.

Правовая природа соглашений 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) на свой коммерческий 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 этой нефти.

Условие о получении возмещения не является определяющим для соглашения о разделе продукции, так как основополагающим правилом является получение государством (собственником недр) прибыли - так называемой "экономической ренты" в виде доли добытой нефти, а не только в виде налогов от подрядчика как при концессии. Право собственности на всю добытую нефть первоначально принадлежит государству, однако при разделе подрядчик приобретает право собственности на свою долю полученных углеводородов, а также на нефть, переданную ему для возмещения расходов (если это предусмотрено соглашением).

Соглашение о разделе продукции объективно может быть оценено как разновидность гражданско-правового договора подряда. В большинстве случаев это подтверждает и международная практика применения данного вида договора. При определении условий СРП в законодательстве Казахстана необходимо исходить из того, что оно является разновидностью подряда, и подтвердить субсидиарность применения к нему норм о подряде, содержащихся в Гражданском кодексе. Это позволит упорядочить разрешение многих вопросов о порядке заключения, исполнения, прекращения и расторжения соглашения о разделе продукции.

По критерию принципа раздела продукции СРП делится на два вида: раздел добычи после вычета издержек подрядчика и прямой раздел добычи без предварительного вычета издержек подрядчика.

Мы считаем, что по юридическому содержанию у обязательства, которое лежит в основе СРП, с условиями о прямом разделе каких-либо существенных особенностей не имеется.

В юридической основе такого соглашения также присутствуют подрядные отношения: подрядчик на свой риск производит добычу полезных ископаемых за плату в виде доли произведенной продукции. Особенности этого вида СРП будут заключаться прежде всего в налоговом режиме и условиях налогообложения.

Сервисные контракты

В соответствии с мировой практикой по сервисному контракту (контракту на предоставление услуг) подрядчик осуществляет работы по разведке и добыче (на свой коммерческий риск) за установленную плату в денежной форме и получает, как правило, денежное возмещение за понесенные расходы (в отличие от СРП, когда вознаграждение и возмещение уплачивается нефтью). При сервисных контрактах подрядчик не приобретает право собственности на добытую нефть, собственником которой является государство. В целом СРП и сервисные контракты очень близки между собой, и их принципиальное отличие состоит только в форме оплаты подрядчику.

Сервисные контракты делятся на два основных вида: контракты с риском и контракты без риска, в зависимости от того, берет ли на себя государство всю или часть расходов по разведке (или в зависимости от того, связано ли вознаграждение с прибылью).

По нашему мнению, сервисные контракты в недропользовании, по существу, являются разновидностью договора подряда, и поэтому с позиций казахстанского законодательства правильнее было бы называть такие договоры не сервисными контрактами (контрактами на оказание услуг), а определенным видом 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 контракта.

Контракты подряда на геологическое изучение недр

Они носят достаточно разнообразный характер, поскольку могут означать как полный комплекс такого изучения (вплоть до разведки полезных ископаемых), так и ограничиваться его отдельными видами, например мониторингом состояния недр. Дополнительно отметим, что в отличие от разведки (как самостоятельной операции по недропользованию, связанной с поиском месторождений полезных ископаемых, выполняемой недропользователем на свой коммерческий риск), поиск месторождений в рамках геологического изучения недр подлежит оплате, установленной договором подряда, и в этом случае подрядчик не имеет дальнейших прав на разработку разведанного месторождения.

Контракты на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений

Так, в имеющемся перечне контрактов Закон "О недрах" называет контракт на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей. В то же время в Законе "О нефти" он именуется контрактом на строительство и (или) эксплуатацию подземных хранилищ и резервуаров нефти.

В действующем законодательстве представляется непонятной ситуация относительно приобретения (предоставления) права на строительство и эксплуатацию нефтегазопроводов на суше и на море, подземных хранилищ и резервуаров нефти. Право на осуществление таких операций должно предоставляться путем заключения контракта между компетентным органом и подрядчиком. Однако некоторые формулировки законодательства, а также системное толкование всех применимых норм в совокупности позволяют усомниться в необходимости заключения контракта.

Другие контракты на недропользование

Как отмечалось, законодательство Казахстана последовательно придерживается позиции о возможности заключения иных, по сравнению с перечисленными в законах "О недрах" и "О нефти", видов контрактов на недропользование.

Полагаем, что это возможно в рамках двух базовых типов контрактов: арендного и подрядного. Что касается возможности заключения контрактов иных типов, или комбинированных, то данный вопрос подлежит дополнительному осмыслению. Конечно, с позиций гражданско-правовых методов диспозитивности и дозволенности ответ должен быть однозначным: можно все. Но практически (и это может быть обосновано

с правовых позиций, в том числе допустимостью введения ограничений в договорное регулирование контрактов) допущение в недропользовании любых контрактов без специальных обоснований вряд ли возможно и оправданно. Например, в Казахстане, как и в некоторых других странах, существует опыт создания совместных предприятий и заключения договоров о совместной деятельности (с участием иностранных инвесторов) с целью осуществления недропользования (контракт о совместной деятельности с образованием или без образования юридического лица). Однако такая форма договора может служить только целям сотрудничества (в том числе корпоративного) между партнерами, но недостаточна для осуществления операций по недропользованию. Практика показала, что совмещение в учредительных документах совместных предприятий корпоративных положений с вопросами недропользования, а также отношений с государственными органами является технически неудобной и юридически сомнительной.

В заключение отметим дальнейшие юридические исследования по анализу правовой природы контрактов на недропользование - их квалификация и систематизация должны быть продолжены, а соответствующая работа в рамках законопроектной деятельности отнесена к разряду приоритетных.