

## Контракты на недропользование в Казахстане — об истории законодательства, имеющихся проблемах и потенциальном регулировании\*

Ченцова  
Ольга Ивановна

Управляющий Партнер  
юридической фирмы  
«Aequitas»,  
к.ю.н., Вице-Президент KPLA

Из истории законодательства. Казахстан является страной, выбравшей контрактную форму регулирования отношений в недропользовании по сути с момента приобретения им независимости. В качестве точки отсчёта истории законодательства о контрактах может быть принят Кодекс «О недрах» 1992 года<sup>1</sup>, в котором контракты прямо обозначены как основание для предоставления права недропользования. Согласно Закону «О нефти» 1995 года<sup>2</sup> и Закону «О недрах» 1996 года<sup>3</sup>, в Казахстане была установлена лицензионно-контрактная система недропользования, а с августа 1999 года – контрактная<sup>4</sup>.

Правовое регулирование контрактов неоднократно изменялось в рамках общих изменений законодательства о недрах и недропользовании. В том числе менялись классификации контрактов по видам, сроки их действия, порядок расторжения и изменения контрактов, права и обязанности подрядчика, правила относительно казахстанского содержания и т.д.

В Проекте Закона «О недрах»<sup>5</sup>, представленном в Парламент РК в январе 2009 года, сохраняется правовой институт контрактов. Однако некоторые принципиальные новшества, касающиеся

\* Настоящая статья основывается на докладе автора в рамках 6-й Атырауской конференции юристов нефтегазовой отрасли Казахстана, состоявшейся 3 апреля 2009 года.

<sup>1</sup> Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30 мая 1992 года.

<sup>2</sup> Закон Республики Казахстан «О нефти» от 28 июня 1995 года (далее – Закон «О нефти»).

<sup>3</sup> Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 года (далее – Закон «О недрах»).

<sup>4</sup> С учетом того, что ранее выданные лицензии и заключенные на их основе контракты сохраняют свое действие.

<sup>5</sup> Проект Закона РК «О недрах и недропользовании» (далее – Проект Закона «О недрах» или Проект).

гражданско-правовой составляющей недропользования, в том числе в части контрактов как одного из центральных институтов недропользования, вызывают сомнения в желании государства строить отношения с недропользователями на истинно договорной основе, то есть с учетом принципов договорного права.

Оценивая прошедшие 17 лет истории законодательства о контрактах, следует отметить, что достаточно удовлетворительных законодательных регуляций относительно правового режима контрактов все еще не разработано<sup>6</sup>, а производившиеся изменения, к сожалению, далеко не всегда были к лучшему – ни с точки зрения инвестиционного климата, ни с точки зрения юридической техники.

Процесс изменения законодательства является в целом закономерным в любой стране, а особенно в стране, сменившей общественно-политический строй. Однако позиции казахстанского законодателя присуща противоречивость и непоследовательность при регулировании недропользования, в том числе и контрактов. В качестве примера можно привести периодически проводившиеся изменения относительно классификации контрактов по видам и изменяющееся отношение государства к СРП<sup>7</sup>. При этом классификация и название контрактов менялись неоднократно, но законодательством ни разу не давалось легального определения их видов с раскрытием типовых и видовых признаков и особенностей.

Что касается инвестиционного климата, то за прошедшие годы он кардинально изменился, и уже не оценивается как достаточно благоприятный для инвестиций. Этому способствует стабильное ужесточение в последние годы правового режима недропользования (напрямую такие ужесточения касались контрактов в части возможности их «быстрого» одностороннего расторжения государством и внесения в контракты изменений по инициативе государства в отношении месторождений, имеющих стратегическое значение, и многого другого). Следует вспомнить и

---

<sup>6</sup> Полагаю, что это, в том числе результат недостаточной теоретической проработанности контрактов как правового института. У казахстанских юристов имеются некоторые исследования на эту тему, но их явно недостаточно.

<sup>7</sup> Что касается классификации контрактов, то история вопроса такова. Кодекс «О недрах» 1992 года не содержал деления контрактов на виды, а говорил только о договоре на пользование недрами для добычи полезных ископаемых и переработке минерального сырья. Законы «О нефти» 1995 года и «О недрах» 1996 года соответственно классифицировали контракты по их юридическому содержанию и выделили следующие их виды: о разделе продукции, о концессии, на предоставление услуг (сервисный контракт), о совместной деятельности (с образованием и без образования юридического лица). В зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускались комбинирование и иные виды контрактов.

При изменении Законов «О недрах» и «О нефти» в 1999 году классификация контрактов по их юридическому содержанию была отменена, а вновь принятая классификация контрактов исходила из их деления по видам операций на недропользование: выделялись контракты на разведку, добычу, совместную разведку и добычу, и т. д. В Указе «О нефти» был сохранен контракт о разделе продукции. Комбинированные и иные виды контрактов также допускались.

При изменении законодательства в 2004 года законодатель отказывается от деления контрактов на виды в зависимости от видов операций на недропользование и возвращается к делению контрактов на виды по их юридическому содержанию, но в несколько измененном виде. Опять, как и в 1995-1996 годах, выделяются договоры о разделе продукции, концессии и сервисный (последний раньше определялся как договор на предоставление услуг, а теперь – как о подряде и возмездном оказании услуг). Вновь повторяется норма о допустимости комбинированных и иных видах контрактов.

«срочное» принятие изменений законодательства ввиду предстоящих крупных сделок инвесторов по отчуждению прав по контрактам, а также установление новых требований и правил, заведомо невыполнимых не только по существу, но и ввиду крайне коротких сроков, определенных государством для их исполнения (например, установленные в 2004 году нормы об обязательном сжигании газа вразрез с ранее утвержденными программами по сжиганию газа выглядели как способ шантажа недропользователя. Сроки для внесения изменений в контракты по требованию государства, установленные в 2007 году, также малореальны ввиду их краткости).

*Государство и контракты – концептуальные проблемы.* До настоящего времени нет достаточной правовой ясности во взаимоотношениях между государством и недропользователями как сторонами контракта. Это, я полагаю, в конечном счете объясняется отсутствием юридического (и политического) единства во взглядах на правовую природу контракта на недропользование. Вероятно, большинство из юристов нефтегазовой отрасли знают, что вопрос о правовой природе контрактов на недропользование, а соответственно, о правовой природе отношений государства и подрядчика как сторон этих контрактов, вот уже несколько лет остается одним из наиболее обсуждаемых и спорных среди казахстанских юристов. Не вдаваясь подробно во все вопросы дискуссии, хочу напомнить, что позиция цивилистов, прежде всего, Ю. Г. Басина<sup>8</sup> и М. К. Сулейменова<sup>9</sup>, а также других состоит в том, что при рыночной экономике следует четко разграничивать публично-правовые и частноправовые сферы, в том числе при осуществлении недропользования. При этом цивилисты считают, что контракты на недропользование бесспорно имеют гражданско-правовую природу, а государство в этих контрактах выступает не как суверен, а как равноправный партнер недропользователя. Следовательно, их отношения должны строиться на договорных началах (то есть на принципах договорного права).

Разделяя эту позицию в целом, хочу отметить, что сложность вопроса в значительной мере состоит именно в том, что в отношениях по недропользованию не всегда очевидно, где государство выступает в качестве суверена, а где только как сторона контракта. Показательной иллюстрацией может служить норма о приоритетном праве государства, установленная ст. 71 Закона «О недрах», имеющая публичный характер, которую многие юристы толкуют как норму о преимущественном праве, имеющую гражданско-правовой характер. Полагаю также, что отношения между государством и недропользователем теоретически и законодательно могут быть детально разграничены и определен их правовой режим – публично- или частноправовой, хотя иногда это достаточно сложно сделать. При этом следует исходить из того, что существуют:

- 1) отношения (преимущественно публичного характера) между государством и недропользователем в связи с недропользованием;

<sup>8</sup> Басин Ю.Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством. // Юрист. - 2004 год. - № 8. - с.22-25.

<sup>9</sup> Сулейменов М.К. Государство как сторона контракта на недропользование. // НефтьГазПраво Казахстана.-2004 год. - № 1. - с.3-9 и ряд других публикаций.

- 2) в общем составе таких отношений между государством и недропользователем выделяются отношения частного характера в рамках контракта на недропользование, включая отношения до заключения контракта (например, конкурсные) и после заключения контракта (например, по заключению договоров на землепользование).

Что касается условий (содержания) контракта, то действующее законодательство и основанная на нем практика позволяют разграничивать в документе, называемом законодательством «Контракт на недропользование», гражданско-правовой договор с соответствующим режимом в качестве отдельной составляющей части, и нормы публичного характера в правоотношениях, по которым государство выступает в роли суверена, в другой его части.

Таким образом, контракт содержит нормы как гражданско-правового, так и публично-правового характера. Удельный вес норм публично-правового характера в контрактах чрезвычайно велик. Но разнотипные регуляции, содержащиеся в одном документе, не делают его однородным, будучи несмешиваемыми по своей природе. Наличие в контрактах значительного количества публичных норм в совокупности с прямым присутствием в качестве стороны контракта государства в лице МЭМР (которое не только действует от имени государства при заключении и исполнении контракта, но и осуществляет публичные функции в недропользовании), а также подчинение контракта огромному количеству норм публичного права и вводит, на мой взгляд, в заблуждение некоторых исследователей относительно правовой природы контракта, и не позволяет выделить в составе контракта на недропользование соответствующий гражданско-правовой договор. К сожалению, в последнее время в рамках законодательства о недропользовании происходит активная замена гражданско-правовых принципов построения частных отношений между государством и недропользователем на сугубо административные начала.

**Проект Закона РК «О недрах и недропользовании» – общая оценка.** В условиях глобального экономического кризиса, проявившегося, в том числе, падением цен на нефть, сокращением финансирования (включая сферу недропользования) все более актуальными становятся вопросы о том – какими должны быть контракты на недропользование в современных экономических условиях, и какими должны быть отношения государства с недропользователями в рамках этих контрактов? Оценивая в этой связи предлагаемые Проектом изменения, следует отметить следующее. В Проекте достаточно четко прослеживается направленность на усиление режима дозволенного вмешательства государства в хозяйственную деятельность компаний-недропользователей и их субподрядчиков, усиление государственного контроля и установление режима, который условно можно назвать «режимом отсутствия защиты и поддержки инвестиций в нефтяную и горнодобывающую отрасли Казахстана». Проект содержит ряд положений, которые могут быть оценены позитивно – прежде всего, нормы, устанавливающие регулирование (в ряде случаев достаточно подробное) тех вопросов, которые ранее либо вообще не регламентировались законодательством, либо регулировались в недостаточной степени (включая порядок реализации

приоритетного права государства, порядок получения разрешения на передачу права недропользования и др.).

Некоторые новые положения Проекта ранее регулировались на уровне подзаконных актов (причем это регулирование в значительной мере устарело и имело ряд недостатков и противоречий (например, по вопросам проектной (технической) документации)), и включение соответствующих законодательных регуляций представляется вполне обоснованным (технико-юридические недочеты этих норм здесь во внимание не принимаются).

К сожалению, Проект не только не решает многие имеющиеся вопросы, в том числе относительно контрактов, но, на мой взгляд, усугубляет некоторые юридические проблемы. Юристы, следящие за судьбой Проекта, уже высказывали некоторые свои критические замечания относительно тех или иных его положений (например, касательно дальнейшего ухудшения нормы о стабильности контрактов; замены исключительного права на заключение контракта на добычу по результатам разведки на преимущественное право; относительно исключения нормы о международном арбитраже). Я, в свою очередь, хотела бы обратить внимание на такие дальнейший отход в Проекте от гражданско-правовых принципов при регулировании гражданско-правовых отношений, в том числе контрактов (и это я бы считала наиболее принципиальным моментом), а также на отказ от деления контрактов на виды по их юридическому содержанию и от СРП как вида контракта.

Гражданский кодекс<sup>10</sup> прямо говорит о возможности применения его норм к отношениям по недропользованию в субсидиарном порядке, а действующие Законы «О недрах» и «О нефти» в статьях о контрактах содержат прямые отсылки к гражданскому законодательству в части заключения, исполнения изменения, или прекращения контрактов. В сентябрьской (2008 г.) версии проекта, переданной МЭМРОм РК в Правительство, ссылки на гражданское законодательство были отчасти исключены. Однако в той версии Проекта (ст.3) сохранялась ныне действующая норма о том, что *«Гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего Закона»*.

Однако в последней версии Проекта, переданной Правительством в январе 2009 г. на рассмотрение в Парламент, и эта норма исключена. Таким образом, в Проекте теперь отсутствует прямое указание на применимость гражданского законодательства к отношениям по недропользованию. Конечно, прямое отсутствие соответствующих ссылок не исключает такой возможности хотя бы в силу положений самого Гражданского кодекса как акта, имеющего более высокую юридическую силу по отношению к закону. Но соответствующие тенденции законодательства о недрах представляются очень неблагоприятными.

**Классификация в Проекте контрактов и отказ от СРП.** Проект опять, как это было в 1999 году, отказывается от разделения контрактов на виды исходя

<sup>10</sup> Гражданский Кодекс РК (общая часть) от 27 декабря 1994 года (далее - Гражданский Кодекс).

из их юридического содержания и возвращается (как это уже было с 1995-96 по 1999 годы) к делению контрактов по видам исходя из видов операций на недропользование с некоторыми коррективами (например, в Проекте отсутствует контракт на совмещенную разведку и добычу, а контракт на добычу теперь включает в себя и первичную переработку).

Казалось бы, что отмена или изменение наименования тех или иных видов контрактов особого значения не имеет – ведь на практике заключенные в Казахстане за годы независимости контракты (независимо от законодательных регуляций) имеют порой не только самые различные названия, но при одинаковых названиях очень разное юридическое содержание. При этом контракты чаще всего назывались в зависимости от вида операций по недропользованию (на разведку, добычу и т.д.). Исключение составляли контракты о разделе продукции, имевшие соответствующее наименование. Ввиду сказанного многие юристы считают, что суть не в названии, а в том, как регулируются отношения. Они правы в том смысле, что, например, независимо от названия предлагаемый Проектом контракт на добычу и первичную переработку с точки зрения его правового режима (включая налоговый) есть не что иное, как контракт концессионного типа. Но было бы полезно это признать и оформить надлежащим образом юридически. Поэтому я разделяю позицию М.К. Сулейменова, который считает, что *«Как бы мы ни называли контракт, по своей правовой природе он может быть и должен быть отнесен к определенному типу контракта. Обозначение в самом названии конкретного контракта его типа (концессии, соглашения о разделе продукции и др.) означает применение к нему того или иного правового режима: существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон и т.д.»*<sup>11</sup>.

Полагаю также, что в новом Законе «О недрах» стоило бы сохранить действующую норму о том, что *«в зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускаются комбинированные и иные виды контрактов»* (п. 2 ст. 42 Закона «О недрах»). Например, актуальные для мировой практики и, вероятно, для Казахстана контракты о техническом содействии требуют специальных регуляций, которые прямо не подпадают ни под один из названных в Проекте видов контрактов на недропользование<sup>12</sup>.

Позиция законодателя в отношении СРП представляется особенно непоследовательной и противоречивой. Этот контракт широко использовался в Казахстане много лет, реально- ещё до принятия Законов О нефти 1995 и О недрах 1996 годов (в которых СРП был уже прямо назван). С тех пор, независимо от классификаций, СРП всегда присутствовал в казахстанском законодательстве.

<sup>11</sup> Сулейменов М.К. Размышления о совершенствовании законодательства о недрах и недропользовании. // «НефтьГаз Казахстан». 2008 г. -№ 6. -с.56.

<sup>12</sup> Как пишет Д. Джонсон, «целью контрактов о техническом содействии является восстановление пластов, повышение извлечения нефти (enhanced oil recovery, EOR)\* и т.п. Работы проводятся на действующих, а иногда на законсервированных промыслах. Подрядчик принимает на себя управление, включая управление оборудованием и персоналом. Смысл такого рода договоров заключается в предоставлении специальных технологических ноу-хау» См.: Дэниел Джонстон. «Международный нефтяной бизнес. Налоговые системы и соглашения о разделе продукции». М. 2000, с. 133 и далее.

В 2005 году был принят отдельный Закон «Об СРП»<sup>13</sup>, хотя многие юристы обоснованно критиковали сам закон с точки зрения его юридического содержания. А теперь законодатель полностью отказывается от СРП как формы контракта, причем неуместность СРП для Казахстана обосновывается сейчас с такими же усилиями, с какими в 2005 году доказывалась жизненная необходимость принятия для Казахстана специального Закона «Об СРП».

Предлагая отказаться от СРП, сегодняшние инициаторы таких изменений в качестве основного аргумента говорят о том, что «...в мировой практике применение соглашений о разделе продукции как модели контрактов на недропользование характерно для стран с развивающейся и переходной экономикой, не обладающих достаточными финансовыми ресурсами и техническим потенциалом для самостоятельной разработки месторождений. В условиях недропользования в Казахстане (высокая себестоимость добычи, большой транспортный рукав, ограниченность объемов внутренней переработки) механизм раздела продукции является неэффективным, трудно администрируемым и сложным в применении»<sup>14</sup>. Но Закон «Об СРП» принят только в 2005 году, после того, как в Казахстане уже были заключены десятки таких контрактов. За прошедшие 4 года экономика страны не слишком изменилась, а отношение государства к СРП поменялось кардинально. (Для сведения стоит отметить, что концессионные контракты в свое время также относили к числу контрактов для эксплуатации слаборазвитых и зависимых стран – сейчас же этот контракт считается вполне подходящим и для развитых экономик).

Как известно, в мире существует много моделей СРП различных поколений вполне успешно адаптированных и работающих в различных правовых системах (источники утверждают, что в той же Индонезии в настоящее время действуют СРП четвертого поколения). Может быть, нам не нужен специальный Закон «Об СРП», особенно в том виде, в каком он получился в 2005 году, но контракты о разделе продукции при надлежащем правовом регулировании могли быть вполне эффективны для определенных условий, равно как концессионные и иные контракты на недропользование – для других условий.

---

<sup>13</sup> Закон РК «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» от 8 июля 2005 года.

<sup>14</sup> Статья «О недрах и недропользовании». // Юридическая газета. -2009 год. -№ 16.