

## ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ДОГОВОРОВ В СФЕРЕ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ

*Жандавлетова Т., магистрант юридического факультета КазГУ им. академика Е.А.Букетова*

В настоящее время для разработки и разведки месторождений привлекается достаточно большое количество частных компаний. Закон Республики Казахстан от 24 июня 2010 года № 291-IV «О недрах и недропользовании» конкретизировал давно известный и апробированный тысячелетиями универсальный инструмент регулирования отношений – договор [1]. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 13 августа 2012 года № 1042 утверждена Концепция развития геологической отрасли Республики Казахстан до 2030 года, в которой положительно решается вопрос о расширенном применении контрактов в сфере недропользования [2]. В концепции особо отмечается, что анализ состояния минерально-сырьевой базы твердых полезных ископаемых и углеводородов показывает: в Казахстане существенно сократилось количество объектов, подготовленных для постановки поисково-оценочных и разведочных работ, т.е. участков, на которых поисковыми работами обнаружены перспективные проявления полезных ископаемых и имеются достаточные геологические обоснования для открытия новых месторождений. Для восполнения имеющегося дефицита подготовленных объектов с подсчитанными количественными оценками прогнозных ресурсов высоких категорий была признана необходимость проведения комплексных региональных геолого-съемочных и геофизических работ, включая геологическое доизучение площадей, геолого-минералогическое и глубинное геологическое картирование, комплексные геофизические исследования по опорным региональным профилям (геотраверсам), бурение глубоких опорно-параметрических скважин, а также поисковые работы, направленные на обнаружение месторождений приоритетных видов полезных ископаемых. В этой связи адекватная юридическая классификация контрактов, включая их правильное наименование, имеет огромное практическое значение, поскольку определяет род, вид, особенности и отличия их друг от друга.

Правовая природа договоров пользования недрами на сегодняшний день продолжает оставаться предметом дискуссии. Имеющиеся точки зрения можно классифицировать следующим образом:

1) Договор пользования недрами не что иное как обычный гражданско-правовой договор (Я.О.Золоева, С.И. Мороз, Н.Л. Платонова, М.М. Бринчук, Е.В. Новикова, С.И. Крупко и др.) [3, 3-5; 4, 75; 5, 23; 6, 13];

2) Договоры пользования недрами представляют собой договоры *suigeneris* (особого рода) (Б.Д.Клюкин). Т.В. Шадрина, В.Н. Лисица, А.Г. Богатырев, а также американские ученые А.Сван и Дж. Мёрфи относят такие договоры к группе «инвестиционных договоров» [7, 26; 8, 5-8; 9, 1018]. Аналогичная трактовка договора горной концессии была отражена Лондонским Судом Международного Арбитража в 2005 году в деле *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* LCIA Case No. UN3467;

3) Договор пользования недрами является административно-правовым договором (Д.Н. Бахрах Ю.Н. Стариков, В.Г. Розенфельд, Ж. Ведель и др. [10, 170]);

4) Договоры пользования недрами относятся к типу т.н. предпринимательских договоров (С.А. Сосна, Р.А. Курбанов, Р.Н. Салиева, А.Ф. Шарифуллина [11, 14-24; 12, 3-22]).

5) Договор пользования недрами относится к источникам международного права (Ч.Ч. Хайд, Хименес де Аречага, П.-М. Дюпуи [13, 223; 14, 199-201]). Однако концепция признания договора пользования недрами с иностранным элементом международным договором не получила развития в международном праве в связи с явным противоречием существующим многосторонним договоренностям, в частности Конвенции о праве международных договоров 1969 г. [15] Вместе с тем, в доктрине международного права, а также в решениях судов международного коммерческого арбитража нашло свое закрепление мнение о том, что на такие договоры должен распространяться принцип *pacta sunt servanda* (лат. «договоры должны соблюдаться») [16, 13; 17, 653-656].

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.

Согласно п. 38) ст. 1 Закона о недрах контракт в сфере недропользования представляет собой договор между компетентным органом или уполномоченным органом по изучению и использованию недр или местным исполнительным органом области, города республиканского значения, столицы в соответствии с компетенцией, установленной законодательством Республики Казахстан, и физическим и (или) юридическим лицом на проведение разведки, добычи, совмещенной разведки и добычи полезных ископаемых либо строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, либо на государственное геологическое изучение недр.

По своей *юридической природе договор на недропользование* – это соглашение сторон об осуществлении определенного вида пользования недрами (разведки полезных ископаемых, добычи полезных ископаемых, совмещенной разведки и добычи полезных ископаемых, строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей полезных ископаемых, либо государственного геологического изучения недр).

Данный договор имеет *ряд признаков, характерных только для него*. То есть можно выделить признаки, отличающие договор в сфере недропользования от иных договоров. Во-первых, одной из сторон договора на недропользование всегда выступает государство в лице своих органов. Во-вторых, заключению договора, как правило, предшествует проведение конкурса инвестиционных программ на право недропользования (в случаях, прямо указанных законодателем, договор может быть заключен путем проведения прямых переговоров). В-третьих, основания и порядок его заключения, изменения, прекращения или расторжения регламентируются специальным законодательством – законодательством о недрах и недропользовании, а не гражданским законодательством (в частности, вопреки общим положениям ГК РК договор на недропользование может быть изменен или дополнен в одностороннем порядке (компетентный орган вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контрактов с целью восстановления экономических интересов РК (п. 3 ст. 71 Закона РК о недрах и недропользовании)) либо вообще расторгнут во внесудебном порядке (компетентный орган вправе в одностороннем порядке прекратить действие контракта (п. 3 ст. 72 Закона РК о недрах и недропользовании)). В-четвертых, государство обладает приоритетным правом на приобретение права недропользования (для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также в ранее заключенных контрактах на недропользование, за исключением контрактов по подземным водам и общераспространенным полезным ископаемым, государство имеет приоритетное право перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, обладающего правом недропользования, и другими лицами на приобретение отчуждаемого по возмездным и безвозмездным основаниям права недропользования (его части) и (или) объектов, связанных с правом недропользования (п. 2 ст. 12 Закона РК о недрах и недропользовании), а также преимущественное право на приобретение полезных ископаемых перед всеми другими участниками гражданского оборота (РК имеет преимущественное перед другими лицами право на приобретение полезных ископаемых недропользователя по ценам, не превышающим цены, применяемые недропользователем при совершении сделок на соответствующие полезные ископаемые, сложившиеся на дату совершения сделки, за вычетом транспортных расходов и затрат на реализацию) (п. 1 ст. 12 Закона РК о недрах и недропользовании). Конечно, обычным гражданско-правовым договорам это не свойственно.

Однако указанные особенности договора на недропользование не свидетельствуют о его административно-правовой природе и не изменяют его гражданско-правовой сущности. На наш взгляд, для административного права вообще не характерно заключение договоров как согласованной воли двух или более лиц (это противоречит его публично-правовой природе).

Здесь необходимо учитывать, что в сфере недропользования возникают *две группы правоотношений с участием государства*.

Первую группу составляют публичные отношения государственной собственности на недра и содержащиеся в них полезные ископаемые (которые всегда будут носить административно-правовой характер). Это выражается, в частности, в том, что только государство в лице своих органов может предоставить право недропользования; государство определяет правовой режим владения и пользования недрами, соответственно, именно государство устанавливает, как и в каких пределах недропользователи могут владеть и пользоваться недрами.

Во вторую группу отношений с участием государства входят договорные (гражданско-правовые) отношения (которые должны носить частноправовой характер, так как согласно законодательству государство выступает в гражданско-правовых отношениях на равных началах с иными участниками этих отношений (п. 1 ст. 111 ГК РК)). Мы не случайно оговорились, что договорные отношения с участием государства в сфере недропользования должны носить частноправовой характер. Причина этого – в том, что, к сожалению, на практике зачастую принцип равенства сторон договора нарушается государственными органами или их должностными лицами.

По утверждению А.Г. Диденко, государственное вмешательство в договорные отношения носит повсеместный и мощный характер [18, 193], причем чаще всего – противозаконный; иногда государственное вмешательство трудно назвать противозаконным, но оно явно противоречит принципам частного права [19, 375]. В этой сложной ситуации Ю.Г. Басиным был предложен следующий выход: при нарушении государством своих гражданско-правовых обязанностей либо предъявлении к договорному негосударственному участнику правоотношений требований, неправомерно нарушающих интересы последнего, предоставлять ему возможность защищать свои интересы средствами, предусмотренными гражданским законодательством, в гражданско-процессуальном порядке [19, 23]. Иными словами, если государство принимает на себя определенные гражданско-правовые обязательства, оно должно подчиняться нормам гражданского законодательства и неукоснительно соблюдать основополагающий гражданско-правовой принцип равенства сторон.

Первоначально в Законе РК о недрах и недропользовании предусматривалась лицензионно-контрактная система, в соответствии с которой контракт на недропользование не мог быть заключен без наличия соответствующей лицензии. В последующем законодатель отказался от лицензионно-контрактной системы и установил контрактную систему предоставления права пользования недрами в связи с отказом от лицензирования операций по недропользованию (хотя разведка и добыча необщераспространенных полезных ископаемых и т.д. являются лицензируемыми видами деятельности, было четко разграничено: одно дело – предоставление права недропользования, совсем другое – получение лицензии как разрешения на осуществление определенного вида деятельности, наличие которой не приводит автоматически к заключению договора). Согласно действующему законодательству право недропользования предоставляется только государством и только одним способом – путем заключения контракта.

Согласно п. 1 ст. 35 Закона о недрах, предоставление права недропользования производится путем заключения контракта, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 5, 6, 9 и 10 этой же статьи. Контракт не заключается в следующих случаях:

1) Контракт на недропользование не может быть заключен на проведение операций по разведке и (или) добыче в случае, установленном пунктом 4 статьи 54 Закона (в случае, если повторный конкурс признан несостоявшимся по причине наличия только одного не отклоненного конкурсного предложения, компетентный орган или местный исполнительный орган области, города республиканского значения, столицы вправе заключить контракт с участником конкурса, подавшим такое конкурсное предложение путем прямых переговоров на условиях не худших, чем изложенные в конкурсном предложении).

2) Контракт на недропользование не может быть заключен на проведение операций по добыче подземных вод с объемом свыше двух тысяч кубических метров в сутки для питьевого или хозяйственно-бытового водоснабжения населения с собственником или землепользователем земельного участка, под которым находятся подземные воды, при условии, что он обладает правом на специальное водопользование на этом участке.

3) При предоставлении права недропользования на добычу общераспространенных полезных ископаемых для собственных нужд, а также подземных вод в объемах добычи, не превышающих пятидесяти кубических метров в сутки производится одновременно с предоставлением земельного участка, под которым находятся общераспространенные полезные ископаемые и подземные воды, в частную собственность или землепользование. При предоставлении земельного участка во временное землепользование условия пользования общераспространенными полезными ископаемыми для собственных нужд, а также подземными водами в объемах добычи, не превышающих пятидесяти кубических метров в сутки, могут быть предусмотрены договором о временном землепользовании.

4) Предоставление права недропользования на общераспространенные полезные ископаемые, используемые при строительстве (реконструкции) и ремонте автомобильных дорог общего

пользования, железных дорог и гидросооружений, осуществляется на основании письменного разрешения местного исполнительного органа по согласованию с территориальными подразделениями уполномоченного органа по изучению и использованию недр и уполномоченного органа в области охраны окружающей среды в порядке, установленном уполномоченным органом в области государственной поддержки индустриально-инновационной деятельности.

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.

Необходимость создания надлежащей классификации договоров на недропользование актуальна не только для Казахстана, но и для других государств СНГ. Поэтому теоретические (и законотворческие) разработки в этой сфере в последнее время ведутся весьма активно.

В теории горного права предпринимаются различные попытки для классификации видов договоров в сфере недропользования. В частности, выдвигаются в качестве определяющих условий формирования возможных типов договоров в недропользовании следующие: 1) право собственности на добытую продукцию; 2) правовой режим взаимоотношений государства и недропользователя; 3) налоговый режим [20, 270-271].

В зависимости от приведенных условий возможны только два варианта решения: если право собственности на добытую продукцию передается инвестору, то при административно-правовом режиме пользования недрами заключается лицензионное соглашение, а при гражданско-правовом – концессионное соглашение; если же право на добытую продукцию не передается инвестору, то заключаются контракт на предоставление услуг или соглашение о разделе продукции (то есть применяется гражданско-правовой режим пользования недрами).

Указанная классификация в необходимой степени не выдерживает чистоты и полноты положенного в основу критерия, потому что можно говорить о передаче права собственности на добытую продукцию в полном объеме (в первом случае) и в неполном объеме (во втором случае, точнее сказать, по соглашению о разделе продукции недропользователю передается право собственности на часть добытой продукции). Следовательно, здесь нельзя признать главным критерием передачу или не передачу права собственности, ведь и в том и в другом случае право собственности недропользователю передается.

Другое дело сервисный контракт – его специфика в том и состоит, что он будет дополнительным или вспомогательным по отношению к основному виду – концессии или соглашению о разделе продукции, и не может подменить или заменить собой какой-либо из них. В целом можно признать существование таких видов договоров в сфере недропользования, как концессионное соглашение (концессия), соглашение о разделе продукции, сервисный контракт (контракт на предоставление услуг).

В мировой практике используются разнообразные модификации договоров, соглашений и контрактов в сфере недропользования, но в основном они сводятся к трем основным формам, получившим следующие названия: 1) соглашение типа «роялти – налог на прибыль»; 2) соглашение о разделе продукции; 3) контракт на предоставление услуг.

Соглашения типа «роялти – налог на прибыль» предусматривают взимание государством платы за право пользования недрами, налога на прибыль, а также некоторых других налогов. Применялись они с начала развития собственной нефтедобычи в странах Европы и Северной Америки, после нефтяного кризиса начала 70-х годов прошлого столетия этот тип соглашений полностью вытеснил широко распространенные в остальных нефтедобывающих странах Азии, Америки и Австралии концессионные соглашения. Полагаем, что контракт типа «роялти – налог на прибыль» по своей природе представляет собой разновидность договора концессии или концессионного соглашения, потому что им предусматривается передача права собственности на все добытые полезные ископаемые недропользователю и обязательство последнего по уплате налогов и других обязательных платежей в бюджет.

Контракт на предоставление услуг, или сервисное соглашение, наибольшее распространение получил в Бразилии; также подобные соглашения были заключены в Иране, Ираке, Венесуэле,

Нигерии и Вьетнаме. Сущность данного вида контракта заключается в том, что компания на условиях риска осуществляет работы по поиску и разведке, а в случае открытия коммерческого месторождения финансирует и его обустройство; после этого государственная нефтяная компания берет месторождение под свой контроль, а затраты сервисной компании возмещаются за счет добытой продукции. В отдельных случаях государство может взять на себя всю или часть разведки, и в зависимости от этого сервисные контракты подразделяются на контракты с риском («риск сервис») и без риска («страйт сервис»).

Контракты о совместной деятельности, так же как и виды совместной деятельности, могут быть разделены на два подвида: с образованием юридического лица и без образования юридического лица (консорциум). Совместная деятельность в нефтяной промышленности представляет собой такой вид соглашения, при котором государство или государственная нефтяная компания, являющаяся собственностью государства, и некая другая, обычно иностранная нефтяная компания, совместно осуществляют разведку и добычу, неся совместно и риск потерь [21, 180-184]. Следовательно, контракты о совместной деятельности предполагают обязательное участие государства как стороны в договоре.

Сравнительный анализ различных договорных форм, применяемых в сфере недропользования, позволил С.П. Мороз констатировать факт, что наиболее оптимальной и приемлемой формой контракта на недропользование является соглашение о разделе продукции [22, 108].

Следует отметить, что в казахстанском законодательстве вплоть до Закона Республики Казахстан от 24 июня 2010 года № 291-IV «О недрах и недропользовании» 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 основания. 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).

В соответствии с законодательной концепцией классификация контрактов на недропользование производится в зависимости от вида недропользования. Так, ст.61 Закона о недрах конкретизирует виды контрактов на недропользование. Для проведения операций по недропользованию применяются следующие виды контрактов для: 1) проведения разведки – контракт на разведку; 2) проведения добычи – контракт на добычу; 3) проведения совмещенной разведки и добычи – контракт на совмещенную разведку и добычу; 4) проведения строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей, – контракт на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей; 5) проведения государственного геологического изучения недр – контракт (договор) на государственное геологическое изучение недр.

Процедурные особенности контракта на недропользование состоят в том, что согласованный сторонами проект контракта до его подписания в обязательном порядке подлежит согласованию с уполномоченным органом по изучению и использованию недр, проведению правовой, экологической и экономической экспертиз. До подписания и регистрации контракта на добычу победитель конкурса (либо лицо, с которым контракт заключается на основе прямых переговоров) обязан обеспечить разработку проектных документов, которые подлежат следующим обязательным экспертизам: 1) государственной экологической; 2) в области промышленной безопасности; 3) санитарно-эпидемиологической; 4) в области рационального и комплексного использования недр. Технико-экономическое обоснование в обязательном порядке подлежит экономической экспертизе (п. 5 ст. 66 Закона РК о недрах и недропользовании).

Контракт заключается после проведения переговоров об окончательном согласовании условий контракта, рабочей программы на основании утвержденных проектных документов, а также получения результатов обязательных экспертиз и подлежит обязательной регистрации компетентным органом, заключившим контракт.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что, несмотря на существенные изменения законодательства о недрах и недропользовании, в отношениях между недропользователями и государством публично-правовые начала все еще сохраняют свои позиции и преобладают над частноправовыми. Однако мы полагаем, что в процессе дальнейшего развития инвестиционных правоотношений в сфере недропользования в основу взаимодействия государства и

недропользователей будут положены частноправовые начала, поскольку именно это отвечает современным запросам теории и практики. Причем уже сейчас подход законодателя должен быть единым: в договорных отношениях между государством и недропользователем государство становится участником частноправовых отношений, т.е. выступает наравне с недропользователем, чтобы не было никаких сомнений в гражданско-правовой, а не административно-правовой природе договоров (контрактов) в сфере недропользования.

#### Список литературы:

1. Закон Республики Казахстан от 24 июня 2010 года № 291-IV «О недрах и недропользовании»
2. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 13 августа 2012 года № 1042 утверждена Концепция развития геологической отрасли Республики Казахстан до 2030 года
3. Золоева Я.О. Концессионные и иные договоры с иностранными инвесторами в области добычи полезных ископаемых. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2003. - 28 с.
4. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды). - М.: Юрист, 1998. - 688 с.
5. Новикова Е.В. Частноправовые институты и нормы в системе экологического законодательства//Российская юстиция. – 1999. - № 5. -С. 23-24.
6. Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. - М.: БЕК, 2002. - 272 с.
7. Шадрина Т.В. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 1999. - 32 с.
8. Богатырев А.Г. Формы правового регулирования иностранных инвестиций в развивающихся государствах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 1971. - 24 с.
9. Swan A., Murphy J. Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic relations. - N.Y., 1999. - 399 p.
10. Ведель Ж.Административное право Франции /Под ред. М.А. Крутоголова. - М.: Прогресс, 1973. - 512 с.
11. Сосна С.А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве //Журнал российского права. - № 2. – 2003. - С. 14-24.
12. Шарифуллина А.Ф. Соглашения о разделе продукции: понятие, заключение, реализация. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2000. - 33 с.
13. Хайд Ч. Международное право, его понимание и применение Соединенными Штатами Америки. /Пер. с англ. Под ред. В. Н. Дурденевского и др. Том 6. - М., 1954. - 225 с.
14. Аречага Э. Хименес де. Современное международное право. /Пер. с исп. Под ред. и со вступ. ст. Г.И. Тункина. - М.: Прогресс, 1983. - 480 с.
15. Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 года) // [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=30135987](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30135987)
16. McDougal M., Lasswell H., Miller J. The Interpretation of Agreements and World Public Order; Principles of Content and Procedure. - New Heaven, 1967. - 337 p.
17. Carreau D., Flory T., Juillard P. Droit International Economique. - Paris, 1990. - 155 p.
18. Диденко А.Г. Избранное: (постсоветский период). - Алматы: Юридическая литература, 2004. - 308 с.
19. Басин Ю.Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством //Юрист. – 2004. - № 8. - С. 22-25.
20. Перчик А. И. Горное право. Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Издательский Дом «Филология три», 2002. - 525 с.
21. Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. /Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы: Жеті жарғы, 1997. - 242 с.
22. Мороз С.П. Классификации договоров в сфере недропользования // Юрист. – 2004. - № 6. -С. 101-119.