

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРНЫХ ФОРМ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ, НЕ ПОДЛЕЖАЩИХ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЮ

КОШОЙБЕК АЙБЕК
преподаватель кафедры
административного
и финансового права КГЮА
ualibrary@mail.ru

***Аннотация:** В настоящем исследовании на примере сравнения договора концессии и соглашения о разделе продукции акцентируется, что стратегия реформ в сфере недропользования должна идти по пути от административного управления к рыночному хозяйствованию, конкретизирующему сферу применения отдельных договорных форм на основе отраслевых критериев. Используя сравнительное исследование и отечественный правовой опыт, автор подчеркивает, что в Кыргызской Республике необходима разработка теоретической формулы взаимной ответственности сторон по договору недропользования.*

***Annotation:** In the real research, on the example of comparison of the contract of concession and the agreement on the section of production it is accented that strategy of reforms in the sphere of subsurface use has to go on the way from administrative management to the market managing concretizing scope of separate contractual forms on the basis of branch criteria. Using comparative research and domestic legal experience, the author emphasizes that in the Kyrgyz Republic development of a theoretical formula of mutual responsibility of the parties under the subsurface use contract is necessary.*

Договорными формами недропользования, не подлежащими лицензированию, в соответствии с Законом Кыргызской Республики «О недрах» (далее – ЗКР «О недрах»[1]), являются:

- 1) недропользование на основании концессионного договора;
- 2) недропользование на основании соглашения о разделе продукции (далее - СРП).

Эти договоры причисляются к категории инвестиционных контрактов, заключаемых государством с частными лицами. В отличие от лицензирования, представляющего собой, фактически, односторонний акт присоединения заинтересованной стороны (недропользователя) к правилам и положениям об основании приобретения права недропользования, указанные виды договоров предполагают наличие согласительных процедур, содержащих гражданско-правовые начала выражения воли сторон договора.

Указанные виды договорной деятельности в сфере недропользования – концессионный договор и СРП – очень схожи между собой. Другими словами, институт концессии (от латинского *concessio* - предоставленное разрешение, уступка) является общим объединяющим началом двух различных в законодательстве многих стран гражданско-правовых видов деятельности в сфере недропользования.

На протяжении всей истории концессионные отношения неизбежно и закономерно возникали во всех случаях, когда государство использовало принадлежащее ему абсолютное право собственности на недра для получения прибыли. Поэтому независимо от того, урегулированы они действующим законодательством или нет, концессионные отношения, отражающие цели инвестиционной политики государства, существовали всегда, когда государство предоставляло недра во владение и пользование юридическим и физическим лицам (как иностранным, так и национальным).

Действующий Закон Республики Кыргызстан «О концессиях и концессионных предприятиях в Республике Кыргызстан» от 6 марта 1992 года N 850-XII [2] (далее – Закон о концессиях) устанавливает, что концессия представляет собой разрешение Правительства Республики Кыргызстан инвестору на осуществление определенного вида предпринимательской деятельности, связанной с предоставлением ему во временное пользование имущества, земли и ее недр (ст.1). Данная норма поддерживает значение концессии, используемой, прежде всего, как форма привлечения инвестиций в сферу недропользования. Концессия - это сдача государством в эксплуатацию иностранному или отечественному юридическому лицу части своих природных богатств, предприятий и технологических комплексов, других объектов [3]. Договор концессии, как правило, заключается с инвесторами, реализующими инвестиционные проекты в пределах наиболее труднодоступных, капиталоемких участков недр.

Государство уступает концессионеру правомочия владения и пользования объектами концессионного договора, оставляя за собой исключительное право распоряжения ими (ст.6 Закона о концессиях). Основными принципами концессионной деятельности являются: договорной долгосрочный характер деятельности; конкурсный подход к выбору концессионеров; соблюдение действующих в Республике Кыргызстан норм и правил охраны труда, природопользования и охраны окружающей среды; комплексное использование объекта концессионного договора (ст.3 Закона о концессиях).

На современном этапе развития недропользования концессия, обеспеченная в договорную форму, не рассматривается как обычный гражданско-правовой договор, так как в договоре такого рода сочетаются публично-правовые и частно-правовые элементы [4]. В таких договорах изначально нарушен принцип равенства сторон, одной стороной выступает государство, будучи правовым, экономическим и политическим монополистом, устанавливающим «императивный шаблон договорной инициативы». В данной связи договоры с участием государства отдельными исследователями признаются административно-правовыми сделками [5].

ЗКР «О недрах» конкретизирует, что концессионный договор – это форма права пользования недрами между Правительством Кыргызской Республики и (или) уполномоченным государственным органом по реализации государственной политики по недропользованию и недропользователем, при которой недропользователю предоставляется исключительное право на геологическое изучение недр и (или) разработку месторождений полезных ископаемых на условиях, определяемых концессионным договором.

В соответствии с проектом Закона КР «О соглашениях о разделе продукции» соглашение о разделе продукции - вид концессионного договора, предусматривающий особый порядок отношений концедента и концессионера, основанный на разделе производимой продукции, на объекте, переданным в концессию.

Единственным отличием СРП от модернизированной концессии являются права недропользователя на добытую продукцию. В соответствии с нормами законодательства продукция в ее товарной форме, определяемая на основании технико-экономического обоснования, при определении ее общего товарного объема и стоимости подлежит разделу между концедентом и концессионером (инвестор) в соответствии с соглашением о разделе продукции. В качестве специальных элементов СРП в ст. 6 проекта мы выделяем:

- 1) части продукции, делимые между концедентом и концессионером в соответствии с соглашением (они не могут быть изменены при реализации соглашения);
- 2) компенсационную продукцию, которая передается в собственность концессионера (инвестора) для возмещения его затрат на выполнение работ и оплаты налогов и таможенных платежей по соглашению;
- 3) прибыльную продукцию, делимую между концедентом и концессионером, исчисляемую за вычетом уплаты платежей за пользование недрами и компенсационной

продукции (доля распределяемой прибыльной продукции не может быть изменены при реализации соглашения).

В отличие от СРП, где производство расчетов с концедентом осуществляется посредством определенной в Соглашении доли товарной продукции, в концессии расчеты производятся посредством концессионного платежа, определяемого на договорной основе. Императивными, то есть за пределами текущих договоренностей здесь остаются: рентные платежи; доля собственности концедента в концессионном объекте за счет собственных инвестиций в концессионном проекте; плата за переданные в пользование концессионера объекты интеллектуальной собственности, ноу-хау, технологии, производства направления и т.д.; налоговые и таможенные платежи; платежи за загрязнение окружающей среды; долги, имеющиеся перед государством в отношении объекта концессии; расходы по проведению оценки объекта концессии.

Концессионная плата уплачивается в порядке и сроки, определенные концессионным договором. При этом концессионная плата, если это предусмотрено в концессионном договоре, может оплачиваться за счет передачи в собственность концедента производимого имущества или оказания услуг. В данном случае установление и порядок оплаты концессионного платежа производится в соответствии с Законом Кыргызской Республики «О соглашениях о разделе продукции». В данном случае смена порядка оплаты становится основанием трансформации концессионного договора в СРП. Пример трансформации концессионного договора в СРП – не единственный пример сложного, комбинированного характера концессии. В Казахстане, например, ввиду того, что законодательство о недрах и недропользовании допускает возможность заключения «иных видов контрактов», в том числе комбинированных, практика свидетельствует, что компетентный орган, представляющий государство в качестве собственника недр, заключает различные контракты гражданско-правового характера на основе Модельного контракта либо с учетом вида операции по недропользованию. В рамках данного направления заключаются и такие исключенные из действующего законодательства РК о недрах виды недропользования, как соглашение о разделе продукции и контракт о совместной деятельности (с образованием и без образования юридического лица).

Ж.С. Елюбаев, отталкиваясь от казахстанской доктрины недропользования, считает, что теоретически есть основания классифицировать контракты на недропользование по видам, основываясь на законодательных положениях: контракты о концессии, контракты о подряде и возмездном оказании услуг (сервисный контракт), иные контракты гражданско-правового характера, в том числе комбинированные [6,с.242-243]. Тем не менее, исходя из практической целесообразности, в основу классификации контрактов на недропользование, по мнению исследователя, можно положить:

а) разновидность операций (контрактов) на недропользование: разведки; добычи; совмещенной разведки и добычи; строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений; государственного геологического изучения недр;

б) классификацию контрактов и по видам добываемых полезных ископаемых: контракт на добычу нефти и газа (газоконденсата); контракт на добычу твердых полезных ископаемых; контракт на добычу общераспространенных полезных ископаемых; контракт на добычу подземных вод; контракт на добычу лечебных грязей; контракт на добычу полезных ископаемых, ограниченных в обороте (например, деятельность по добыче урана и его обороту регулируется не только национальным законодательством, но и международно-правовыми актами).

Такая классификация, по мнению Ж.С. Елюбаева, позволяет выделить специфические особенности контракта с учетом вида операции по недропользованию, разработать стандартные условия заключения контракта, обеспечивающие соблюдение баланса интересов государства, недропользователя и инвестора, сформировать единообразную контрактную практику, позволяющую минимизировать ошибки, совершаемые при их разработке, заключении и исполнении [6,с.243].

Следует согласиться с исследователем в том, что научные предложения по классификации видов контрактов на недропользование должны иметь практическую направленность и способствовать совершенствованию правильной контрактной практики и действующего законодательства [6,с,243]. Модернизация и улучшение контрактов возможны при практической классификации контрактов и по видам добываемых полезных ископаемых. В данном смысле развитие казахстанского законодательства является ярким примером гибкого подхода к решению вопроса о развитии горнодобывающего сектора экономики.

Однако развитие законодательства Кыргызской Республики должно осуществляться исходя из национальных особенностей и задач, которые ставит Правительство в целях развития отрасли. В частности, в Программе Правительства Кыргызской Республики «Стабильность и достойная жизнь» акцентируется, что: «Будут развиваться и внедряться концессионные отношения, соглашения по разделу продукции...» [7]. Таким образом, концессия и СРП остаются наиболее стабильными правовыми инструментами привлечения инвестиций в экономику страны. Нельзя исключать и тот фактор, что СРП служит источником сырья для национальных перерабатывающих предприятий и промышленности, а также крупных инвестиций, осуществляемых как иностранными, так и национальными инвесторами. Тем не менее, наличие выше приведенных позитивных факторов, не мешает специалистам в области горнодобывающей отрасли, следующим образом отзываться о СРП: «Компания, как правило, из страны с развитой экономикой и обладающая необходимыми технологиями, заключает с руководством страны третьего мира, не имеющей ни достаточных финансов, ни технологий для самостоятельного освоения этих ресурсов, соглашение, в соответствии с которым в безраздельное пользование компании отдается разработка полезных ископаемых либо ресурсов на определенной территории» [8].

Таким образом, становится очевидным, что соглашение о разделе продукции используется в основном как инструмент для наиболее эффективного выкачивания ресурсов из страны с минимальными издержками и рисками. Стоит также отметить, что главный минус СРП в том, что государство получает свою долю продукции лишь после того, как инвестор полностью возместит свои издержки (компенсационная часть продукции). Но в случае увеличения расходной части бюджета бизнеса государство неизбежно понесет потери, в то время как инвестор возмещает свои расходы, не теряя ничего. При этом инвестор, как правило, освобождается от уплаты значительной части налогов и получает серьезные преференции по другим платежам в бюджет.

Исходя из потребности в эффективном правовом регулировании недропользования нельзя исключать опыт других стран. Так, например, в России от СРП практически отказались, так как оно перестало соответствовать текущей экономической ситуации в стране, особенностям законодательства о недрах, инвестиционному и налоговому законодательству, что, в конечном счете, сделало его неконкурентоспособным на мировом рынке инвестиций. Именно поэтому после принятия Закона о СРП ни одно соглашение о разделе продукции не вступило в силу и лицензионная модель осталась более предпочтительной для недропользователей [9].

Следует, на наш взгляд, согласиться с российскими исследователями в том, что идеи и «тотальной концессионализации» едва ли могут рассчитывать на успех. «Причина одна: условия хозяйствования в различных отраслях недропользования и даже на отдельных участках недр слишком разнятся, чтобы задачу можно было решить универсальным средством, во всяком случае, экономической теории и практике горнодобывающей отрасли таковые не известны, не говоря уже о том, что согласно Налоговому законодательству заключение договора концессии или СРП связано с использованием специального налогового режима. Одно это делает концессию и СРП не продуктом «массового пользования», а индивидуализированными инструментами

управления, призванными решать особо сложные инвестиционные задачи за счет адресных налоговых льгот концессионерам» [10].

В Программе подчеркивается, что среди негативных факторов, сдерживающих развитие горнодобывающей отрасли, остается неэффективное управление недропользованием. Страна имеет подтвержденные запасы угля - 1,3 млрд. тонн, но при этом угольная промышленность находится в кризисном состоянии; имеющиеся запасы нефти составляют 97,4 млн. тонн, а нефтеперерабатывающий завод в г.Джалал-Абаде загружен местным сырьем только на 15%; запасы олова 208 тыс. тонн и вольфрама 125 тыс. тонн, а добычи нет, запасы золота на 25 месторождениях более 500 тонн, а разрабатываются только 5 [7]. В данной ситуации, концессия, в которой объем государственно-правового контроля выражен в максимальной степени, выступает на сегодняшний день наиболее удобным правовым инструментом для сокращения лицензионно-разрешительных функций. С одной стороны, концессия позволяет упорядочить и стабилизировать режим недропользования, как внутреннюю инфраструктуру, отвечающую экономической целесообразности и принципам эффективного управления, с другой - сохранить объемы продукции и инвестирования.

Однако, в ближайшей перспективе развития отрасли, исходя из тех же целей, по нашему мнению, должны быть изучены и имплементированы все возможные договорные конструкции в рамках комплексных договоров, образующих отдельную и самостоятельную группу договоров [11,с.130] в Кыргызской Республике. Это позволит создать баланс гражданско-правовых (договорных) и лицензионно-разрешительных (административных) отношений и продвигать реформу отрасли, опирающуюся на механизм государственно-частного партнерства в горнодобывающем секторе. Только в этом случае станет возможным внедрение новых институтов управления отраслью, например, передача функций государственных органов на аутсорсинг частному сектору. Наличие множественности форм договорных отношений будет способствовать свободе оборота гражданских прав (при условии регулирования экономических условий оборота прав), созданию дополнительных экономических стимулов освоения и перераспределения лицензированных участков недр, стимулов активизации инвестиционного процесса применительно к различным по характеру участкам недр. В целом, договорной (гражданско-правовой) режим недропользования, как альтернатива действующему порядку лицензирования, призван запустить экономические механизмы, обеспечивающие более эффективное использование фонда недр.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Закон Кыргызской Республики «О недрах» от 9 августа 2012 года N 160//«Эркин Тоо» от 17 августа 2012 года N 73-74.
2. Закон Республики Кыргызстан «О концессиях и концессионных предприятиях в Республике Кыргызстан» от 6 марта 1992 года N 850-XII. (В редакции Закона КР от 9 декабря 2004 года N 188)//«Ведомости Верховного Совета Республики Кыргызстан» 1992 год N 3, ст.128).
3. Большой юридический словарь. // под общей ред. Сухарева А.Я. и Крутских В.Е.. // - М., 2000.
4. Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М., 1996.
5. Законодательные инициативы. Юрист, 2004, № 8.
6. Елюбаев Ж-С. Проблемы правового регулирования недропользования: отечественный опыт и зарубежная практика. Монография. — Алматы: Печатный Дом «Колесо», 2010. - 452 с.
7. Программа Правительства Кыргызской Республики «Стабильность и достойная жизнь», утвержденная постановлением Жогорку Кенеша Кыргызской Республики от 23 декабря 2011 года N 1451-V//И-пС ТОКТОМ.

8. Шахназаров А. Соглашение о разделе продукции – самый короткий путь недорого утилизировать богатства Кумтора//www.kabar.kg.
9. Киммельман С.А. К проблеме государственной собственности на недра//«Имущественные отношения в РФ», N 1, январь 2011 г.
10. Реформирование недропользования: как избежать крайностей? Валентей С.Д. Бухвальд Е.М. «Законодательство и экономика», N 5, май 2003 г.
11. Программа Правительства Кыргызской Республики «Стабильность и достойная жизнь», утвержденная постановлением Жогорку Кенеша Кыргызской Республики от 23 декабря 2011 года N 1451-V//И-пС ТОКТОМ.