

ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО №2(9) 2007

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ И ИНФОРМАЦИОННОЕ ИЗДАНИЕ

Зарегистрировано в Министерстве РФ по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций.
Рег. ПИ № 77-11285 от 30.11.2001. Издается 1 раз в полугодие

Редакционный совет:

Аверкин А.Г., Алексаева Р.Н.,
Андреев В.К., Бакшинская В.Ю.,
Быков А.Г., Гореничий С.С.,
Григорьев В.В., Губин Е.П.,
Ивлиев Г.П., Карпович В.Д.,
Клеандров М.И., Клюкин Б.Д.,
Копылов А.Е., Могилевский С.Д.,
Майданник И.В., Масляев И.А.,
Петросян И.Д., Тараскин В.И.,
Троценко С.А., Фролов Е.С.,
Цимерман Ю.С., Шмаков А.Г.

Главный редактор

Лахно П.Г.

Первый зам. гл. редактора

Грищенко А.И.

Заместитель гл. редактора

Салиева Р.Н.

Главный редактор

ИГ «Юрист»

Гриб В.В.

Зам. главного редактора

ИГ «Юрист»:

Платонова О.Ф.,

Трунцевский Ю.В., Фоков А.П.

Ответственный редактор

ИГ «Юрист»

Замышляев Д.В.

Редакция ИГ «Юрист»:

Бочарова М.А., Лебедева Ю.В.,

Шешеня А.Н., Оводов А.А.

Адрес редакции:

125057, Москва, а/я 15

Тел./факс: 953-91-08

E-mail: avtor@ibb.ru

Подписка по России:

Каталог «Роспечать» — инд. 82198,

Объединенный каталог —

инд. 15099, а также на сайте

www.gazety.ru.

Формат 60х90/8.

Печать офсетная. Тираж 2000

Физ. печ. л. — 6. Усл. печ. л. — 6.

Отпечатано в типографии

«Национальная полиграфическая

группа»

тел.: (4842) 70-03-37

Полная или частичная перепечатка
материалов, опубликованных
в журнале «Энергетическое право»,
допускается только с письменного
разрешения редакции.

При перепечатке ссылка на журнал
«Энергетическое право» обязательна.
Цена свободная.

СОДЕРЖАНИЕ:

**Басин Ю.Г., Сулейменов М.К., Осипов Е.Б.,
Ченцова О.И.**

Контракты на недропользование: проблемы
юридической квалификации и систематизации 2

Сулейменов М.К.

Нефтяное право Республики Казахстан 4

Ченцова О.И., Брайнина Н.В., Чумаченко Ю.Г.

Энергетическое законодательство Республики
Казахстан — общий обзор 10

Жусупов А.А.

Энергия как специфический объект
граждански прав 19

Маметова Р.А. Договор энергоснабжения 25

Мороз С.П. Нефтяные контракты 33

Мамырбаев Р.Н.

Законодательство Республики Казахстан
о переработке нефти и реализации
нефтепродуктов 39

Новицка М.М.

Договоры на приобретение товаров, выполнение
работ и оказание услуг при проведении нефтяных
операций в Республике Казахстан 47

Нуртаева Г.Л.

Проблемы правового регулирования газоснабжения
в Республике Казахстан 52

Илясова К.И.

Вопросы совершенствования законодательства
Республики Казахстан о недрах
и недропользовании 58

Вниманию наших авторов!

Отдельные публикуемые материалы размещаются в электронной правовой
системе «КонсультантПлюс». Направляя рукопись в редакцию, автор может
выразить несогласие с подобным использованием его материалов.

Номер подписан в печать 06.08.2007

Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации

Басин Ю.Г.

*Сулейменов М.К., директор НИИ частного права
Казахского гуманитарно-юридического
университета, академик Национальной академии
наук Республики Казахстан, доктор юридических
наук, профессор*

Осипов Е.Б.

*Ченцова О.И., 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 том числе 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 уста-

новление для него того или иного правового режима, а именно существенных условий договора, основных прав и обязанностей сторон, налогового режима и т.д.¹ 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 этого требует закон, на основании лицензии, разрешающей осуществление деятельности, подлежащей лицензированию.

Вышеописанные сервисные контракты, несмотря на то что они оба относятся к подрячному 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 ссылаться 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 законодательные) разработки в этой сфере в последнее время ведутся весьма активно, особенно в России.

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.

II. 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 в. концессионные контракты в недропользовании являются наиболее известной формой договоров, которая изменялась на протяжении десятилетий⁴. 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).

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.

² Имеется в виду классификация, данная в Указе Президента Республики Казахстан, имеющем силу закона, от 28 июня 1995 г. «О нефти» (далее — Закон «О нефти») и Указе Президента Республики Казахстан, имеющем 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», принятым 11 августа 1999 г. и введенным в действие с момента официального опубликования — с 1 сентября 1999 г.

³ Например, Закон Российской Федерации «О соглашениях о разделе продукции» (принятый в 1995 г. и измененный в 1999 г.) 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 том числе Индонезии, Малайзии и 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.

Нефтяное право Республики Казахстан

*Сулейменов М.К.,
директор НИИ частного права
Казахского гуманитарно-юридического
университета, академик Национальной академии
наук Республики Казахстан,
доктор юридических наук, профессор*

Нефтяное право как комплексное образование в системе права

Можно ли говорить об энергетическом праве и о нефтяном праве как самостоятельных образованиях в системе права? Я не буду останавливаться на общих проблемах системы права, об этом у меня есть ряд работ.

Я хочу лишь подтвердить, что являюсь сторонником теории комплексных отраслей права. Я не согласен только с тем, когда любое самостоятельное образование объявляют самостоятельной отраслью права. Занимается ученый исследованиями какой-то сферы правового регулирования и сразу заявляет о наличии самостоятельной отрасли права. Исследуешь энергетику — готово энергетическое право, исследуешь нефтяные операции — нефтяное право, инвестиции — инвестиционное право, уголь — угольное право, уран — атомное право и т.п.

Я не против того, что эти совокупности правовых норм являются самостоятельными образованиями, но зачем сразу называть их самостоятельными отраслями права?

Считаю, что есть ряд крупных правовых образований в системе права, которые можно назвать комплексными отраслями права. Речь идет об экономическом (предпринимательском, хозяйственном, коммерческом) праве, социально-политическом праве, экологическом праве. Возможно, есть еще какие-то комплексные отрасли права, но мне кажется, все правовые комплексные образования должны входить в одну из этих трех отраслей.

Все комплексные образования, связанные с правовым регулированием энергетики, входят в предпринимательское право как правовые институты. То есть это институты комплексной отрасли права.

С этой позиции можно рассматривать энергетическое право как институт предпринимательского права, а нефтяное право, угольное право, атомное право, электро-энергетическое право как субинституты энергетического права.

В то же время нефтяное право, угольное право, атомное право входят наряду с правом разведки и добычи твердых минералов в другой институт предпринимательского права — право недропользования.

Все они частично входят также в еще один институт предпринимательского права — инвестиционное право.

Такой вот клубок правовых институтов, свидетельствующий о сложном, многоуровневом характере системы права.

Законодательство Республики Казахстан о нефти

Одним из первых казахстанских законов в сфере недропользования был Кодекс о недрах и переработке минерального сырья от 30 мая 1992 г. Кодекс был построен на административных принципах предоставления недр в пользование, и хотя в нем предусматривалось заключение договора о недропользовании, но он играл подчиненное значение и не был надлежащим образом урегулирован. Поэтому Казахстан был захвачен врасплох нашествием в Республику нефтяных транснациональных корпораций (Шеврон, Э尔夫-Актен, Бритиш газ, Бритиш петролеум и другие). Контракты с ними заключались без должной законодательной основы, с большими финансовыми, организационными и правовыми проблемами для Казахстана. В определенной степени отражением этой ситуации было принятие Указа Президента РК (имеющего силу закона) от 18 апреля 1995 г. «О нефтяных операциях», которым давались большие полномочия сторонам нефтяного контракта, в частности право на определение налогового режима. Это был первый опыт внедрения контрактной системы недропользования.

В то же время на основе Указа Президента РК (имеющего силу закона) от 5 апреля 1994 г., предоставившего Правительству право установления порядка предоставления недр в пользование, Кабинет Министров РК 13 апреля 1994 г. принял постановление «О порядке предоставления недр для геологического изучения, добычи полезных ископаемых и пользования в иных целях». Данным постановлением были введены лицензии на предоставление недр в пользование.

Этот порядок получил закрепление в указах Президента РК, имеющих силу закона, от 28 июня 1995 г. «О нефти», и от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании». В 1994 г. слова «Указ Президента, имеющий силу закона» были заменены на слово «Закон», поэтому далее я буду говорить: Закон о нефти и Закон о недрах.» В мире существуют в основном две системы предоставления недр в пользование: 1) лицензионная, когда все условия (главным образом налоговые) предоставления недр оговариваются в лицензии, так что никакого контракта не требуется; и 2) контрактная, когда все условия оговариваются в контракте, заключаемом недропользователем с Правительством или уполномоченным государственным органом.

В Казахстане первоначально была избрана смешанная система лицензионно-контрактная. И это был шаг вынужденный, так как нельзя было отдавать все на усмотрение контракта в условиях, когда не было опыта в заключении таких контрактов и существовали огромные возможности для злоупотреблений со стороны государственных чиновников. В то же время нельзя было ввести и лицензионную систему в чистом виде, так как для ее введения необходимо было наличие

мощной, хорошо разработанной налоговой системы, которой в то время у нас не было.

В определенной степени принятие такой системы было результатом своего рода компромисса между господствовавшими в то время ведомствами: Министерством геологии и охраны недр и Министерством нефтегазовой промышленности.

Сущность лицензионно-контрактной системы заключалась в том, что сначала Правительство (рабочим органом которого являлось Министерство геологии и охраны недр) выдавало лицензию, затем на ее основе компетентный орган (Министерство энергетики и минеральных ресурсов) заключал контракт на проведение нефтяных операций (операций по недропользованию). Данная система являлась компромиссной и имела целью усилить контроль Правительства над предоставлением недр в пользование. В этой системе были существенные недостатки: она была достаточно громоздкой, кроме того, Правительство имело право в одностороннем порядке отозвать лицензию, что приводило к автоматическому прекращению контракта. Такая система могла существовать как временная, поэтому вскоре встал вопрос о переходе либо к чисто лицензионной, либо к чисто контрактной системе. Особенно остро этот вопрос встал после ликвидации Министерства геологии и охраны недр и включения его в качестве Комитета геологии и охраны недр в Министерство энергетики и минеральных ресурсов. Получилось, что и лицензию выдает, и контракт заключает один и тот же государственный орган.

После некоторых колебаний Правительство склонилось к контрактной системе. С 1999 г. в Казахстане лицензии отменены. Контракт на недропользование заключается Министерством энергетики и минеральных ресурсов с инвестором, как правило, на основе проведения конкурса инвестиционных программ на получение права недропользования. Контрактная система означает расширение прав инвестора в его отношениях с государством, но тем не менее в указах сохранилось право компетентного органа на одностороннее приостановление и прекращение контракта.

Основные положения Закона о нефти

Закон о нефти готовился более трех лет группой казахстанских юристов с участием практических работников Министерства геологии и Министерства энергетики и топливных ресурсов (затем Министерства нефтяной и газовой промышленности) Республики Казахстан. В 1993 г. распоряжением вице-президента Республики Казахстан была создана рабочая группа под руководством М. Сулейменова, которая окончательно доработала уже имевшийся проект Закона. В процессе работы было создано более 30 вариантов проекта, дважды он принимался Парламентом Республики в первом чтении, пока не был наконец принят в форме Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона.

Закон о нефти регулирует отношения, возникающие при проведении нефтяных операций на территории, находящейся под юрисдикцией Республики Казахстан, в том числе на море и во внутренних водах.

Под нефтяными операциями в Законе понимаются все работы, относящиеся к разведке, добыче и связанные с ними единым технологическим циклом хранение нефти и ее перекачка трубопроводным транспортом (статья 1 Закона).

Следовательно, за пределами действия Закона остаются переработка нефти и ее сбыт. Эти отношения регулируются другими нормативными актами (в частности, законами о хозяйственных товариществах, о государственном предприятии, Указами Президента о внешнеторговой деятельности и т.п.).

Закон о нефти регулирует проведение нефтяных операций как на суше, так и на море.

Море в Законе определено как поверхность и толща воды, поверхность дна Каспийского и Аральского морей (озер) от исходной береговой линии на всем ее протяжении в пределах Республики Казахстан до ее внешних морских границ, установленных на основе соглашений между Республикой Казахстан и прибрежными государствами.

Нетрудно заметить из этого определения, что Каспийское и Аральское моря названы также озерами и что внешние границы моря, находящегося под юрисдикцией Казахстана, четко не определены. Это связано с особым статусом Каспийского моря.

Надежная и стабильная добыча нефти в Каспийском море и транспортировка ее вряд ли будут возможны, если не удастся решить спорные вопросы, связанные с правовым статусом Каспийского моря. Прибрежными государствами являются кроме Казахстана — Иран, Азербайджан, Туркменистан и Россия. У каждого государства имеется своя точка зрения на правовой статус Каспийского моря и как определить режим использования находящихся под ним природных ресурсов.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан земля и ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы находятся в государственной собственности. Земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законодательными актами (пункт 3 статьи 6). Следовательно, исключение сделано только для земли, которая при определенных условиях может передаваться в частную собственность. Недра в частную собственность передаваться не могут ни при каких обстоятельствах.

Исходя из этого, в статье 3 Закона о нефти закреплено, что «вся нефть в естественном залегании в недрах Республики Казахстан является исключительной собственностью Республики Казахстан».

Другой подход в Законе к нефти, поднятой на поверхность. В этом состоянии она уже извлечена из недр, становится товаром. Республика вправе распорядиться ею по своему усмотрению, в том числе и передать в частную собственность. Поэтому в пункте 2 статьи 3 Закона о нефти указывается, что собственник нефти, поднятой на поверхность, определяется контрактом. Право распоряжения нефтью, поднятой на поверхность, принадлежит собственнику, если иное не предусмотрено контрактом.

В Казахстане за последний год произошли весьма серьезные изменения в законодательстве о недропользовании. Были приняты четыре Закона о внесении

изменений и дополнений в Законы о нефти и о недрах — от 1 декабря 2004 г. (далее — Закон о внесении изменений от 1 декабря 2004 г.), от 14 декабря 2005 г. (далее — Закон о внесении изменений от 14 октября 2005 г.), от 29 декабря 2006 г. и от 12 января 2007 г., 8 июля 2005 г. был принят Закон о соглашениях о разделе продукции (далее — Закон о СРП).

Казахстанское содержание

Наиболее принципиальным положением, вызвавшим много споров и диаметрально противоположных мнений, но все же включенным в Законы о недрах и о нефти, является норма о казахстанском содержании.

Казахстанское содержание — это процентное содержание ежегодных объемов:

- ♦ задействованных при исполнении контракта казахстанских кадров с разбивкой по категориям персонала с указанием отдельного процентного содержания по каждой категории в соотношении с иностранным персоналом, количество которого должно снижаться по годам по мере реализации обязательных программ обучения и повышения квалификации казахстанских кадров;

- ♦ стоимости товаров, работ и услуг казахстанского происхождения, приобретаемых как напрямую, так и посредством заключения договоров субподряда от общей стоимости товаров, работ и услуг подрядчика (подпункт 30 ст. 1 Закона о недрах).

В Законе о недрах дано определение «казахстанский производитель» — физические и юридические лица РК, производящие товары, выполняющие работы и оказывающие услуги казахстанского происхождения, — и «казахстанское происхождение (товары, работы, услуги казахстанского происхождения)» непосредственное производство (выполнение) на территории РК товаров, работ и услуг физическими и юридическими лицами РК (подпункты 31 и 32 п. 1 Закона о недрах).

Дается также определение товаров (подпункт 48 ст. 1) и услуг (подпункт 35 ст. 1 Закона о недрах).

При разработке проекта Закона много было дискуссий о путях и способах обеспечения казахстанского содержания. Предлагалось даже установить определенный процент казахстанского содержания (50-70%). Однако все же возобладал трезвый подход, ибо это могло привести к приобретению некачественных товаров, работ и услуг, что для недропользования, особенно для нефтяных операций, чревато опасностью аварий и катастроф.

Поэтому от прямого административного вмешательства отказались, убрав, однако, прежнее правило о том, что оборудование, материалы и готовые материалы, произведенные в РК, равно как и казахстанские организации, привлекаются в случае, если они или их услуги соответствуют международным стандартам (п.п. 7 и 8 ст. 63 Закона о недрах).

Тем не менее закреплены определенные меры, которые могут способствовать повышению казахстанского содержания:

1) возведены в законодательный принцип правила о приобретении товаров, работ и услуг при проведении операций по недропользованию, закрепленные ранее Постановлением Правительства РК от 7 июня 2002 г. № 612 «Об утверждении Правил приобрете-

ния товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций», то есть в основном на основе конкурса, который должен проводиться на территории РК, ст. 63-1 Закона о недрах);

2) организатор конкурса при прочих равных условиях должен отдавать приоритет казахстанским производителям (п. 5 ст. 63-1 Закона о недрах);

3) не допускается привлечение к проведению конкурса исключительно иностранных организаций при наличии казахстанских производителей закупаемых товаров, работ и услуг (п. 2 ст. 63-2 Закона о недрах);

4) организатор конкурса при определении победителя конкурса условно уменьшает цену конкурсной заявки участников конкурса — казахстанских производителей на двадцать процентов при условии соответствия товаров, работ и услуг требованиям конкурса и законодательства РК о техническом регулировании (п. 3 ст. 63-2 Закона о недрах).

Последнее правило введено для того, чтобы поставить в равные условия иностранных и казахстанских производителей. Последние вынуждены платить налоги и другие обязательные платежи в бюджет, которые не платят иностранные производители (НДС на импорт).

Национальные компании

Важным вопросом в Законах о недрах и о нефти является вопрос о национальных компаниях.

Что такое «национальная», никто толком не знает. Правовой статус национальной компании является неопределенным. С одной стороны, это акционерное общество, которое должно подчиняться принципам корпоративного права; с другой стороны, на нее возлагается выполнение государственных функций.

В связи с этим возникла проблема разграничения функций между Национальной компанией «КазМунайГаз» и Министерством энергетики и минеральных ресурсов РК и было принято специальное постановление Правительства (от 20 июня 2003 г.), посвященное этой проблеме.

Эти вопросы решаются и в новом Законе о нефти.

В Законе о нефти появилось много дополнительных положений о национальной компании. Она получает значительные преимущества как подрядчик в контрактах на недропользование:

1) Национальная компания вправе получить блок для проведения нефтяных операций на основе прямых переговоров (подпункт 2-2 ст. 7-1 Закона о нефти).

2) Она имеет право на проведение нефтяных операций совместно с победителями конкурса путем долевого участия в контрактах по решению Правительства РК (подпункт 2-1 ст. 7-1 Закона о нефти).

3) Она имеет право на выбор стратегического партнера. Стратегический партнер — это казахстанское или иностранное юридическое лицо (их объединения), выбранное или определенное национальной компанией по согласованию с компетентным органом на основании критериев, предусмотренных Законом РК «О недрах и недропользовании», для выбора подрядчика по реализации проектов по контрактам, заключенным по итогам прямых переговоров между национальной компанией и компетентным органом, или в соответствии с международными договорами, рати-

фицированными Республикой Казахстан (подпунктом 26 ст. 1 Закона о нефти). По контрактам, в которых национальная компания выступает подрядчиком, выплата подписного бонуса в пользу Республики Казахстан, а также финансирование разведки производится ее стратегическим партнером, если договором о совместной деятельности не предусмотрено иное (часть вторая ст. 7-1 Закона о нефти).

4) При расторжении компетентным органом контракта на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу с недобросовестным подрядчиком национальная компания принимает в свое ведение контрактную территорию. При расторжении компетентным органом контракта находящиеся на указанной территории имущество, сооружения, оборудование бывшего подрядчика в установленном порядке переходят в собственность республики. Национальная компания и компетентный орган вносят необходимые изменения в ранее действовавший контракт в установленном порядке (части 3 и 4 ст. 7-1 Закона о нефти).

5) Национальная компания в целях представления государственных интересов в контрактах с обязательным долевым участием должна обладать в период создания оператора не менее чем пятьюдесятью процентами уставного капитала оператора (часть пятая ст. 7-1 Закона о нефти).

Таким образом, национальная компания приобрела много новых полномочий в случаях, когда она выступает подрядчиком в контрактах.

В то же время за национальной компанией сохраняются публичные полномочия, такие как участие в разработке стратегии использования темпов воспроизводства и дальнейшего увеличения ресурсов нефти; участие в реализации единой государственной политики в нефтегазовой отрасли, участие в подготовке ежегодных отчетов Правительству РК о ходе выполнения контрактов, осуществление мониторинга по вопросам разведки, разработки, добычи, обработки, реализации, транспортировки углеводородов, проектирования, строительства, эксплуатации нефтепроводов и нефтегазопромысловой инфраструктуры и т.п. (ст. 7-1 Закона о нефти). Такое смешение различных функций в одном органе нельзя признать юридически безупречным и эффективным с точки зрения управления производными процессами. Наличие властных управленческих полномочий в хозяйственных отношениях неизбежно приведет к нарушению равенства хозяйствующих субъектов (КазМунайГаз, с одной стороны, и другие нефтедобывающие организации — с другой), к необоснованному вмешательству в хозяйственную деятельность компаний.

В Законе об СРП закреплено дальнейшее расширение полномочий Национальной компании.

Во-первых, национальной компании предоставляется право на долевое участие в размере не менее пятидесяти процентов в качестве подрядчика во всех заключаемых республикой СРП (п. 1 ст. 5 Закона).

Юридическая проблема в данном случае заключается в определении условий, на основе которых национальная компания будет осуществлять разработку месторождения совместно с другими подрядчиками.

Как говорится в п. 2 ст. 5 Закона, в СРП возможно выступление на стороне подрядчика нескольких юридических лиц, создавших объединение (консорциум), не имеющее статуса юридического лица в соответствии с законодательством РК.

Нормы о консорциуме содержатся в ст. 233 ГК, в которой консорциум определяется как временный добровольный равноправный союз (объединение) на основе договора о совместной деятельности, в котором юридические лица объединяют те или иные ресурсы и координируют усилия для решения конкретных хозяйственных задач.

Во-вторых, национальная компания вправе получить блоки на основе прямых переговоров (без публичных торгов) и при этом вправе по согласованию с компетентным органом определить вид контракта на работы по совмещенной разведке и добыче или добыче нефти (п. 1 ст. 3 Закона).

В-третьих, на национальную компанию могут возлагаться функции полномочного органа в СРП с участием нескольких подрядчиков, но при условии передачи ею права недропользования по СРП своей дочерней организации либо продажи своей доли в проекте (п. 2 ст. 11 Закона).

Таким образом, национальная компания имеет возможность широко участвовать в производственной деятельности (получать блоки на основе прямых переговоров, получать не менее пятидесяти процентов участия и т.п.), а также осуществлять организационные и руководящие функции (быть оператором (ст. 18 Закона), полномочным органом, входить в управляющий комитет по СРП — ст. 17 Закона).

В 2006 г. произошло изменение управления национальными компаниями, в том числе КазМунайГазом. Указом Президента РК от 28 января 2006 г., и затем Постановлением Правительства РК от 23 февраля 2006 г. было создано Акционерное общество Казахский холдинг по управлению государственными активами «Самрук» (далее — АО «Холдинг «Самрук»).

Было изменено понятие национальной компании. В соответствии с Законом РК от 1 июля 2006 г. в подпункте 17 ст. 1 Закона о нефти национальная компания по проведению нефтяных операций была определена как созданное по решению Правительства акционерное общество, единственным акционером которого является национальный холдинг, осуществляющее нефтяные операции на условиях, установленных Законом о нефти.

Этим же Законом в Закон РК от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах» в статью 34 был включен пункт 4-3, в котором национальный холдинг определен как акционерное общество, учредителем и единственным акционером которого является Правительство РК, созданное для эффективного управления принадлежащими на праве собственности пакетами акций национальных компаний и иных акционерных обществ.

Таким образом, КазМунайГаз ныне является дочерней организацией «Самрук». Вначале «Самруку» были переданы в собственность акции пяти крупнейших национальных компаний (Казахстан темир жолы (железные дороги), Казпочта, KEGOC (компания по уп-

равлению энергетическими сетями), КазМунайГаз), но впоследствии он получил акции еще 22 национальных компаний.

Интересно, что председателем совета директоров «Самрука» был назначен англичанин сэр Ричард Эванс, который ранее возглавлял компанию BAE Systems (четвертый по величине производитель оружия).

Приоритетное право государства (право первой ночи)

В статью 71 Закона о недрах включена часть третьего следующего содержания. «Для сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны во вновь заключаемых, а также ранее заключенных контрактах на недропользование государство имеет приоритетное право перед другой стороной контракта или участниками юридического лица, обладающего правом недропользования, и другими лицами на приобретение отчуждаемого права недропользования (его части) и (или) участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, на условиях не хуже, чем предложенные другими покупателями».

Правом первой ночи назвал приоритетное право государства докладчик, представляющий проект Закона от 1 декабря 2004 г. в Мажилисе Парламента РК.

По поводу включения данного дополнения в Закон о недрах в юридической литературе и периодической печати велась довольно острая дискуссия¹.

Мне не хочется сейчас опять возвращаться к дискуссии, тем более что трудно спорить с оппонентами, которые изначально отрицают гражданское право и Гражданский кодекс (действующий!) и не считают нужным отвечать на возражения по существу. В частности, в своих ответных статьях на наши возражения академик С.З. Зиманов практически не опроверг ни одного нашего аргумента. Он опять повторил те же положения о Законе о национальной безопасности, который не имел в то время прямого отношения к рассматриваемой проблеме, и о формах законности — понятии, которого нет в литературе по теории права (я пересмотрел все учебники и монографические исследования, но нигде такого понятия не нашел).

Приоритетное право государства было закреплено Законом от 1 декабря 2004 г., однако вскоре выяснилось, что этих изменений недостаточно для защиты стратегических интересов государства. Поэтому был принят Закон от 14 октября 2005 г.

Не секрет, что главное, ради чего принимался Закон от 14 октября 2005 г., — это попытка заблокировать сделку продажи 100% акций канадской компании «Петро Казахстан» Китайской национальной нефтяной компании (CNPC International). Заседание акционеров «Петро Казахстан» о согласии на сделку в Канаде было назначено на 18 октября, Закон был принят 14 октября, 18 октября опубликован и с этого дня вступил в действие, причем когда у нас было уже 18 октября, в Канаде все еще было 17 октября, то есть нормы Закона могли быть применены к данной сделке.

Статья 71 Закона о недрах в ее прежней редакции не могла оказать воздействие на эту сделку, так как она касалась приоритетного права при продаже акций

казахстанской компании — недропользователя, находящегося в Казахстане. В случае с «Петро Казахстан» речь шла о продаже материнской компании казахстанского недропользователя, находящейся в Канаде. Казахское право к сделке, совершенной в Канаде с акциями канадской компании, применено быть не может.

Каким путем попыталось Правительство РК решить эту задачу?

1) В ст. 1 Закона о нефти был включен подпункт 1 следующего содержания: «1) аффилированные лица — дочерние организации недропользователя и организации, обладающие пакетом акций или долей участия в уставном капитале организации, являющейся подрядчиком на проведение нефтяных операций в Республике Казахстан». То есть и дочерние организации, и материнские компании недропользователя являются аффилированными лицами.

Затем это понятие было применено к передаче прав и обязанностей по контракту, долей (пакетов) акций. Такая передача может производиться только с письменного разрешения компетентного органа (Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК).

Компетентный орган вправе отказать в установленном Правительством Республики Казахстан порядке подрядчику в выдаче разрешения на передачу прав и обязанностей по контракту, а также не разрешить отчуждение доли участия (пакета акций) в уставном капитале лица, являющегося подрядчиком, по основаниям, предусмотренным законами Республики Казахстан.

Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами.

То есть в принципе это правило распространяется и на материнскую компанию в Канаде.

2) Было введено новое понятие «концентрация прав», причем в двух разновидностях:

а) концентрация прав в рамках контракта — величина доли одного из участников консорциума в заключенном с Республикой Казахстан контракте, позволяющая данному участнику самостоятельно принимать решения по деятельности недропользователя в соответствии с контрактом (подпункт 23 ст. 1 Закона о недрах);

б) концентрация прав на проведение операций в области недропользования — обладание одним лицом или группой лиц из одной страны такой долей в контрактах на проведение операций в области недропользования на территории РК или такой долей собственности в уставном капитале организаций, являющихся недропользователями в Республике Казахстан, которые способны создать или создают угрозу экономическим интересам Республики Казахстан (подпункт 14 ст. 1 Закона о недрах).

Применительно к сделке «ПетроКазахстан» это означает концентрацию прав как обладание одним лицом из одной страны.

3) Изменения были внесены в часть третью ст. 71 Закона о недрах, закрепляющую приоритетное право государства на приобретение отчуждаемого права недропользования и (или) участия (пакета акций) в юридическом лице. Теперь это приоритетное право распространено на юридическое лицо, которое имеет возможность прямо и (или) косвенно определять решения и (или) оказывать влияние на принимаемые недро-

пользователем решения, если у данного юридического лица основная деятельность связана с недропользованием в РК.

То есть Казахстан распространил свое приоритетное право на сделки, совершенные за границей, в отношении материнских компаний. Однако какими средствами воздействия на эти сделки обладает Казахстан и может ли он реализовать свое приоритетное право?

4) Естественно, Казахстан не обладает возможностями блокировать сделки, совершаемые за границей. Однако он может воздействовать на недропользователя, работающего в Казахстане. Поэтому здесь вступает в силу правило об одностороннем расторжении договора. В ст. 45-2 Закона о недрах включен подпункт 6, в котором закреплено, что компетентный орган вправе расторгнуть контракт в одностороннем порядке в случае невыполнения части третьей статьи 71 Закона о недрах в отношении приоритетного права государства.

5) Все эти сверхординарные меры были подкреплены включением контрактов по использованию стратегических ресурсов РК в сферу действия национальной безопасности.

В Закон от 26 июня 1998 года «О национальной безопасности Республики Казахстан» был включен п. 3 ст. 18 в новой редакции: «Требования по обеспечению национальной безопасности в обязательном порядке учитываются при заключении (изменении) контрактов по использованию стратегических ресурсов Республики Казахстан, выполнении этих контрактов и контроле за их исполнением, а также при принятии решений государственным органом о выдаче или отказе в выдаче разрешения на частичную или полную передачу недропользователем права недропользования другому лицу и при выдаче или отказе в выдаче разрешений на отчуждение доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования.

При этом государственный орган вправе отказать в выдаче разрешения заявителю на совершение сделок, предусмотренных настоящим пунктом, если это может повлечь за собой концентрацию прав на проведение нефтяных операций у одного лица или группы лиц из одной страны.

Соблюдение данного условия обязательно и в отношении сделок с аффилированными лицами.

6) Кроме того, Законом о национальной безопасности Правительству РК были даны дополнительные полномочия. В соответствии с п. 6 ст. 18 Закона: «В целях обеспечения национальной безопасности Республики Казахстан Правительством Республики Казахстан устанавливаются ограничения на переход и возникновение права собственности на стратегические ресурсы (объекты) Республики Казахстан».

Таким образом, в результате последних изменений в нефтяное законодательство в Казахстане выстроена целая система мер по обеспечению интересов государства при разработке нефтяных месторождений. Существует, однако, опасность того, что Правительство получило слишком большие полномочия, к тому же сформулированные очень нечетко, и будет их использовать очень широко, нарушая права предпринимателей и вторгаясь в их хозяйственную деятельность.

Закон от 14 октября 2005 г. сыграл свою историческую роль. Китайская национальная нефтяная компания (CNPC International), которая до этого отвергала все попытки Казахстана выкупить акции «Петро Казахстан», 15 октября 2005 г. подписала с Национальной компанией «КазМунайГаз» Меморандум о взаимопонимании, в соответствии с которым она согласилась уступить «КазМунайгазу» пакет акций «Петро Казахстан», необходимый для сохранения стратегического контроля за деятельностью недропользователей (33% акций), а также право совместного управления Шымкентским нефтеперерабатывающим заводом и право сбыта нефтепродуктов на паритетных условиях с равными долями с каждой стороны.

Если говорить о юридической оценке произведенных изменений, то прежде всего я хотел бы отметить, что я всегда выступал и выступаю против необоснованного государственного вмешательства в инвестиционную деятельность, в том числе и инвестиционную деятельность иностранных инвесторов в сфере недропользования, так как такие действия безусловно подрывают имидж Казахстана, ухудшают инвестиционный климат и способствуют оттоку инвестиций, уходу иностранных инвесторов из Казахстана. В то же время я допускаю, что в исключительных случаях, когда затрагивается национальная безопасность Республики Казахстан, государство вправе предпринимать защитные меры. В сфере обеспечения экономической безопасности, в особенности по вопросам обеспечения экономической независимости Казахстана, сохранения и укрепления ресурсно-энергетической основы экономики страны, наиболее обоснованным механизмом защиты национальных интересов является процедура национализации. Поэтому, по моему мнению, в связи с увеличением угроз экономической безопасности страны назрела необходимость разработки и принятия Закона Республики Казахстан о национализации. Подобные законы используются в мировой практике, и национализация является общепринятым механизмом защиты национальных интересов государства. Проблемы угрозы экономической безопасности возникают и могут возникнуть в дальнейшем в любых стратегических отраслях экономики Республики Казахстан, в том числе энергетической, транспортной (в связи с приватизацией предприятий данной отрасли), телекоммуникационной и т.д. Закон о национализации должен стать механизмом защиты экономических, социальных, экологических и иных интересов государства. При разработке данного закона необходимо, безусловно, разработать экономически обоснованный, гласный, демократический способ принятия решения о национализации для предотвращения возможного отрицательного результата

¹ См.: Зиманов С.З. Контракт на недропользование // Юридическая газета. 2004. 26 мая; его же. Инвесторы и контракты // Казахстанская правда. 26 мая 2004 г.; Сулейменов М.К. Государство и контракты. // Юрист. 2004. № 7; Басин Ю.Г. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // Юрист. 2004. № 8; Бикебаев А. О споре представителей публичного и частного права // Юрист. 2004. № 10; Зиманов С.З. Ответ моим оппонентам (проф. Сулейменову М.К. и другим) // Юрист. 2004. № 12; его же. Еще раз об инвесторах и контрактах. Казахстанская правда. 2004. 10 декабря.

Энергетическое законодательство Республики Казахстан — общий обзор

*Ченцова О.И.,
кандидат юридических наук, управляющий
партнер юридической фирмы AEQUITAS*

Брайнина Н.В., партнер AEQUITAS

*Чумаченко Ю.Г., партнер AEQUITAS**

1. Энергетическое законодательство Казахстана — общие подходы

Как известно, Республика Казахстан (РК) располагает огромными запасами энергетических ресурсов, что предполагает необходимость их соответствующего правового регулирования. Целью настоящей статьи является изложение общих положений относительно энергетического законодательства Казахстана, сформировавшегося к настоящему времени. При определении законодательства как «энергетического» мы исходим из критериев, установленных Договором к Энергетической хартии¹ для отнесения ресурсов к энергетическим².

Говоря об энергетическом законодательстве Казахстана, следует иметь в виду наличие конституционной основы правового регулирования энергоресурсов, прежде всего положения Конституции 1995 года о собственности. На отношения в сфере энергетических ресурсов влияют положения инвестиционного, налогового, банковского, корпоративного, валютного, антимонопольного, земельного и иного отраслевого законодательства. Необходимо также принимать во внимание нормы охранительных отраслей права — административного и уголовного. Совокупная картина законодательства создает наиболее целостное представление о правовом режиме энергетических ресурсов в Казахстане.

Мы остановимся на кратком описании законодательства, прямо регулирующего отношения: в сфере недропользования; производства, оборота и транспортировки таких энергоресурсов, как нефть и нефтепродукты; правовом режиме урана и электроэнергетики; на некоторых вопросах государственного контроля за энергоресурсами и вопросах лицензирования.

Что касается иного законодательства, регулирующего отношения в сфере энергетики, то, принимая во внимание ограниченные рамки одной статьи, мы по-

считали возможным кратко охарактеризовать только экологическое, налоговое и инвестиционное законодательство. По нашему опыту, вопросы, регулируемые этим законодательством, вызывают наибольший интерес у инвесторов, осуществляющих инвестиции в энергетическую сферу, как в значительной степени влияющие на экономику проекта и на защищенность инвестиций.

2. Общая оценка энергетического законодательства и основные законодательные тенденции

Общая оценка энергетического законодательства. Не вдаваясь в подробный исторический экскурс, отметим, что с момента провозглашения независимости Казахстана в 1991 году была создана достаточно обширная законодательная база для энергетического сектора страны. Многие законодательные решения, принятые более 10 лет назад, можно оценить как вполне рыночные и привлекательные для инвесторов.

Законодательство об энергетических ресурсах в Казахстане достаточно часто изменяется как путем принятия новых нормативных правовых актов, так и путем изменения старых. Однако новшества, как правило, направлены на решение тех или иных конкретных задач, а не на глобальные системные изменения. Что касается целостности и полноты законодательного регулирования в сфере энергетики, то процесс все еще нельзя назвать завершенным. Казахстан имеет соответствующие базовые законы, однако дополнительных регуляций требуют не только отдельные этапы деятельности (например, в недропользовании на стадии разработки месторождений), но и отдельные ресурсы (например, газ).

Основными источниками регулирования в области энергетических ресурсов являются национальное законодательство и международные договоры. При этом действует вытекающий из Конституции принцип приоритетности положений международных договоров, ратифицированных Республикой, над положениями законов.

Законодательные тенденции. В последние годы инвестиционная политика государства значительно изменилась, результатом чего явилось принятие целой серии законодательных решений, ужесточивших как общий инвестиционный режим в стране, так и правовой режим использования энергетических ресурсов в частности.

В настоящее время главной тенденцией национального законодательства в сфере энергетики можно назвать сворачивание льгот в отношении иностранных инвесторов и уравнивание их в правах с национальными, а по некоторым вопросам — и ужесточение положения инвесторов по сравнению с местными компаниями.

Планирующееся вступление Казахстана в ВТО также потребовало определенных корректировок национального законодательства, в том числе регулирующего отношения в энергетической сфере.

Значительное влияние на формирование национального законодательства оказывают обязательства Казахстана, принимаемые им при заключении международных договоров. Показательным примером такого

влияния может служить ужесточение требований в отношении сжигания попутного и природного газа при осуществлении нефтяных операций (в настоящее время установлен почти полный запрет на такое сжигание). Соответствующие законодательные меры приняты в рамках подготовки Казахстана к присоединению к Киотскому протоколу к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

3. Недропользование

Правовые регуляции. В рамках национального законодательства недропользование регулируется совокупностью нормативных правовых актов различной юридической силы. Основополагающими являются Закон «О недрах» 1996 года³, регулирующий вопросы недропользования применительно ко всем полезным ископаемым, и Закон «О нефти» 1995 года⁴. Оба Закона неоднократно изменялись и дополнялись, наиболее существенным образом в 1999 году; дважды в декабре 2004 года и т.д. Последние изменения в эти Законы были внесены в декабре 2006-го и дважды в январе 2007 года⁵.

В 2005 году принят Закон «О СРП»⁶, из которого следует, что он регулирует отношения, связанные с предоставлением права на проведение нефтяных операций, заключением, исполнением, изменением и прекращением соглашений о разделе продукции в казахстанской части Каспийского и Аральского морей, и определяет основные правовые условия таких соглашений, а также последующего распределения продукции между РК и подрядчиком. То есть сфера применения Закона ограничена: он применяется в отношении только одного вида контракта и только при осуществлении операций на море. Закону «О СРП» законодатель придал статус специального закона путем установления приоритета его положений по отношению к другим нормативным правовым актам РК равной юридической силы, регулирующим отношения, связанные с недропользованием и проведением нефтяных операций.

Отдельного закона о газе в Казахстане по-прежнему нет, но поскольку в соответствии с Законом «О нефти» в понятие «нефть» включается не только сырая нефть, но и газовый конденсат и природный газ, а также углеводороды, полученные после очистки сырой нефти, природного газа и обработки горючих сланцев или смолистых песков, то газ в определенной мере (хотя и в недостаточной) является предметом законодательного регулирования.

В Казахстане также нет законов, специально регулирующих разведку и/или добычу угля и урана, и недропользование в отношении этих полезных ископаемых регулируется Законом «О недрах» и соответствующими подзаконными актами.

В Республике действует целый ряд подзаконных нормативных правовых актов, касающихся как программных вопросов энергоресурсов (например, Государственная Программа освоения Казахстанского сектора Каспийского моря (2003 г.); Программа развития газовой отрасли в Республике Казахстан на 2004 — 2010 годы; Программа развития урановой промышленности на 2003—2015 годы; Программа консервации уранодобывающих предприятий и ликвида-

ции последствий разработки урановых месторождений на 2001—2010 годы), так и их отдельных или специфических вопросов.

Среди важных подзаконных нормативных актов в качестве примеров могут быть названы утвержденные Правительством, а в ряде случаев исполнительными органами: Правила разработки нефтяных и газовых месторождений (1996 г.); Правила предоставления права недропользования (2000 г.); Правила измерения и взвешивания нефти, добытой на контрактной территории, производимой подрядчиком (2006 г.); Инструкция по классификации запасов месторождений, перспективных и прогнозных ресурсов нефти и природного углеводородного газа (2005 г.); Инструкция по выдаче разрешения на сжигание попутного и природного газа (2006 г.); Положение об экспорте и импорте ядерных материалов, технологий, оборудования, установок, специальных неядерных материалов, оборудования, материалов и технологий двойного назначения, источников радиоактивного излучения и изотопной продукции (1993 г.); Правила организации государственных систем учета и контроля ядерных материалов и источников ионизирующего излучения в Республике Казахстан (2005 г.); Правила безопасной перевозки радиоактивных материалов (2002 г.).

Наиболее важными международными договорами, относящимися к недропользованию и ратифицированными Казахстаном, является Договор к Энергетической хартии, а также двусторонние договоры по защите капиталовложений.

Правовой режим недропользования. Что касается правового режима недропользования, то в этом отношении следует отметить следующие важные положения.

В соответствии с Конституцией РК недра, в том числе полезные ископаемые, включая нефть, находятся в государственной собственности. Нефть, поднятая на поверхность, и нефть, возвращенная в недра для хранения, может находиться как в государственной, так и в частной собственности, что конкретно определяется контрактом на недропользование.

В рамках, установленных законодательством, государство предоставляет право владения и пользования недрами (право недропользования) хозяйствующим субъектам для ведения следующих операций: (i) государственного геологического изучения недр; (ii) разведки; (iii) добычи; (iv) строительства и эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей (в том числе строительство подземных хранилищ и резервуаров нефти).

В настоящее время в Казахстане действует контрактная система предоставления права недропользования, которая реализуется путем заключения контракта недропользователем (подрядчиком) с уполномоченным государственным органом, действующим от имени государства (компетентным органом)⁷. Под «компетентным органом» понимается государственный орган, определяемый Правительством и действующий от имени Республики Казахстан в осуществлении прав, связанных с исполнением и заключением контрактов на недропользование. В настоящее время компетентным органом является

Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК (далее — МЭМР).

В недропользовании применяются следующие виды контрактов: о разделе продукции; о концессии; о порядке и возмездном оказании услуг (сервисный контракт). В зависимости от условий конкретных операций по недропользованию и других обстоятельств допускаются комбинированные и иные виды контрактов. Заключение, исполнение, изменение или прекращение контракта производится в соответствии с Законами «О недрах», «О нефти», «О СРП», подзаконными нормативными актами. Право на эксплуатацию нефтегазопроводов возникает на основе разрешения компетентного органа.

Кроме полномочий по заключению контрактов МЭМР наделен целым рядом властных функций, направленных на регулирование и контроль деятельности в энергетической отрасли. Полномочия и функции МЭМР определяются как законодательством о недрах и о нефти, так и Положением о МЭМР.

В качестве другой стороны по контракту — недропользователя (подрядчика) могут выступать казахстанские и иностранные юридические и физические лица, обладающие равной правоспособностью. АО «Национальная компания «КазМунайГаз» предоставляется право на долевое участие в размере не менее пятидесяти процентов в качестве подрядчика во всех соглашениях о разделе продукции (СРП), заключаемых Республикой. Порядок участия «КазМунайГаз» в нефтяных контрактах, отличных от СРП, определяется Правительством Республики. К другим участникам контрактов на осуществление недропользования в области нефти и газа могут быть отнесены оператор, а для деятельности в рамках СРП — оператор и полномочный орган.

На протяжении ряда лет Казахстан усиливал меры по обеспечению привлечения казахстанского персонала и использования работ и услуг казахстанских производителей при осуществлении недропользования. Внесение последних (январь 2007 г.) изменений в законодательство привело к установлению еще более жесткого законодательного режима, направленного на максимальное использование недропользователями товаров, работ и услуг казахстанских производителей, а также на сокращение количества иностранного персонала, вовлеченного в энергетическую отрасль и сферы услуг, в результате обучения и привлечения казахстанского персонала.

Гарантии стабильности в отношении заключенных контрактов предусматриваются законами «О недрах», «О нефти», «О СРП». В частности, подрядчику гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством. Изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положения подрядчика, не применяются к контрактам, заключенным до таких изменений и дополнений. Гарантии не распространяются на изменения в области обеспечения обороноспособности, национальной безопасности (имеется тенденция трактовать ее очень широко), в сфере экологической безопасности и здравоохранения. В отношении налоговых обязательств недропользователя действуют положения о стабильности, установленные налоговым

законодательством, действующим в момент заключения контракта.

Порядок и условия предоставления и передачи права недропользования. По общему правилу право недропользования предоставляется по результатам конкурса инвестиционных программ (открытого или закрытого) путем заключения контракта с его победителем. На основании прямых переговоров право недропользования предоставляется только в случаях, установленных законодательством.

Порядок объявления, проведения конкурса, определения победителя и иные вопросы, касающиеся вопросов процедуры предоставления права недропользования, регламентируются законодательством достаточно подробно. Право на осуществление операций по соглашениям о разделе продукции предоставляется с некоторыми особенностями, установленными Законом «О СРП».

По общему правилу, действующему в настоящее время, право недропользования частично или полностью может быть передано недропользователем третьему лицу только с письменного разрешения компетентного органа. МЭМР вправе отказать в выдаче разрешения на передачу права недропользования по ряду оснований. С февраля 2007 года запрещена передача права недропользования в течение 2 лет с момента вступления контракта в силу, за исключением случаев передачи в порядке ликвидации юридического лица, обращения взыскания на право недропользования, переданного в залог, а также перехода права недропользования в порядке наследования либо реорганизации юридического лица. Описанное ограничение не применяется в случаях передачи или приобретения права недропользования национальной компанией или ее дочерней организацией.

Письменное разрешение компетентного органа требуется не только при передаче недропользователем прав и обязанностей по контракту, но и при отчуждении доли участия (пакета акций) в юридическом лице, являющемся подрядчиком по контракту. Данная норма применяется и в отношении сделок с аффилированными лицами, под которыми понимаются дочерние организации недропользователя и организации, обладающие пакетом акций или долей участия в его уставном капитале. Передача права недропользования в залог также должна сопровождаться письменным разрешением компетентного органа.

Приоритетное право государства на приобретение отчуждаемого права недропользования (его части) и (или) доли участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающем правом недропользования, закреплено статьей 71 Закона «О недрах» с 2004 года, а с 2005 года действие этой статьи распространено на сделки с акциями (долями) компаний, контролируемых казахстанских недропользователей. До настоящего времени не установлено ясное законодательное регулирование вопроса о порядке применения статьи 71. В июле 2005 года было принято постановление Правительства, которое определяет государственные органы, принимающие участие в подготовке решения о реализации государством его приоритетных прав. Со-

гласно Постановлению образована Межведомственная комиссия по вопросам приобретения государством приоритетных прав, являющаяся консультативно-совещательным органом при Правительстве. Комиссия только вырабатывает предложения по вопросам приобретения отчуждаемых прав и акций (долей) и вносит их в Правительство, но полномочия в отношении принятия решений по вышеназванным вопросам ей не переданы. На наш взгляд, формально-юридически окончательное решение о реализации преимущественных прав государства, вытекающих из статьи 71 Закона «О недрах», на сегодняшний день должно принимать Правительство.

4. Уран

Принципы регулирования общественных отношений в области использования атомной энергии и обеспечения режима нераспространения ядерного оружия, ядерной и радиационной безопасности при использовании атомной энергии содержатся в Законе «Об использовании атомной энергии»⁸.

В соответствии с Законом «О мониторинге» 2003 года⁹ добыча и переработка урана является объектом, отнесенным к отраслям экономики, имеющим стратегическое значение. Данный статус влечет осуществление государственного мониторинга в отношении компаний, осуществляющих деятельность в этой сфере, и принадлежащего им имущества. Уполномоченным органом в области государственного мониторинга собственности является Комитет государственного имущества и приватизации Министерства финансов РК.

Поскольку уран отнесен к радиоактивным материалам, к транспортировке этой продукции предъявляются особые требования. Перевозка урана должна осуществляться в соответствии с принципами подхода к проблеме безопасного транспортирования радиоактивных материалов, которые устанавливаются на современном этапе Международным агентством по атомной энергии (МАГАТЭ), Всемирной организацией здравоохранения, а также Международной организацией по стандартизации и другими компетентными международными организациями, входящими в систему Организации Объединенных Наций, членом которой является Казахстан.

Уран относится также к опасным грузам, поэтому его перевозка всеми видами транспорта осуществляется на основании лицензии, выдаваемой Комитетом транспортного контроля Министерства транспорта и коммуникаций РК.

Согласно Закону «Об экспортном контроле»¹⁰ за экспортом урана и переработкой его за пределами территории РК устанавливается государственный контроль, представляющий собой совокупность следующих мер: лицензирование экспорта; квотирование экспорта; осуществление экспорта при наличии разрешений Правительства в отношении определенной номенклатуры товара; осуществление внешнеэкономических сделок в разрешительном порядке; потенциальная возможность ввода ограничений по экспорту вплоть до эмбарго в отношении иностранных государств в случае нарушения ими обязательств, принятых перед Казахстаном, а также по решениям между-

народных организаций, участником которых является Казахстан.

В соответствии с положениями законодательства преимущественным правом по осуществлению и координации экспорта и импорта урана обладает Национальная атомная компания «Казатомпром» (основана в 1997 году в форме акционерного общества со стопроцентной долей государства), которое реализуется в следующих полномочиях: осуществление экспорта урана непосредственно или через аффилированные организации; обеспечение строгого соблюдения квот экспорта урана предприятиями-производителями; осуществление единого учета и отчетности по реализации продукции атомно-энергетического комплекса перед контролирующими органами; определение схем транспортировки и графиков поставок ураносодержащего сырья на переработку, согласно определенным квотам, с учетом международных правил, как по территории Казахстана, так и вне его таможенной зоны; обладание преимущественным правом на экспорт переработанного ураносодержащего продукта казахстанского происхождения, независимо от территориальной принадлежности перерабатывающих предприятий.

Контроль за выполнением обязательств казахстанских и иностранных импортеров по конечному использованию урана осуществляется посредством оформления импортного сертификата конечного пользователя. При экспорте урана в государства, являющиеся участниками Договора о нераспространении ядерного оружия (Женева, 1 июля 1968 года), обладающие ядерным оружием, представление импортного сертификата конечного пользователя не требуется.

Экспорт урана может осуществляться только при наличии требуемых заверений со стороны компетентных государственных органов страны-импортера¹¹. Практически во всех случаях экспорт урана (за исключением закиси-окиси природного урана, соединений урана обогащением до 20% по изотопу урана 235) осуществляется на основании разрешения Правительства, поэтому лицензии на экспорт урана оформляются лицензирующим органом после выхода соответствующего постановления Правительства. Лицензии в отношении экспорта закиси-окиси природного урана, соединений урана обогащением до 20% по изотопу урана 235 выдаются на основании разрешения Комитета по атомной энергетике МЭМР, который одновременно является также лицензирующим органом в сфере деятельности, связанной с использованием атомной энергии.

Проверка конечного использования урана осуществляется на месте использования продукции комиссией, состав которой утверждается лицензирующим органом. В состав комиссии включаются представители государственных органов РК, задействованных в системе экспортного контроля, а также экспортера (изготовителя) продукции. Проверка конечного использования также может осуществляться работниками посольств Казахстана в соответствующих инспектируемых странах и других уполномоченных организациях. Уведомление о проведении проверки иностранного

импортера (конечного пользователя) направляется в страну-получатель через Министерство иностранных дел РК. Результаты проведенной проверки представляются комиссией в лицензирующий орган, который, в случае выявления нарушений использования продукции, информирует об этом Министерство иностранных дел и Комитет национальной безопасности РК для принятия соответствующих мер.

Урановые руды и концентраты, а также ураносодержащая продукция как радиоактивные материалы подлежат приоритетному таможенному контролю при перемещении через таможенную границу Казахстана.

5. Электроэнергетика

Базовыми в сфере энергоснабжения являются законы «Об энергосбережении»¹² и «Об электроэнергетике»¹³. Кроме того, законодательство Казахстана содержит обширное количество законодательных и подзаконных нормативных актов, регулирующих вопросы электроснабжения, а также международные соглашения (например, Соглашение о транзите электрической энергии и мощности государств — участников Содружества Независимых Государств (Москва, 25 января 2000 года); Соглашение о создании резервов ресурсов и их эффективном использовании для обеспечения устойчивой параллельной работы электроэнергетических систем государств — участников Содружества Независимых Государств (Астана, 15 сентября 2004 года); и другие).

Координирование в сфере электроэнергетики отнесено к компетенции Комитета по государственному энергетическому надзору МЭМР, круг полномочий которого определен Правительством в соответствующем Положении.

В Казахстане создан и функционирует рынок электроэнергии, состоящий из двух уровней — оптового рынка (децентрализованной торговли) и розничного рынка электроэнергии. В результате проведенных рыночных преобразований в электроэнергетике на сегодняшний день сложилась следующая организационно-технологическая структура:

- 1) энергопроизводящие организации осуществляют производство и продажу электроэнергии оптовым потребителям;
- 2) национальная электрическая сеть (ОАО «KEGOC») выполняет функции по передаче электроэнергии по сетям межрегионального и межгосударственного уровня, а также функции по оперативно-диспетчерскому управлению единой энергосистемой Казахстана (ЕЭС Казахстана);
- 3) региональные электросетевые компании (РЭК) осуществляют передачу, распределение и поставку электроэнергии на региональном уровне;
- 4) оптовые и розничные потребители электроэнергии;
- 5) энергоснабжающие организации;
- 6) торгово-посреднические организации (трейдеры);
- 7) пул резервов электрической мощности (Пул РЭМ) — организация, созданная участниками оптового рынка электроэнергии, поддерживающая механизм

резервирования электрической мощности, необходимой для покрытия аварийного дефицита электрической мощности участников рынка по отношению к их контрактным обязательствам;

8) рыночный оператор на оптовом рынке электроэнергии (ЗАО «КОРЭМ»).

Объем полномочий вышеуказанных организаций, а также законодательные требования к процессам производства, купли-продажи (в том числе на экспорт), распределению электроэнергии по линиям передачи определены специальным постановлением Правительства.

Обзор казахстанского законодательства свидетельствует о том, что в целом можно говорить о существовании в Казахстане значительного государственного контроля за экспортом электроэнергии, который объясняется главным образом отнесением деятельности по передаче и распределению электроэнергии к сфере естественной монополии.

Действующее законодательство прямо не предусматривает полномочия Правительства или какого-либо иного органа по введению ограничений (запрета) в отношении экспорта электроэнергии. Вместе с тем, принимая во внимание значимость данного сектора экономики, а также общие полномочия Правительства, закрепленные в Конституции РК, мы допускаем, что Правительство вправе устанавливать в исключительных случаях квоты на экспорт электроэнергии, как это было сделано, например, в отношении экспорта нефти.

6. Производство, оборот и транспортировка нефти и нефтепродуктов

Вопрос транспортировки нефти и нефтепродуктов является важным для Казахстана, поскольку страна в достаточной степени удалена от основных рынков сбыта. Транспортировка осуществляется в основном с помощью трубопроводного, а также железнодорожного транспорта.

Основным законом, регулирующим транспортировку нефти, является Закон «О нефти». Среди подзаконных нормативных правовых актов отметим утвержденные Правительством: Правила предоставления равных условий доступа к регулируемым (товарам, работам) в сфере транспортировки нефти и (или) нефтепродуктов по магистральным трубопроводам (2005 г.); Правила предоставления равных условий доступа к регулируемым (товарам, работам) в сфере хранения транспортировки газа или газового конденсата по магистральным и (или) распределительным трубопроводам, эксплуатации газораспределительных установок и связанных с ними газораспределительных газопроводов (2005 г.). Действуют акты, принятые антимонопольным органом Казахстана в отношении тарифов на транспортировку.

Из всех видов нефтегазопроводов Закон «О нефти» выделяет магистральный трубопровод (МТ), правовой режим которого представляет наибольший интерес для целей транспортировки нефти за пределы Казахстана. Законом установлено, что МТ может находиться как в государственной, так и в иной собственности. Управление МТ осуществляется его собственником, если иное не предусмотрено контрактом. Зако-

нодательно закреплён принцип равного доступа всех желающих к МТ по одинаковым тарифам, а также установлено, что при имеющемся резерве пропускной способности МТ его владелец не вправе отказать грузоотправителю в транспортировке нефти.

Производство и оборот отдельных видов нефтепродуктов (бензина, за исключением авиационного, дизельного топлива и мазута) регулирует Закон «Об обороте нефтепродуктов» 2003 года¹⁴. В развитие положений этого Закона был принят ряд подзаконных актов различных уровней.

Государственное регулирование производства и оборота нефтепродуктов заключается в следующем: лицензирование деятельности по производству нефтепродуктов; установление минимальных объемов производства нефтепродуктов для их производителей; осуществление контроля над оборотом нефтепродуктов; государственный контроль над качеством нефтепродуктов; применение мер антимонопольного регулирования к субъектам естественной монополии и занимающим доминирующее положение на рынке соответствующих товаров, работ, услуг.

Закон «Об обороте нефтепродуктов» устанавливает запрет на реализацию сырой нефти и (или) газового конденсата производителями нефтепродуктов и допускает реализацию нефтепродуктов: их производителями; поставщиками нефти; лицами, осуществляющими реализацию с автозаправочных станций; лицами, осуществляющими реализацию с баз нефтепродуктов. Формально это означает, что все иные не упомянутые в вышеприведенном перечне лица не вправе осуществлять реализацию нефтепродуктов, что подтверждается на практике.

Закон «Об обороте нефтепродуктов» устанавливает, что транспортировка нефтепродуктов допускается посредством специально оборудованного и допущенного к перевозке транспорта в соответствии с требованиями, предъявляемыми к перевозкам опасных грузов и правилами технической эксплуатации.

7. Лицензирование

Некоторые виды деятельности в сфере энергетики подлежат обязательному лицензированию. В частности, требуется получение лицензии на: проектирование и эксплуатацию горных, нефтехимических, химических, нефтегазоперерабатывающих производств, эксплуатацию объектов хранения газа, нефти и нефтепродуктов; проектирование, изготовление, монтаж и ремонт химического, бурового, нефтегазопромыслового, геологоразведочного, горно-шахтного, металлургического, энергетического оборудования, взрывозащищенного электротехнического оборудования, подъемных сооружений, а также котлов, сосудов и трубопроводов, работающих под давлением; производство нефтепродуктов; выполнение работ, связанных с этапами жизненного цикла объектов использования атомной энергии; обращение с ядерными материалами, источниками ионизирующего излучения, радиоактивными веществами и отходами; транспортировку, включая транзитную, ядерных материалов, радиоактивных веществ, радиоизотопных источников излучения, радиоактивных отходов в пределах территории РК;

подготовку специалистов и персонала для деятельности, связанной с использованием атомной энергии; перевозку опасных грузов (дизельное топливо, растворители, горюче-смазочные материалы, нефтяной битум) всеми видами транспорта.

Порядок получения лицензий на осуществление указанных видов деятельности регулируется Законом «О лицензировании»¹⁵, а также подзаконными нормативными правовыми актами, устанавливающими требования в отношении порядка получения лицензий на определенные виды деятельности, определяющих лицензирующий орган для соответствующего вида деятельности.

Для получения лицензии лицензиат должен отвечать установленным законодательством квалификационным требованиям к лицензируемым видам деятельности в сфере промышленности, в частности иметь необходимую производственно-техническую базу; квалифицированный состав технических руководителей; лицензии на специальные виды работ и т.п. Для получения лицензии в уполномоченный орган представляются установленные законодательством документы, подтверждающие факт соответствия лицензиата таким требованиям.

8. Государственный контроль в области производства, оборота и транспортировки энергоресурсов

МЭМР осуществляет государственное регулирование, контроль и надзор по вопросам планирования, проектирования, строительства объектов нефтегазовой инфраструктуры, связанных с транспортировкой по магистральным трубопроводам, последующим хранением и перевалкой нефти и газа на другие виды транспорта, а также по вопросам использования существующих объектов нефтегазотранспортной инфраструктуры; обеспечивает мониторинг добычи, транспортировки и переработки углеводородов, реализации нефтепродуктов; определяет объемы поставки сырой нефти на внутренний рынок РК для переработки и т.д. Кроме того, МЭМР осуществляет контроль за технической эксплуатацией, безопасностью и использованием магистральных трубопроводов.

Контроль за обеспечением безопасной эксплуатации и деятельностью на всех видах транспорта, кроме воздушного, а также осуществление регулирования деятельности в сфере транспортных услуг осуществляется Комитетом транспортного контроля Министерства транспорта и коммуникаций РК.

Транспортировка нефти магистральными трубопроводами и железной дорогой относится к сфере естественных монополий и в значительной мере контролируется антимонопольными органами.

Налоговый комитет Министерства финансов РК осуществляет контроль за оборотом нефтепродуктов посредством сопроводительных накладных и деклараций по их производству и обороту.

Кроме того, существует ряд государственных органов, осуществляющих регулятивные и контрольные функции при производстве и обороте нефтепродуктов (например, органы охраны окружающей среды, органы

государственного регулирования торговой и индустриальной политики, органы сертификации, таможенные и т.д.).

Деятельность компаний, связанная с обращением ядерных материалов и источников ионизирующего излучения; производством, использованием, переработкой, транспортировкой и размещением ядерных материалов, радиоактивных веществ и отходов; перемещением через таможенную границу при экспорте и импорте ядерных материалов и источников ионизирующего излучения; осуществлением научных исследований с использованием ядерных материалов и источников ионизирующего излучения, подлежит государственному учету и контролю Комитетом по атомной энергетике МЭМР. Учет ядерных материалов и источников ионизирующего излучения ведется со стадии их начального производства и до окончательного захоронения.

В Казахстане существует также государственный экспортный контроль в отношении ряда продуктов в сфере энергетики, в частности в отношении урана.

9. Экологическое законодательство

В январе 2007 года в Казахстане принят Экологический кодекс¹⁶, который является базовым законом в сфере экологии. Действует также множество подзаконных нормативных актов, регулирующих вопросы экологии в сфере энергоресурсов.

К энергетической сфере применяются не только общие, но и специальные нормативно-правовые акты, включающие положения об охране окружающей среды. Закон «О недрах» содержит специальную главу, регулирующую охрану недр и окружающей природной среды; так называемые «экологические нормы» имеются в различных других статьях этого Закона и Закона «О нефти».

В Законе «О недрах» содержится ряд общих экологических требований, при соблюдении которых должно осуществляться недропользование, например: предотвращение выбросов загрязняющих веществ в атмосферный воздух; ликвидация последствий нанесенного ущерба окружающей среде по проекту ликвидации (консервации) месторождения, утвержденному в порядке, установленном законодательством; требование о возмещении причиненного вреда окружающей среде в размере реального ущерба и некоторые другие.

В декабре 2004 года в Казахстане был установлен полный запрет на сжигание попутного газа в факелах с 1 января 2005 года. Данное изменение вызвало негативную реакцию недропользователей, действующее оборудование и технологии которых не позволяли немедленно выполнить это императивное требование. Кроме того, многие недропользователи имели утвержденные в установленном порядке долгосрочные программы утилизации газа, предусматривающие возможность сжигания его определенных объемов.

Поскольку применение статьи, устанавливающей запрет на сжигание газа, привело к возникновению неразрешимого конфликта между государством и всеми недропользователями, в октябре 2005 года и в январе 2007 года в Закон «О нефти» были внесены изме-

нения, установившие определенные исключения из общего запрета.

В декабре 2005 года был принят Закон «Об обязательном экологическом страховании»¹⁷, согласно которому гражданско-правовая ответственность физических и юридических лиц, осуществляющих экологически опасные виды хозяйственной и иной деятельности, подлежит обязательному экологическому страхованию. Перечень видов экологически опасной деятельности содержится в специальном постановлении Правительства, из которого следует, что предприятия нефтегазовой отрасли могут являться субъектами, обязанными осуществлять экологическое страхование.

Специальные природоохранные нормы содержатся в «Национальном плане по предупреждению нефтяных разливов и реагированию на них в море и внутренних водоемах Республики Казахстан»; «Концепции развития газовой отрасли Республики Казахстан до 2015 года»; «Программе развития нефтехимической промышленности Республики Казахстан на 2004-2010 годы» и других актах.

В систему казахстанского экологического законодательства входят международные договоры, конвенции, двусторонние и многосторонние соглашения, участником которых является Казахстан. Применительно к вопросам международной охраны окружающей среды в области энергетики следует отметить Брюссельскую международную конвенцию о гражданской ответственности за ущерб за загрязнение нефтью 1969 года, к которой Казахстан присоединился в 1995 году; Базельскую конвенцию о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года, к которой Казахстан присоединился в 2003 году; Рамочную конвенцию по защите морской среды Каспийского моря 2003 года; Соглашение стран СНГ о сотрудничестве в области изучения, разведки и использования минерально-сырьевых ресурсов охраны окружающей среды и рационального природопользования 1997 года.

10. Налогообложение в энергетическом секторе

Все вопросы налогообложения предприятий, осуществляющих деятельность в сфере энергетики, в Казахстане регулируются Налоговым кодексом¹⁸. Налоговый кодекс с момента его принятия в 2001 году претерпел ряд значительных изменений, последние из которых вступили в силу с 1 января 2007 года.

Казахстаном были подписаны и ратифицированы конвенции об избежании двойного налогообложения с более чем тридцатью странами, в число которых входят Россия, ряд других стран СНГ, США, Великобритания и другие.

Как правило, положения этих конвенций не затрагивают напрямую налогообложение в энергетическом секторе, но поскольку они регулируют вопрос уплаты налогов на доход, их нормы могут иметь больше значение для лиц, осуществляющих деятельность в этом секторе и связанных с иностранными государствами, поскольку они превалируют над положениями Налогового кодекса и иного внутреннего законодательства.

Предприятия, осуществляющие деятельность в сфере энергетики, подлежат налогообложению по об-

щим правилам и уплачивают общие налоги и платежи, установленные Налоговым кодексом.

Исключение из этого правила составляют предприятия энергетической сферы, осуществляющие недропользование. Кроме общих налогов и платежей, установленных Налоговым кодексом, недропользователи уплачивают специальные налоги и платежи, к которым относятся: налог на сверхприбыль; бонусы (подписной и коммерческого обнаружения); роялти; доля Республики Казахстан по разделу продукции; дополнительный платеж недропользователя, осуществляющего деятельность по контракту о разделе продукции.

Налогообложение недропользования осуществляется по двум моделям. Первая модель предусматривает уплату недропользователем налогов и других обязательных платежей, установленных Налоговым кодексом (включая специальные налоги и платежи недропользователей), за исключением доли по разделу продукции. По первой модели налогового режима исчисление налоговых обязательств по налогам и другим обязательным платежам в бюджет производится в соответствии с налоговым законодательством, действующим на момент появления обязательств по их уплате. То есть первая модель не предполагает стабильности налогового режима.

Вторая модель предусматривает уплату (передачу) недропользователем доли по разделу продукции, а также уплату всех видов налогов и других обязательных платежей в бюджет, установленных Налоговым кодексом, за исключением: рентного налога на экспортируемую сырую нефть, газовый конденсат; роялти; акциза на сырую нефть, газовый конденсат; налога на сверхприбыль; земельного налога; налога на имущество.

Налоговый режим по второй модели определяется только в контракте о разделе продукции, заключаемом в порядке, установленном законодательством Казахстана. При этом такой налоговый режим должен соответствовать положениям налогового законодательства, регулирующим уплату налогов и других обязательных платежей в бюджет физическими и юридическими лицами, действующим на дату подписания (заключения) контракта. Исходя из вышесказанного, можно говорить об определенной стабильности налогового режима для СРП. Условия налогообложения, определенные в СРП, могут быть скорректированы в связи с изменением налогового законодательства по соглашению сторон.

II. Иностранные инвестиции

Основными источниками правового регулирования режима иностранных инвестиций являются национальное законодательство и международные договоры.

Как отмечалось, за последние годы общий инвестиционный режим в стране ужесточился. Закон об иностранных инвестициях, действовавший с 1994 по 2003 год¹⁹, предусматривал ряд специальных гарантий для иностранных инвесторов и предоставлял им определенные преимущества по сравнению с национальными инвесторами. Данный закон сыграл положи-

тельную роль в привлечении иностранных инвестиций и создании стабильного режима для них. Однако он был заменен в 2003 году новым Законом «Об инвестициях»²⁰, который исключил практически все льготы для иностранных инвесторов. Тем не менее, этот Закон и некоторые другие законодательные акты сохраняют определенные правовые гарантии для инвестиций, в том числе иностранных.

Среди наиболее важных международных договоров, ратифицированных Казахстаном в сфере инвестиций, можно отметить Вашингтонскую конвенцию 1965 года²¹, Нью-Йоркскую конвенцию 1958 года²², Договор к Энергетической хартии; двусторонние договоры по защите капиталовложений, заключенные Казахстаном практически со всеми экономически развитыми государствами²³, а также с некоторыми странами СНГ²⁴.

Поскольку согласно Конституции ратифицированные международные договоры имеют приоритет над национальным законодательством, они являются важным, а иногда и единственным источником прав иностранных инвесторов и средств их защиты.

Как правило, в международных договорах понятие инвестиций охватывает более широкий круг правоотношений, в связи с этим они обеспечивают гарантии и более широкому кругу инвесторов. Так, статья 1 (6) Договора к Энергетической хартии определяет в качестве инвестиций все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором, а также включают, наряду с другими правами, *«любое право, предоставленное в соответствии с законом Договаривающегося государства или по контракту или в силу любых лицензий и разрешений, выданных согласно закону, осуществлять любую Хозяйственную Деятельность в Энергетическом Секторе»*.

Аналогичный подход содержится в двусторонних соглашениях с участием Казахстана о поощрении и взаимной защите инвестиций²⁵. Так, положения международных договоров позволяют отнести инвестиции, осуществляемые на основании контрактов на недропользование, к иностранным инвестициям независимо от положений национального законодательства.

Таким образом, международные договоры могут быть более эффективным по сравнению с национальным законодательством правовым средством защиты прав инвесторов.

* Казахстанская юридическая фирма «Aequitas» создана в январе 1993 года, и с тех пор одним из важных направлений ее деятельности являются энергетические ресурсы, включая нефть, газ, уголь, уран и др. Фирмой накоплен огромный практический опыт работы в сфере анализа и применения энергетического законодательства, а ее клиентами являются крупнейшие мировые нефтегазовые и другие энергетические корпорации.

¹ Договор к Энергетической хартии (г. Лиссабон, 17 декабря 1994 года) (далее — Договор к Энергетической хартии или ДЭХ) ратифицирован Указом Президента РК от 18 октября 1995 года.

² Предметом регулирования энергетического законодательства в контексте ДЭХ являются прежде всего нефть и нефтепродукты; газ; ядерная энергетика, включая уран; уголь

каменный; электроэнергия; а также другие виды энергии. К другим видам энергии ДЭХ отнесены древесина топливная в виде отрезков стволов, поленьев, сучьев, вязанок хвороста или аналогичных, и уголь древесный (включая уголь, полученный из скорлупы или орехов), агломерированный или неагломерированный.

³ Закон РК «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 года (далее — Закон «О недрах»).

⁴ Закон РК «О нефти» от 28 июля 1995 года (далее — Закон «О нефти»).

⁵ Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам технического регулирования» от 29 декабря 2006 года; Закон РК от 9 января 2007 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по экологическим вопросам»; Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в РК» от 12 января 2007 года.

⁶ Закон РК «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» от 8 июля 2005 года (далее — Закон «О СРП»).

⁷ До августа 1999 года в Казахстане действовала лицензионно-контрактная система предоставления права недропользования. Основанием для заключения контракта являлась выдача соответствующей лицензии. После внесения выше-названных изменений в законодательство был осуществлен переход на контрактную систему. Однако лицензии, выданные до изменений законодательства, сохраняют свое действие и к ним применяется законодательство, действовавшее в момент их выдачи. Соответственно недропользователи, у которых право недропользования возникло на основании лицензии и контракта, продолжают осуществлять свою деятельность на условиях, определенных этими двумя документами.

⁸ Закон РК «Об использовании атомной энергии» от 14 апреля 1997 года.

⁹ Закон РК от 4 ноября 2003 года «О государственном мониторинге собственности в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение».

¹⁰ Закон РК «Об экспортном контроле» от 18 июня 1996 года.

¹¹ Заверения состоят в том, что полученные предметы экспорта, а также произведенные на их основе или в результате их использования ядерные или специальные неядерные материалы, продукция двойного назначения, установки и оборудование:

- 1) не будут использоваться для производства ядерного оружия и других ядерных взрывных устройств или для достижения какой-либо военной цели;
- 2) будут находиться под контролем (гарантиями) МАГАТЭ в течение всего срока их фактического использования в соот-

ветствии с соглашениями о гарантиях между страной — получателем и МАГАТЭ;

3) будут обеспечены мерами физической защиты на уровнях не ниже рекомендованных МАГАТЭ;

4) будут реэкспортироваться (экспортироваться) или передаваться из-под юрисдикции страны-получателя только на вышеуказанных условиях; в случае урана с обогащением выше 20% реэкспорт или передача собственно предметов экспорта будет производиться только при наличии письменного согласия Комитета по атомной энергетике.

¹² Закон РК «Об энергосбережении» от 25 декабря 1997 года.

¹³ Закон РК «Об электроэнергетике» от 9 июля 2004 года.

¹⁴ Закон РК «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов» от 7 апреля 2003 года (далее — Закон «Об обороте нефтепродуктов»).

¹⁵ В настоящее время действует Закон РК «О лицензировании» 1995 года, который неоднократно изменялся и дополнялся. 11 января 2007 года принят новый Закон РК «О лицензировании», который вступит в силу 8 августа 2007 года.

¹⁶ Экологический кодекс РК от 9 января 2007 года (далее — Экологический кодекс).

¹⁷ Закон РК «Об обязательном экологическом страховании» от 13 декабря 2005 года.

¹⁸ Кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» от 12 июня 2001 года (далее — Налоговый кодекс).

¹⁹ Закон РК «Об иностранных инвестициях» от 27 декабря 1994 года.

²⁰ Закон РК «Об инвестициях» от 8 января 2003 года.

²¹ Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами других государств» 1965 года.

²² Нью-Йоркская конвенция «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» 1958 года.

²³ См., например, Договор между Республикой Казахстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 мая 1992 года; Договор между Республикой Казахстан и Федеративной Республикой Германия о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 22 сентября 1992 года.

²⁴ См., например, Соглашение между Правительством Республики Казахстан и Правительством Российской Федерации о поощрении и взаимной защите инвестиций от 6 июля 1998 года.

²⁵ См., например, Договор между Республикой Казахстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 мая 1992 года (статья I); Договор между Республикой Казахстан и Федеративной Республикой Германия о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 22 сентября 1992 года (статья I).

Энергия как специфический объект гражданских прав

Жусупов А.А.,
соискатель НИИ частного права КазГЮУ,
магистр юриспруденции

Энергия для современного человека является одним из важнейших условий его жизни: в зимнее время для обогрева квартиры мы потребляем тепловую энергию, зажигая свет — электрическую, зажигая газ — энергию газа.

В соответствии с п. 1 ст. 115 Гражданского кодекса РК объектами гражданских прав могут быть имущественные и личные неимущественные блага и права. Энергия, являясь свойством материи, относится к числу имущественных благ.

Б.В. Покровский пишет: «Под имущественными благами понимаются те материальные предметы и иные ценности (в частности, энергия, работы и услуги), которые могут удовлетворять материальные и иные потребности субъектов гражданского права ... и включены в сферу отношений, регулируемых гражданским правом»¹.

Согласно п. 2 ст. 115 ГК РК к имущественным благам и правам (имуществу) относятся: вещи, деньги, в т.ч. иностранная валюта, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество.

Изложенное показывает, что законодатель, перечисляя «иные ценности, удовлетворяющие потребности субъектов», не указывает энергию в качестве объекта гражданского права. Энергия, возможно, относится к разряду «другого имущества», предусмотренного п. 2 ст. 115 ГК.

По мнению С.К. Идрышевой, «термином «энергия» обобщенно именуют два вида товара: собственно энергию — электрическую и тепловую, а также энергоресурсы (энергонасители) — воду, газ, пар, нефть и нефтепродукты». На этом основании автором предлагается включить энергию и энергоресурсы в перечень объектов гражданских прав в качестве разновидности вещей, перечисленных в ст. 115 ГК РК, а также ввести в ГК РК дополнительную статью «Энергия и энергоресурсы»².

Являются ли энергоресурсы энергией, как об этом пишет С.К. Идрышева?

С.И. Ожегов определяет понятие «энергия» как одно из основных свойств материи — *меру* (выделено нами. — А.Ж.) ее движения, а также *способность* (выделено нами. — А.Ж.) производить работу³. В других источниках под понятием «энергия» понимается (от греч. *energeia* — действие, деятельность) общая количественная мера различных форм движения материи⁴.

Термин «ресурсы», согласно С.И. Ожегову, — это запасы, источники чего-нибудь⁵.

В теории физики постоянного и переменного тока постоянный ток представляет собой «направленное и происходящее с постоянной скоростью движение (выделено нами. — А.Ж.) заряженных частиц в проводнике. Хотя поле в случае постоянного тока стационарно, тем не менее токовое состояние не совместимо с условиями электростатики, и поэтому протекание постоянного тока возможно лишь при наличии сторонних сил, действующих на заряженные частицы и имеющих *неэлектростатическое* (выделено нами. — А.Ж.) происхождение»⁶.

В противоположность постоянному току, — пишет Г.К. Гессе, — который независимо от времени всегда будет иметь одну и ту же величину, переменным током можно назвать такой электрический ток, который с течением времени каким-нибудь образом изменится⁷.

А.А. Воронов отмечает: «Хотя под именем переменного тока можно было бы подразумевать всякий вообще ток, изменяющийся по величине и направлению, но в технике это название уже установилось за такими токами, которые *изменяются по величине и направлению* (выделено нами. — А.Ж.) периодически, т.е. *определенное число раз в секунду* (выделено нами. — А.Ж.) и по одному и тому же закону»⁸.

Таким образом, понятие «энергоресурсы» полностью идентифицируется с понятием «энергонасители», но не с понятием «энергия», поскольку источники энергии мы рассматриваем в статическом состоянии (запасы энергии), а энергию в динамике (как меру движения материи, изменяющуюся по величине и направлению определенное число раз в секунду).

Мы определили, что энергия есть свойство материи. К какому разряду материальных благ ее отнести?

Б.В. Покровский различные виды энергии (например, тепловую, электрическую) включает в число *вещей* (выделено нами. — А.Ж.)⁹.

С.К. Идрышева предлагает включить энергию и энергоресурсы в перечень объектов гражданских прав *в качестве разновидности вещей* (выделено нами. — А.Ж.), перечисленных в ст. 115 ГК РК¹⁰, обосновывая это тем, что «исходя из структуры «имущества» их нельзя отнести ни к работам, ни к услугам, ни к объектам интеллектуальной собственности и т.д., а только к вещам. На этом основании автор предлагает внести энергию и энергоресурсы в перечень вещей, изложенных в ст. 115 ГК РК...»¹¹.

Если встать на позицию Б.В. Покровского и С.К. Идрышевой и допустить, что энергия — это вещь, то возникает вопрос: можно ли осуществлять в отношении энергии как вещи правомочия владения, пользования и/или распоряжения и примерить к ней 9 признаков вещных прав, предложенных М.К. Сулейменовым¹², т.е. соответствует ли энергия, если считать ее вещью, признакам вещных прав?

1. Вещное право — имущественное право. Правомочия владения, пользования и распоряжения являются имущественными правами.

В соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 188 ГК РК право владения представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом.

Потребляя вещь, пишет Б.В. Покровский, субъект оказывает на нее не только юридическое, но и фактическое воздействие¹³.

К.Д. Дукенбаев дает следующее определение понятию «потребление (электроэнергии)»: это «норма поставки электроэнергии в *текущий момент* (выделено нами. — А.Ж) или средняя норма за определенный период. Обычно выражается в киловаттах или киловатт-часах»¹⁴.

Следует согласиться с С.К. Идрышевой, что особенностью энергии является то, что процессы ее производства, передачи и потребления неразрывны, возможности хранения или складирования ограничены или невозможны¹⁵.

Г.А. Жайлин отмечает только специфику оборота энергии, но не ресурсов: «...энергия может храниться лишь ограниченное время. В связи с этим производство, перемещение и потребление энергии неразрывно связаны между собой, это накладывает отпечаток на распределение прав и обязанностей сторон по договору»¹⁶.

Как мы уже отмечали, энергия — это поток положительно и отрицательно заряженных элементарных (простейших) частиц.

Всякое число, у которого может быть положительный или отрицательный знак, должно иметь противоположные знаки для частиц и античастиц. Сами частицы и античастицы ведут себя подобно положительным или отрицательным числам в алгебре: прибавить античастицу — это то же самое, что отнять частицу. В алгебре сложение положительного и отрицательного чисел равной величины дает в результате нуль. Подобно этому частица с античастицей при столкновении уничтожаются или, как говорят ученые, аннигилируют¹⁷.

Хранение энергии даже ограниченное время невозможно, поскольку процессы производства, передачи и потребления энергии неразрывны, иначе говоря, если момент выработки энергии совпадает с моментом ее поставки и потребления, то места хранению между этими процессами нет.

Следовательно, энергией нельзя владеть, поскольку момент выработки энергии совпадает с моментом ее поставки и потребления. Без фактического же обладания энергией нет и правомочия владения.

Согласно ч. 3 п. 2 ст. 188 ГК право пользования представляет собой юридически обеспеченную возможность извлекать из имущества его полезные естественные свойства, а также получать от него выгоды.

Сложно представить осуществление правомочия пользования без возможности фактического обладания энергией, поскольку невозможно извлекать полезные естественные свойства без возможности фактического воздействия на вещь.

Таким образом, нам не представляется возможным осуществление правомочий владения и пользова-

ния энергией. Остается правомочие распоряжения энергией, и то лишь в случае, если потребитель заранее знает о возможности ее выработки (субъективный аспект) и если возможность ее выработки есть вообще (объективный аспект).

2. Вещные права возникают относительно индивидуально-определенной вещи, в отличие от обязательственных прав и прав интеллектуальной собственности, которые связаны с так называемым «бестелесным имуществом». Энергию достаточно сложно назвать индивидуально-определенным имуществом. Здесь, на наш взгляд, необходимо рассмотреть этот вопрос с позиции диалектики, которая заключается в том, что человек и мир находятся в постоянном движении и развитии. Гераклит сказал, что в одну и ту же реку нельзя войти дважды. Эта мысль обусловлена тем, что река находится в постоянном движении. То же можно сказать и относительно электроэнергии: «Вспомним учение о свете. Исаак Ньютон считал, что свет — это поток быстрых частиц, а его современник Гюйгенс утверждал, что это распространение волн»¹⁸.

В развитие этой мысли необходимо отметить следующее: положительные и отрицательные элементарные частицы вырабатывают электроэнергию единовременно, потом электроэнергия трансформируется в кинетическую и т.д.

С учетом сказанного можно прийти к выводу, что энергия находится в постоянном движении и не успевает стать вещью. Следовательно, если энергия не вещь, поскольку она не успевает стать вещью, то индивидуально определить ее невозможно. Так как энергия не вещь, то вопрос о телесности энергии автоматически отпадает. Иначе говоря, если энергия не вещь, то она бестелесна, т.е. не имеет формы, размера, сохраняющихся во времени. Вместе с тем, по нашему мнению, энергия не вещь, но материальное благо, существующее очень короткий период времени, поскольку может трансформироваться в иные формы энергии.

3. Вещное право — абсолютное право, т.е. обладателю вещного права противостоит обязанность всех и каждого не препятствовать осуществлению этих прав. Сложно представить процесс вмешательства в осуществление прав владения и пользования на материальное благо, которое существует доли секунды или вырабатывается в процессе сгорания.

4. Абсолютный характер защиты вещных прав здесь никак не применим, поскольку защита права на то, чего еще (вариант — уже) нет, невозможна.

5. Вещное право должно быть установлено законом. Нам неизвестен закон, где устанавливались бы вещные права на энергию.

6. Право следования заключается в том, что вещное право следует за вещью. Раз нет вещи (энергия не успела стать вещью), то и следовать не за чем.

7. Право преимуществ — при конкуренции вещного и обязательственного права в первую очередь должно осуществляться вещное право. Поскольку нет индивидуально-определенной вещи — нет и вещного права, а значит, нет и конкуренции вещного и обязательственного права.

8. Признак фактического господства над вещью, т.е. возможность непосредственного, без посредства третьих лиц, осуществления своего права. Какого права? Права владения и пользования энергией?

9. Обладатель вещных прав должен обладать полномочиями владения, пользования и распоряжения¹⁹. Так как в отношении энергии нет правомочий владения и пользования, то невозможно обладать тем, чего не имеешь.

И.У. Жанайдаров и С.Ю. Жанайдарова полагают, что электроэнергия относится к *вещам неосязаемым*. Более того, в противовес вышесказанному, авторы каким-то образом *применяют к ним общие положения о собственности и иных вещных правах*, что, по их мнению, «не должно противоречить особой природе упомянутых вещей»²⁰.

Некоторые авторы пытаются объяснить позицию ученых, которые относят энергию к вещам, следующим образом.

Б.М. Сейнаров отмечает: «Традиционная концепция «вещественной» собственности исходит из того, что в основе понятия имущественных отношений лежит право собственности на материальные объекты, вещи, а само понятие имущества приравнивается как адекватное понятию вещи».

Развитие производства и экономики привело к модернизации концепции имущества, к юридическому признанию новых видов имущества. К имуществу как к объекту собственности начали относить электроэнергию и газ, а затем и другие виды энергии и сырья, выходящего за границы традиционного понимания вещи; и там же отмечает другое направление «в расширении круга объектов вещных прав», которое заключается в разработке и использовании концепции «бестелесного имущества», куда относится электроэнергия, газ...»²¹.

На наш взгляд, энергетические материалы и такие продукты, как энергоресурсы (энергоносители), необходимо рассматривать как вещи, ибо это материальные блага, служащие источником получения и выработки энергии. Однако считаем невозможным согласиться с отнесением энергии к вещам, и, на наш взгляд, подход определения энергии как объекта гражданского права методом исключения (если энергия не работа, услуга или объект интеллектуальной собственности, значит — это вещь) неверен, поскольку энергию как объект гражданского права можно отнести и к категории «другого имущества», предложенного в п. 2 ст. 115 ГК РК.

В силу специфики энергии как объекта гражданского права, поскольку ее нельзя отнести к категории вещей (так как энергией нельзя владеть и пользоваться); работ во всех смыслах (понятие «работа», по Ожегову, имеет 7 значений: 1. процесс превращения одного вида энергии в другой (нахождение в действии); 2. занятие, труд, деятельность; 3. служба, занятие как источник заработка; 4. производственная деятельность по созданию, обработке чего-н.; 5. продукт труда, готовое изделие; 6. материал, подлежащий обработке, находящийся в процессе изготовления; 7. качество, способ исполнения)²²; результатов творческой интеллектуальной деятельности, поскольку это не ре-

зультат мыслительной деятельности и т. д., мы предлагаем на законодательном уровне обозначить ее в числе перечисленных объектов гражданского права в п. 2 ст. 115 ГК РК.

С.К. Идрышева присоединяется по этому вопросу «к мнению тех ученых, которые считают, что правомочие владения к энергии и некоторым энергоресурсам неприменимо. Попытка применить к исследуемым объектам выделенные учеными 9 признаков вещных прав оказывается несостоятельной»²³, что подтверждает правильность нашей позиции о невозможности отнесения энергии к вещам.

Подтверждение нашей позиции мы находим в теории физики. О.Ф. Кабардин пишет: «Из всей энергии, потребляемой человечеством в год, около 90% получается за счет сжигания угля, нефти и газа»²⁴. Так, например, «газообразные топлива особенно широко используются для удовлетворения технологических и энергетических нужд промышленности путем оптимального сжигания их в обжиговых, нагревательных, термических, сушильных печах, а также в энергетических упаковках»²⁵.

Следовательно, энергия как результат сжигания энергоносителей (вещей) не может быть *вещью*.

Соглашаясь с необходимостью включения энергии и энергоресурсов в п. 2 ст. 115 ГК РК, считаем невозможным рассматривать энергию как вещь, поскольку энергия (на примере электрической *цепи постоянного тока*)²⁶ — это общая количественная мера различных форм движения материи²⁷, т.е. упорядоченное движение свободных зарядов, где сила тока J измеряется отношением величины заряда dq ко времени dt , за которое этот заряд протекал через поперечное сечение проводника S ²⁸.

Из химии мы знаем, что элементарные (простейшие) частицы называются «внутриатомными, т.е. участвуют в построении атома, а следовательно, и всех тел. В большинстве своем они неустойчивы и за ничтожные доли секунды претерпевают самые неожиданные превращения»²⁹. Эта трансформация элементарных частиц обусловлена тем, что они распадаются на более мелкие, причем, как было отмечено, за ничтожные доли секунды. Так, например, «средняя продолжительность жизни свободного нейтрона равняется приблизительно четверти часа. Для мира элементарных частиц это время считается очень продолжительным, другие элементарные частицы распадаются в миллионы и миллиарды раз быстрее»³⁰.

Таким образом, энергия — это соединение положительных и отрицательных зарядов (элементарных частиц), протекающих очень быстро по времени непосредственно перед ее потреблением, которыми нельзя владеть, пользоваться, а можно потреблять и распоряжаться, заранее зная о возможности ее выработки (субъективный аспект), если таковая возможность существует вообще (объективный аспект).

С учетом сказанного, соглашаясь с предложением С.К. Идрышевой о включении энергии в качестве объекта гражданского права в п. 2 ст. 115 ГК РК, *полагаем правильным считать энергию самостоятельным объектом, который в силу своей специфики, безусловно, является материальным благом, но не вещью*.

Что же касается неосвязаемости электроэнергии, то, на наш взгляд, позиция И.У. Жанаидарова и С.Ю. Жанаидаровой вызывает сомнение. В теории физики о свойствах теплового излучения установлено, что «в нагретом теле в зависимости от его температуры часть тепловой энергии превращается в лучистую. В наибольшей мере тепловыми свойствами — поглощаться телами и переходить при этом в тепловую энергию — обладают световые и инфракрасные лучи с длиной волны от 0,4 до 40 мк.

При попадании тепловых лучей на какое-либо тело ... энергия их может частично поглощаться — Q_A , частично отражаться — Q_R и частично проходить сквозь тело — Q_D . Таким образом, полное количество лучистой энергии — $Q = Q_A + Q_R + Q_D$ »³¹.

Следовательно, мы осязаем тепло лучей, исходящих от теплопроводных турбин, батарей и т.д., которые могут частично поглощаться, частично отражаться и частично проходить сквозь тело.

Аналогично с электроэнергией: мы осязаем свет, исходящий из наших ламп, звуки нашего радио, изображения на кинескопе нашего телевизора — все это электроэнергия, и, несмотря на ее бестелесность, она вполне осязаема. Именно поэтому, полагаем, в природе пока еще нет неосязаемых материальных объектов.

Включая энергию в п. 2 ст. 115 ГК РК как самостоятельный имущественный объект гражданских прав, обнаруживаем вопрос о месте этого специфического материального блага среди иных, перечисленных в п. 2 ст. 115 ГК РК.

Структура п. 2 ст. 115 ГК РК условно классифицирует объекты гражданских прав на вещи и права.

1. Вещи как объекты гражданских прав: наличные деньги, работы и услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности (куда, в свою очередь, включаются фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий. Следует отметить, что список вещей, перечисленных в п. 2 ст. 115 ГК РК, не является исчерпывающим, поскольку в перечень объектов гражданских прав включен термин «и другое имущество».

2. Имущественные права (вещные — право недоропользования, и обязательственные — право требования энергоснабжающей организации оплатить стоимость потребленной электроэнергии) как объекты гражданских прав.

Энергия, являясь материальным благом, к правам не относится, но и к вещам отнести ее также нельзя, что еще раз указывает на специфику энергии как объекта гражданских прав.

С учетом сказанного предлагаем считать энергию материальным благом, но не вещью, включить в число имущественных благ после перечисления вещей и до перечисления имущественных прав.

Следовательно, если включить энергию в п. 2 ст. 115 ГК РК, то объекты гражданских прав будут классифицироваться на три группы:

- 1) вещи;
- 2) энергия и другие материальные блага, не являющиеся вещами;
- 3) имущественные права.

Основываясь на изложенном, мы предлагаем п. 2 ст. 115 ГК РК изложить в следующей редакции. **К имущественным благам и правам относятся: вещи, деньги, в т.ч. иностранная валюта, ценные бумаги, энергия, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, вещные и обязательственные права и иные материальные ценности, способные удовлетворять потребности субъектов гражданского права.**

С.К. Идрышева, отмечая особенности предмета договора энергоснабжения, отмечает, что он (предмет договора энергоснабжения) «должен передаваться (поставляться) через специальные сети — электропроводные, газопроводные, водопроводные, нефтепроводные и т.п.»³².

Г.А. Жайлин считает невозможным согласиться с некоторыми авторами³³, утверждающими, что «предметом договора энергоснабжения могут быть всякие предметы, передаваемые потребителям через присоединенную сеть. В частности, нефть, нефтепродукты, вода и другие продукты. Предметом договора по снабжению через присоединенную сеть (энергоснабжения) в силу естественных причин не могут быть природные ресурсы, такие, как уголь, газ, поставляемые в баллонах, или электроэнергия в аккумуляторах»³⁴.

Соглашаясь с Г.А. Жайлиным, предлагаем несколько иное обоснование невозможности отнесения природных ресурсов к энергоснабжению.

Если нефть, газ и уголь, являясь энергоносителями, не могут рассматриваться как энергия, то их поставка не может рассматриваться как энергоснабжение, поскольку эти природные ресурсы производят энергию лишь при их сжигании.

Таким образом, при исследовании предмета договора энергоснабжения необходимо четко разграничивать категории «энергия» и «ресурсы», поскольку если предметом договора признать ресурсы, то получится не договор энергоснабжения, а договор энергоресурсоснабжения.

Норма п. 1 ст. 482 ГК РК гласит, что по договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии.

С.К. Идрышева отмечает, что легальное определение договора энергоснабжения, «приведенное в п. 1 ст. 482 ГК РК, является общим для таких его разновидностей, как договор теплоснабжения, электроснабжения, водоснабжения (выделено нами. — А.Ж.) и газоснабжения на розничном рынке»³⁵.

Возникает вопрос: относится ли водоснабжение к разновидности энергоснабжения, т.е. является ли вода энергоносителем?

Даже если речь идет о горячей воде, можно говорить об источнике энергии тепла, но в таком случае

надо говорить не о водоснабжении, а о теплоснабжении, источником которого является горячая вода. Холодная вода, на наш взгляд, вообще в себе никакой энергии не несет.

В соответствии с п. 2 ст. 492 ГК РК к отношениям по снабжению через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродукцией, водой и другими товарами применяются правила настоящего параграфа, если иное не установлено законодательными актами, договором или не вытекает из существа обязательства.

Г.А. Жайлин отмечает, что договор энергоснабжения по аналогии «применим к отношениям по поставке энергоносителей, например природного газа, нефти, нефтепродуктов. Кроме этого, он может регулировать отношения по снабжению водой»³⁶.

Автор четко определяет, что договор поставки природного газа, нефти и нефтепродуктов рассматривается по аналогии с договором энергоснабжения, т.е. природный газ, нефть и нефтепродукты должны рассматриваться как предметы договора поставки, но не предметы договора энергоснабжения. Из изложенного также видно, что автор не относит водоснабжение к энергоснабжению.

Дело в том, отмечает В.В. Витрянский, что снабжение (передача, доставка) энергией (нефтью, газом, ресурсами, товарами) через присоединенную сеть является технической особенностью (одним из способов) исполнения обязательств, вытекающих из подобных договоров, и само по себе никак не может служить видообразующим признаком для выделения самостоятельного типа или даже отдельного вида гражданско-правового договора (например, вида договора купли-продажи). При разработке Гражданского кодекса в качестве такого критерия выделения договора энергоснабжения в отдельный вид купли-продажи рассматривался объект данного договора — **энергия**. Именно особенности объекта предопределяют необходимость специальных правил, регулирующих правоотношения, связанные со снабжением энергией через присоединенную сеть³⁷.

Если же речь идет о правоотношениях, объектом которых является не энергия, а ресурсы и другие товары, пишет автор, то передача их покупателю (потребителю) через присоединенную сеть является лишь одним из возможных способов исполнения обязательств. Ту же нефть или нефтепродукты можно доставить покупателю в цистернах, а газ — в баллонах. Подобные отношения будут регулироваться договором поставки или договором купли-продажи³⁸.

По этой причине, заключает автор, «договором энергоснабжения регулируются отношения, связанные со снабжением через присоединенную сеть лишь в тех случаях, когда через нее подается **энергия**, а не любые ресурсы или товары»³⁹.

Таким образом, применение законодателем правил параграфа, регулирующего положения договора энергоснабжения⁴⁰, еще не означает, что газ, нефть и нефтепродукция, вода и другие товары относятся к предметам энергоснабжения, а договоры на поставку этих товаров — разновидностью договоров энергоснабжения.

В заключение отметим верность позиции В.А. Лапача, который пишет: «Проблемы объектов граждан-

ских прав занимают одно из центральных мест в теории и практике гражданско-правового регулирования имущественных и неимущественных отношений современного... общества. Гражданское законодательство, так или иначе, имеет дело с материальными и нематериальными благами, их статикой и динамикой. Без этих благ данная отрасль законодательства теряет всякий конструктивный смысл. Являясь базисом, на котором произрастают фактические и регулирующие их правовые отношения, имущественные и неимущественные блага *имеют свои существенные особенности* (выделено нами. — А.Ж.), которые не может не учитывать законодатель»⁴¹.

Относительно правового регулирования энергетической сферы П. Лахно отметил: «Для энергетической сферы большое значение имеют также технические и технологические условия и закономерности, базирующиеся на выводах естественных наук, без знания которых разработка, принятие, реализация, а также интерпретация правовых норм являются неполными, а во многих случаях могут быть ошибочными»⁴².

¹ Гражданское право. Т. 1 (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. — Алматы: КазГЮА, 2000. С. 228.

² Идрышева С.К. Правовые проблемы энергоснабжения в Республике Казахстан: автореф. дис. канд. юрид. наук. — Алматы, 2001. С. 7.

³ Ожегов С.И. Словарь русского языка. / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — М.: Русский язык, 1989. С. 907; Советский энциклопедический словарь / Отв. ред. А.М. Прохоров. — М., 1983. С. 1545.

⁴ Советский энциклопедический словарь. / Отв. ред. А.М. Прохоров. — М., 1983. С. 1545.

⁵ Советский энциклопедический словарь. С. 696.

⁶ Ахизер А.И. Общая физика. Электрические и магнитные явления: Справ. пособ. — Киев: Навук. Думка, 1981. С. 109.

⁷ Гессе Г.К. Переменные токи. — Л., 1924. С. 5.

⁸ Переменные электрические токи в применении к распределению энергии / Сост. А.А. Воронов. — Петроград: Типография «Двигатель», 1915. С. 606.

⁹ Гражданское право. Т. 1: Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. — Алматы, 2000. С. 232.

¹⁰ Идрышева С.К. Правовые проблемы энергоснабжения в Республике Казахстан. С. 7.

¹¹ Там же. С. 9—10.

¹² Упомянутые 9 признаков вещных прав выделены в монографии «Вещные права в Республике Казахстан». — Алматы: Жеты жаргы, 1999. С. 16—25.

¹³ Гражданское право. Т. 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. С. 232.

¹⁴ Дукенбаев К.Д. Энергетика Казахстана. Движение к рынку. — Алматы: Гылым, 1998. С. 575.

¹⁵ Там же. С. 575.

¹⁶ Жайлин Г.А. Гражданское право Республики Казахстан. Особенная часть. Т. 1. — Алматы: Данекер, 2001. С. 71.

¹⁷ Физика и химия: Универс. энцикл. школьника / Сост. А.А. Воронников. — Мн.: Харвест, 1995. С. 200.

¹⁸ Физика и химия: Универс. энцикл. школьника. С. 197.

¹⁹ Вещные права в Республике Казахстан. — Алматы: Жеты жаргы, 1999. С. 16—20.

²⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан. Особенная часть. Изд. 2-е, испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. — Алматы: Жеты жаргы, 2003. С. 522.

- ²¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. № 6. 2000. С. 129.
- ²² Ожегов С.И. Словарь русского языка. С. 636.
- ²³ Идрышева С.К. Правовые проблемы энергоснабжения в Республике Казахстан. С. 10.
- ²⁴ Кабардин О.Ф. Физика: Справ. мат.: Учеб. пособ. для уч. 3-е изд. — М.: Просвещение, 1991. С. 101.
- ²⁵ Рахимов К., Муканов Д. Средства и системы автоматизации процесса сжигания газообразного топлива. — Алма-Ата: КазНИИНТИ, 1989. С. 1.
- ²⁶ Кабардин О.Ф. Указ. соч. С. 147.
- ²⁷ Советский энциклопедический словарь / Отв. ред. А.М. Прохоров. — М., 1983. С. 1545.
- ²⁸ Васильева Е.А., Жилина Л.С., Минц И.Я., Рвачев А.Л., Тищенко Е.И. Постоянный ток: Учеб. пособ. по лаб. практикуму. — Харьков, 1978. С. 3.
- ²⁹ Физика и химия: Универс. энцикл. школьника. С. 194.
- ³⁰ Там же. С. 196.
- ³¹ Швеи И.Т., Толубинский В.И., Кираковский Н.Ф., Недужий И.А., Шелудько И.М. Общая теплотехника. — Киев, 1963. С. 129—130.
- ³² Идрышева С.К. Договоры купли-продажи, мены, дарения и ренты в гражданском праве Республики Казахстан. — Астана: Данекер, 2002. С. 78-79.
- ³³ Имеется в виду: Идрышева С.К. Правовые вопросы договора энергоснабжения // Юрид. газета. 2000. 19 июля.
- ³⁴ Жайлин Г.А. Гражданское право Республики Казахстан. Особенная часть Т. 1. — Алматы: Данекер, 2000. С. 77.
- ³⁵ Идрышева С.К. Правовые проблемы энергоснабжения в Республике Казахстан. — Алматы, 2001. С. 14.
- ³⁶ Жайлин Г.А. Гражданское право Республики Казахстан. Особенная часть. Т. 1. С. 70.
- ³⁷ Витрянский В.В. Договор купли-продажи и его отдельные виды. — М.: Статут, 1999. С. 157—158.
- ³⁸ Там же. С. 158.
- ³⁹ Там же.
- ⁴⁰ Имеется в виду § 5 гл. 25 Гражданского кодекса Республики Казахстан.
- ⁴¹ Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 109.
- ⁴² Лахно П. Энергетическое право Российской Федерации // Нефть, газ и право. 2001. №1(37). С. 49.

Договор энергоснабжения

**Маметова Р.А., старший научный сотрудник
НИИ частного права КазГЮУ
кандидат юридических наук**

В рыночных условиях ярко проявились товарные свойства электрической энергии. Более того, прямое легальное определение, что электрическая мощность, электрическая и тепловая энергия являются товаром на рынке¹, дает безусловное основание признание ее предметом купли-продажи — товаром.

Впервые правила энергоснабжения были установлены на уровне закона в Основы гражданского законодательства 1991 г., тогда соответствующий договор имел название «договор о снабжении энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть» (ст. 84 Основ). В действующем ГК нормы, регулирующие договор энергоснабжения, помещены в § 5 гл. 25 («Купля-продажа»). В Законе РК «Об электроэнергетике» прямо отражено, что купля-продажа электрической энергии, оказание услуг по передаче электрической энергии, технической диспетчеризации, регулированию электрической мощности, балансированию производства-потребления электрической энергии, организации и функционированию централизованных торгов электрической энергией на оптовом рынке электрической энергии осуществляются на основании договоров, заключаемых в соответствии с ГК РК, настоящим Законом и иными нормативными правовыми актами РК². Таким образом, в соответствии с концепцией законодателя энергоснабжение является разновидностью договора купли-продажи.

Рассматривая энергию как объект гражданских прав, следует отметить, что однозначно отнесение энергии к вещным объектам, полагаем, спорно.

Относительно понятия энергии как объекта в теории известны две позиции: энергия — вещь³ и энергия — особый, отдельный от вещей вид имущественных благ⁴.

М.К. Сулейменов, сторонник мнения, что «энергия — это вещь»⁵, не разделяющий высказывания других авторов об энергии как бестелесном имуществе⁶ и рассмотрения ее в качестве отдельного от вещей имущественных благ, пишет, что «энергия — это материальное телесное имущество», которое является, на его взгляд, и объектом вещного права. Право собственности на энергию, считает автор, возникает при индивидуализации ее как вещи, определенной родовыми признаками, например, при выделении части энергетической мощности и гарантирования ее для заказчика, поскольку «электрические сети, энергетические мощности, электроэнергия, передаваемая по сетям, являются материальными объектами, вещами. Право владельца электросетей на электроэнергию яв-

ляется вещным правом — правом собственности. Обязанность владельца в течение определенного срока зарегистрировать часть энергетических мощностей для энергоснабжающей организации — вещное обременение, которое владелец возложит на себя посредством договора о предоставлении этих мощностей в пользование и которое переходит при передаче сетей другому владельцу»⁷.

Сторонники другой точки зрения утверждают: «Энергия в отличие от вещей представляет собой определенное свойство материи — способность производить полезную работу, обеспечивать выполнение различных технологических операций, создавать необходимые условия для предпринимательской и любой иной деятельности»⁸.

Мы полагаем, говорить об энергии однозначно как о вещи спорно в силу ее специфических особенностей, потому как под вещами в юридической литературе понимают предметы внешнего по отношению к человеку материального мира — как созданные человеком, так и образованные самой природой и обладающие естественными свойствами⁹. Вещное право действует в отношении индивидуально-определенной вещи. Поэтому обладателю вещного права обеспечиваются и специфические формы защиты, обусловленные возможностью непосредственно воздействовать на вещь (ст. 260, 261 ГК РК). А в отношении энергии вряд ли применить можно виндикацию или негаторный иск. Даже если субъекту принадлежат на вещном праве электросети, как энергоснабжающей организации, то содержащаяся в сетях энергия может явиться собственностью другого субъекта, например электропроизводящей организации.

Если отвлечься от исследуемой темы энергоснабжения, энергоснабжения как правового института гражданского права, и его объекта — энергии, то можно констатировать, что существует понятие энергии более широкое. Например, обыденным стало применение понятия «энергия» к характеристике состояния человека, например, говоря о человеке с мощным внутренним потенциалом, обычно говорят, как о субъекте с мощной энергетикой. Часто можно слышать выражение «иссякла энергия», «очищение энергии», «зарядиться энергией». Стало популярно лечение биоэнергией целителя. Ведь энергоноситель, биоэнергетик, тоже передает энергию другому субъекту, направляя ее с целью благоприятного воздействия на «принимающего» ее субъекта. Возможно, в будущем появится договор «передачи» энергии, биоэнергии и между субъектами — физическими лицами, именно содержащейся в физическом субъекте — энергоносителе.

Понятие энергии — одно из сложных в науке гражданского права, феномен природы. Уместнее указывать, что энергия является имуществом, в силу этого и причисляется к объектам гражданских прав согласно ст. 115 ГК РК. Но вещные права — это всегда имущественные права, основным из которых является право собственности. В качестве объектов вещных прав выступают вещи в социальном качестве имущества. Имущество — это общественная форма естественных объектов, особенности которой обусловлены естественными и общественными свойствами различных

видов таких объектов¹⁰. Гражданский кодекс к объектам гражданских прав причисляет вещи, имущественные и личные неимущественные блага и права (см. п. 1 ст. 115 ГК РК). Из положений п. 2 ст. 115 вытекает, что имущество — это есть имущественное благо и право. Последнее приемлемо к определению «энергия» как объекту гражданских прав. Поэтому вполне обоснованно констатировать, что энергия — это есть имущественное благо.

Таким образом, **энергия — это специфический объект гражданских прав, имущественное благо, признанное удовлетворять потребности субъектов гражданских прав в получении тепла и света в предусмотренных законодательными актами или договором способах.** Правовой формой, опосредствующей процессы потребления энергии, выступает договор энергоснабжения.

Энергоснабжение в Республике Казахстан осуществляется в условиях функционирования рынков электрической и тепловой энергии.

Рынок электрической энергии состоит из двух уровней: оптового и розничного рынков электрической энергии, рынок тепловой энергии состоит из одного уровня — розничного рынка¹¹. Соответственно существования данных рынков предопределяют и способы реализации энергии, из которых вытекают классификация договоров энергоснабжения на:

1) договор энергоснабжения на розничном рынке электрической и тепловой энергии;

2) договоры купли-продажи и передачи электрической мощности, электрической энергии на оптовом рынке.

Розничный рынок электрической энергии — система отношений, функционирующая на основе договоров (купли-продажи, передачи и потребления электрической энергии, а также предоставления связанных с этим услуг) между субъектами розничного рынка электрической энергии вне оптового рынка;

Оптовый рынок электрической энергии — система отношений, связанных с куплей-продажей электрической энергии, функционирующая на основе договоров между субъектами оптового рынка электрической энергии¹².

Купля-продажа электрической и тепловой энергии на розничном рынке осуществляется на основании договоров энергоснабжения, заключаемых потребителями с энергоснабжающими организациями.

Энергопроизводящие организации и энергоснабжающие организации — гарантирующие поставщики¹³ электрической энергии должны участвовать в централизованной торговле электрической энергией в порядке, установленном уполномоченным органом. **Уполномоченным органом является** Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК¹⁴, осуществляющее контроль и регулирование в области электроэнергетики. В его компетенции находятся полномочия по реализации государственной политики в области электроэнергетики и разработка программы развития электроэнергетики и осуществление контроля за их выполнением и т.д.

Для договора поставки особые свойства товара не относятся к квалифицирующим признакам, позволя-

ющим выделять этот договор в отдельный вид договора купли-продажи. В отношении же договора энергоснабжения именно уникальная специфика товара — энергии как свойства материи производить определенную работу является тем критерием, который служит основанием для выделения договора энергоснабжения в отдельный вид договора купли-продажи¹⁵.

Договор энергоснабжения является консенсуальным, возмездным и взаимным.

В силу прямого указания п. 2 ст. 482 ГК договор энергоснабжения — публичный договор.

Это означает, что в соответствии со ст. 387 ГК, договор энергоснабжения будет публичным, поскольку он заключается коммерческой организацией — энергоснабжающей (энергоснабжающей) организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже электроэнергии как товара, которую данная организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится. Энергоснабжающая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения договора энергоснабжения.

Цена поставляемой энергии устанавливается одинаковой для всех потребителей, за исключением случаев использования потребителями большего количества энергии, что предусмотрено в типовом договоре энергоснабжения при подключении дополнительных мощностей¹⁶.

Отказ энергоснабжающей организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю услуги по снабжению энергией не допускается.

При необоснованном уклонении энергоснабжающей организации от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные п. 4 ст. 399 ГК.

Правительством Республики Казахстан изданы правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров энергоснабжения (типовые договоры, положения и т.п.)¹⁷.

Сторонами договора энергоснабжения могут выступать граждане и юридические лица. Продавцом по договору обычно является энергоснабжающая организация, осуществляющая продажу потребителям произведенной и (или) купленной электрической и (или) тепловой энергии.

Энергопроизводящая организация — организация, осуществляющая производство электрической и (или) тепловой энергии, которая обычно занимается оптовой продажей произведенной ею энергии — тепловой или электрической. В соответствии с императивными нормами специального законодательного акта (см. п. 7 ст. 13 Закона «Об электроэнергетике») продажа произведенной, выработанной энергии энергопроизводящими организациями-гидроэлектростанциями возможна лишь в период природоохранных попусков воды электрическую энергию на централизованных торгах¹⁸.

Потребитель — физическое или юридическое лицо, использующее на основе договора электрическую мощность, электрическую и (или) тепловую энергию.

В целях развития конкуренции на отдельных товарных рынках (например, электроэнергетики) государство устанавливает специальные требования к субъектному составу договоров энергоснабжения. Так, продажа и покупка электрической энергии на республиканском оптовом рынке электрической энергии осуществляются на основании договоров с уполномоченными органами. Так, особенностью деятельности продавца по договору энергоснабжения по осуществлению производства, передачи, распределения и реализации электрической и (или) тепловой энергии и экспортно-импортных операций энергоснабжения (любых операций с электрической и тепловой энергией) является то, что она требует лицензирования.

В зависимости от предмета и состава участников договора энергоснабжения выделяются такие его разновидности, как: договор снабжения электрической энергией, договор о реверсивных перетоках электроэнергии, договор о взаимном резервировании энергоснабжения, договор снабжения газом, договоры снабжения тепловой энергией, водой, нефтью и нефтепродуктами и другие. Выделение особых видов энергоснабжения, обусловленных только личностью потребителей (производственных, сельскохозяйственных предприятий, государственных учреждений, других некоммерческих организаций и т.п.), нецелесообразно, поскольку эти особенности влияют в основном лишь на цену договора.

Форма и порядок заключения договора различаются в зависимости от личности абонента и целей использования товара. Так, договор на энергоснабжение юридических лиц или граждан-предпринимателей всегда заключается в письменной форме. Если же абонентом выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, договор считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента к присоединенной сети в установленном порядке (п.п. 1, 2 ст. 483 ГК). Это правило имеет двойное значение. Во-первых, договор энергоснабжения гражданина может заключаться путем подключения к сети (без облечения в письменную форму). Во-вторых, такой договор, совершенный в письменной форме, вступает в силу лишь с момента фактического подключения к сети.

Договоры, заключаемые энергоснабжающими и энергопередающими организациями на розничном рынке, обязаны содержать равные условия для всех участников розничного рынка электрической и тепловой энергии.

Сторонами договора энергоснабжения являются две энергоснабжающие¹⁹ организации (электростанции), которые обязуются восполнять друг у друга дефицит энергии или мощности в период пиковых нагрузок или спадов энергопотребления.

В результате происходит последовательный переток энергии во встречных направлениях — реверс. Его сторонами являются два промышленных абонента (потребителя энергии), взаимно гарантирующих бесперебойное снабжение друг друга энергией. Если один из абонентов не сможет получать энергию через свою присоединенную сеть, его будет снабжать другой абонент. Условия этого договора существенно разли-

чаются в зависимости от того, кто является потребителем: посредническая сбытовая организация или конечный потребитель

Предусмотренные § 5 главы 25 ГК правила энергоснабжения в основном рассчитаны на регулирование отношений, связанных с подачей электрической и тепловой энергии. Вместе с тем указанные правила подлежат применению и к отношениям, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, другими товарами. Иное может быть установлено законодательством, договором или вытекать из существа обязательства. Вместе с тем поставка таких товаров, как газ, нефтепродукты, вода, осуществляется через трубопроводы.

Объектом договора энергоснабжения, который является его единственным существенным условием, обычно выступают энергия (в различных формах) и энергоносители, т.е. вещества, выделяющие энергию в процессе их использования (пар, газ)²⁰. Таким образом, в рамках договора энергоснабжения производится поставка и иного имущества, отличного от электроэнергии, например газа, нефти, пара. Поскольку передача такого рода имущества покупателю, абоненту возможна только путем применения особых способов транспортировки, таких как трубопроводы, электрические сети. Система технических устройств, обеспечивающих получение и безопасное использование энергии потребителями, называется присоединенной сетью. Возможность передачи и потребления энергии только через присоединенную сеть является одной из главных особенностей договора энергоснабжения. Поэтому императивным условием возможности заключения договора энергоснабжения с абонентом является наличие у него необходимого оборудования, присоединенного к сетям кондоминиума (дома), а также приборов учета. Потребление энергии также требует специального оборудования: инженерных коммуникаций, контрольно-измерительных приборов, средств обеспечения безопасности.

Таким образом, именно способ поставки позволяет отличать энергоснабжение от сходных обязательств, например поставки, когда объектом его является одно и то же имущество, например газ, нефть или вода, так как данное имущество может быть поставлено и другими способами. Договор, по которому осуществляется продажа природного газа в баллонах или нефти в цистернах, будет оформляться как поставка или купля-продажа. Если же газ передается потребителю через присоединенную сеть — налицо договор энергоснабжения.

Соответственно абонент вправе требовать его заключения лишь при наличии у него необходимого энергопринимающего оборудования, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации (п. 1 ст. 483 ГК), а также абонент обязан организовать учет потребления энергии, установив расчетные приборы учета потребляемой энергии.

Расчетные приборы учета приобретаются и устанавливаются энергопередающей организацией²¹. Финансирование установки приборов учета производится за счет собственных или заемных средств энергопередающей организации. Потребитель возмещает

энергопередающей организации расходы за приобретенный и установленный прибор учета через тариф на энергию по договору на энергоснабжение. Потребитель вправе самостоятельно приобретать индивидуальные приборы учета. Для таких потребителей возмещение расходов энергопередающей организации через тариф производится только за установку приборов учета согласно договору.

Следует отдельно остановиться на обязанностях покупателя — потребителя — абонента

Обязанности абонента по договору энергоснабжения значительно отличаются от обязанностей покупателя при купле-продаже и отражены в законодательстве, исходя из природы предмета поставки, его опасности для жизни человека, что требует соблюдения самим покупателем-абонентом определенных правил, без соблюдения которых невозможно и пользование покупаемым товаром. Например, такие обязанности, как поддерживать надлежащее техническое состояние электро- и энергоустановок и приборов коммерческого учета, находящихся в собственности потребителей, выполнять требования к их техническому состоянию в соответствии с правилами пользования электрической и тепловой энергией; соблюдать режимы энергопотребления, определенные договором купли-продажи электрической и тепловой энергии; выполнять нормативные требования, направленные на поддержание стандартной частоты электрической энергии в единой электроэнергетической системе Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 19 Закона «Об электроэнергетике»). В договорах энергоснабжения бытовых потребителей, заключаемых, например, энергоснабжающей организацией АО «Астанаэнергосервис» с бытовым потребителем энергии (физическим лицом — собственником (нанимателем) жилого помещения), на абонента возложены дополнительные обязательства, такие как выполнение следующих мероприятий по подготовке к зиме жилого помещения: утепление дверных и оконных проемов, восстановление второго остекления, промывка нагревательных приборов, не выполнять реконструкцию системы отопления). Вместе с тем установленные законодательными актами обязанности при использовании энергии относятся не ко всем потребителям.

Так, если абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, обязанность обеспечивать надлежащее техническое состояние и безопасность энергетических сетей, а также приборов учета потребления энергии возлагается на энергоснабжающую организацию.

Абонент обязан немедленно сообщать энергоснабжающей организации обо всех авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях пользования энергией независимо от того, по чьей вине они произошли.

Закон не устанавливает специальных последствий нарушения этой обязанности. Следовательно, применяются общие меры гражданской ответственности в форме возмещения реального ущерба. В дополнение к общим правам покупателя, предусмотренным § 1 главы 25 ГК, по договору энергоснабжения абонент имеет

права: во-первых, принять нужное ему количество энергии в пределах, предусмотренных договором, что означает и возможность одностороннего отказа абонента от принятия энергии; во-вторых, с согласия энергоснабжающей организации передать принятую им энергию субабоненту. Цена договора в большинстве случаев определяется не самими сторонами, а утвержденными государством тарифами. При заключении договоров передачи электрической мощности и электрической энергии стороны в части установления тарифов на передачу электрической мощности и электрической энергии обязаны руководствоваться решениями регулирующего органа. Согласно Закону «Об электроэнергетике» цены и условия поставки электрической энергии, поставляемой энергоснабжающими организациями, устанавливаются в соответствии с договором купли-продажи по соглашению сторон с учетом тарифа энергопередающей организации.

Соблюдение абонентом режима потребления энергии, установленного законодательством и договором, необходимо для обеспечения интересов других абонентов. Так, перерасход энергии одними абонентами (особенно в период пиковых нагрузок энергосистемы) может сказаться на подаче ее другим в необходимом количестве. Кроме того, вследствие несоблюдения режима потребления может пострадать и качество энергии. Также потребитель несет ответственность за сохранность и целостность прибора учета, установленного в его квартире или индивидуальном доме. Абонент обязан немедленно сообщать энергоснабжающей организации обо всех авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях пользования энергией независимо от того, по чьей вине они произошли. Закон не устанавливает специальных последствий нарушения этой обязанности. Следовательно, применяются общие меры гражданской ответственности в форме возмещения реального ущерба.

Границы ответственности сторон за состояние и обслуживание систем энергопотребления устанавливаются по балансовой принадлежности энергосетей²².

В отличие от условий об ассортименте купли-продажи и периодичности поставок, режим (график) подачи энергии является существенным условием договора (если абонент — юридическое лицо или гражданин-предприниматель). Гражданин, использующий энергию для бытовых нужд, вправе потреблять ее в любом режиме. Нарушение согласованного режима подачи энергии влечет применение к энергоснабжающей организации мер гражданско-правовой ответственности.

Качество подаваемой энергии должно соответствовать требованиям государственных стандартов и другим обязательным правилам (см. ст. 485 ГК). Отдельные качественные показатели устанавливаются соглашением сторон договора (например, напряжение электроэнергии, температура горячей воды, давление газа). Способы определения качества энергии, учитывая их техническую сложность, обычно регулируются в императивном порядке специальными нормативными актами, реже — соглашением сторон. Действующим стандартом в области энергоснабжения является ГОСТ 13109-97²³.

Режим предоставления услуг и гарантийный уровень потребления с учетом мощности, состава и износа основных фондов коммунального назначения, климатических и других местных условий устанавливается договором.

Главной обязанностью продавца является подача абоненту энергии (энергоносителей): а) в определенном количестве (см. ст. 484 ГК РК); б) с соблюдением согласованного режима подачи; в) установленного качества. Количество отпущенной и потребленной энергии определяется по показаниям приборов учета, прошедших установленную действующим законодательством регистрацию и установленных в соответствии с требованиями нормативных актов. При их отсутствии количество отпущенной и потребленной энергии определяется по нормам, разработанным и утвержденным в соответствующем порядке для данной местности.

Количество подаваемой энергии, как следует из толкования п. 1 и 2 ст. 484 ГК, относится к существенным условиям договора лишь тогда, когда абонентом является юридическое лицо или гражданин, использующий энергию для предпринимательских целей. Одна из особенностей условия о количестве в договоре энергоснабжения состоит в том, что в соответствии с ним определяется предельное количество энергии, которое вправе получить абонент. Фактическое количество потребленной энергии, как правило, меньше установленного договором максимума и определяется в соответствии с данными учета (например, показаниями электросчетчика). В большинстве случаев договор энергоснабжения дает абоненту право изменить количество принимаемой энергии в одностороннем порядке (условие «около»), возместив при этом дополнительные расходы продавца. Гражданин, использующий энергию для бытовых нужд, вправе получать ее в любом необходимом ему количестве (п. 3 ст. 484 ГК). Количество отпущенной и потребленной энергии определяется по показаниям приборов учета, прошедших установленную действующим законодательством регистрацию и установленных в соответствии с требованиями нормативных актов. При их отсутствии — по нормам, разработанным и утвержденным в соответствующем порядке для данной местности.

Следовательно, в таком договоре энергоснабжения условие о количестве²⁴ не относится к существенным. Тем не менее, поскольку договор энергоснабжения является разновидностью договора купли-продажи, то при нарушении продавцом — поставщиком энергии условия о количестве подаваемого объема энергии (например, энергоснабжающей организацией подано через присоединенную сеть абоненту меньшее количество энергии, чем предусмотрено договором), применяются общие положения о последствиях нарушения условия договора о количестве товара (см. ст. 419 ГК).

Особенность энергии в физическом смысле — в тесной взаимосвязи ее количественных и качественных характеристик. Поэтому любое нарушение условия о количестве неизбежно влечет изменение качества (при прочих равных условиях). Таким образом, подача энергоснабжающей организацией меньшего, нежели согласованное сторонами, количества энергии

означает либо перерыв в подаче (т.е. нарушение режима), либо ухудшение качества энергии. Соответствующим образом определяются и последствия такого нарушения. Вместе с тем допускается отдельный режим подачи энергии, когда количество и качество энергии, передаваемой в разное время, определяются соглашением сторон. По общему правилу снабжение энергией должно производиться путем ее непрерывной подачи абоненту. Учитывая особенность предмета поставки такого блага, как энергия, ее востребованность, законодатель, способствуя обеспечению бесперебойной подачи энергии, определил, что договор энергоснабжения считается заключенным на неопределенный срок, за исключением договоров энергоснабжения юридических лиц. Этим же обосновывается отражение в законодательстве положения, что в случае истечения срока действия договора энергоснабжения, если ни одна из сторон до истечения этого срока не заявит о его прекращении или изменении либо о заключении нового договора, договор энергоснабжения считается продленным на тех же условиях и на тот же срок и то, что когда по предложению одной из сторон заключается новый договор с целью недопущения паузы поставки энергии, законодатель устанавливает, что условия старого договора сохраняют силу.

С бессрочностью поставки энергии связано понятие бесперебойности поставки энергии. Перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии допускаются по соглашению сторон, за исключением случаев, когда удостоверенное органом государственного энергетического надзора неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента угрожает аварией или создает угрозу жизни и безопасности граждан.

Возможные отклонения от режима предоставления услуг в обязательном порядке должны быть предусмотрены в договоре. Так, согласно Типовому договору энергоснабжения бытовых потребителей отражено, что качество подаваемого товара должно соответствовать санитарным нормам и СНиП²⁵. Продавец обязуется бесперебойно обеспечивать абонента товаром надлежащего качества и в необходимом ему количестве в соответствии с требованиями санитарных норм и Правил пользования тепловой и электрической энергией, Правил предоставления коммунальных услуг. Нарушение энергоснабжающей организацией условия о качестве дает абоненту право отказаться от оплаты такой энергии, а также взыскать убытки в форме реального ущерба. Факт получения некачественного товара оформляется актом в присутствии абонента, представителя продавца и представителя КСК или другой обслуживающей организации. Энергоснабжающая организация может подать меньшее количество энергии, не прерывая подачи, например, в следующих случаях: понизив давление газа в трубопроводе или его теплотворную способность (изменив химический состав); снизив мощность, которую может использовать потребитель электроэнергии (в результате чего падает напряжение); уменьшив температуру и (или) давление горячей воды в отопительных сетях. В этих случаях нарушение условия о количестве одновременно является и нарушением условия о качестве энергии, и наоборот.

Также снабжение энергией может прерываться (прекращаться) или ограничиваться энергоснабжающей организацией в одностороннем порядке для предотвращения или ликвидации аварий.

Для отдельных потребителей-абонентов исходя из значимости выполняемых ими функций законодатель предусматривает поставку энергии по специальной схеме. Так, согласно Закону «Об электроэнергетике» (ст. 21) при возникновении системной аварии энергоснабжение потребителей осуществляется по разрабатываемым энергопередающими организациями схемам, обеспечивающим поставку электрической мощности в размере аварийной брони для организаций хозяйственной инфраструктуры, в силу технологических причин нуждающихся в непрерывном энергоснабжении, остановка деятельности которых влечет за собой угрозу жизни людей, а также катастрофические экологические, социальные или экономические последствия²⁶.

Обязанности принятия энергии, как принятия товара покупателем по поставке, по договору энергоснабжения не существует. В дополнение к общим правам покупателя, предусмотренным § 1 главы 25 ГК, по договору энергоснабжения абонент имеет право: во-первых, принять нужное ему количество энергии в пределах, предусмотренных договором, что означает и возможность одностороннего отказа абонента от принятия энергии при условии полной оплаты использованной энергии; во-вторых, с согласия энергоснабжающей организации передать принятую им энергию субабоненту.

Также абонент имеет право выставить претензию продавцу и не оплачивать услуги за период времени (сверх установленного в договоре), в течение которого они не соответствовали установленным нормам и стандартам (требованиям нормативно-технической документации). Факт получения некачественного товара оформляется актом в присутствии абонента-потребителя, представителя продавца и представителя КСК или другой обслуживающей организации. Энергоснабжающая организация не несет ответственности за качество предоставляемых услуг при условии надлежащего выполнения мероприятий по подготовке к отопительному сезону КСК или другими обслуживающими организациями²⁷.

Потребители, ухудшающие качество электрической энергии, должны проводить контроль в точках собственных сетей, ближайших к точкам общего присоединения указанных сетей к электрической сети общего назначения, а также на выводах приемников электрической энергии, являющихся источниками кондуктивных электромагнитных помех.

Но если абонент все же использовал недоброкачественную энергию, энергоснабжающая организация вправе требовать возмещения абонентом стоимости того, что он неосновательно сберег вследствие использования этой энергии по правилам о неосновательном обогащении (п. 2 ст. 956 ГК).

Применительно к электроснабжению законодательство специально регулирует обязанность промышленного потребителя поддерживать качество электроэнергии на соответствующем уровне. Нарушение ус-

тановленного режима потребления дает энергоснабжающей организации право на взыскание с абонента реального ущерба, а в некоторых случаях — неустойки.

Абонент должен оплачивать принятую им энергию (ст. 488 ГК РК). Причем в отличие от обязанностей покупателей в других видах договоров купли-продажи оплата энергии производится за фактически принятое количество энергии в соответствии с данными учета. Порядок и сроки расчетов за энергию определяются законодательством или соглашением сторон.

Энергоснабжающая организация вправе в одностороннем порядке приостановить исполнение договора путем прекращения подачи товара, в случае неоплаты абонентом стоимости полученного товара, при этом письменно предупредив абонента не позже чем за один месяц.

Многие нарушения абонентами условий энергоснабжения немедленно негативно сказываются на тысячах других потребителей, поскольку энергия поступает к нарушителю по цепи — наряду с другими потребителями — пользователями энергии, поступающей по одной линии передачи. В этих условиях возложение на каждого из нарушителей договора всей полноты ответственности быстро привело бы к их банкротству и в масштабах страны сильно ударило бы по экономике. По этой причине законодатель ограничивает ответственность сторон договора за неисполнение или ненадлежащее исполнение его условий обязанностью возместить лишь реальный ущерб, причиненный нарушением, т.е. понесенные расходы, а также стоимость утраченного или поврежденного имущества. Наряду с взысканием убытков в виде реального ущерба ответственность за нарушение условий договора энергоснабжения может выражаться и в уплате неустойки (как правило, законной), основные случаи взыскания которой рассмотрены применительно к отдельным обязанностям сторон.

Основания применения мер гражданско-правовой ответственности различаются в зависимости от субъекта договора энергоснабжения. Так, граждане, использующие энергию для бытовых нужд, отвечают за нарушение условий договора лишь при наличии своей вины. Лица, нарушившие договор при осуществлении ими предпринимательской деятельности (индивидуальные и коллективные предприниматели), несут ответственность на началах риска. Так, согласно Нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 г. № 9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства, связанного с взысканием задолженности за тепловую и электрическую энергию» (см. п. 5), если одной стороной в договоре энергоснабжения выступает гражданин, осуществляющий в установленном порядке предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, к таким правоотношениям (п. 3 ст. 19 ГК), соответственно применяются правила, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из законодательства или существа правоотношений.

Если из существа правоотношений следует, что индивидуальный предприниматель использует потреб-

ляемую энергию не в целях предпринимательской деятельности, он должен нести ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по ее оплате как за использование энергии для бытового потребления.

Однако из этого правила сделано одно исключение для энергоснабжающих организаций. Если перерыв в подаче энергии абоненту произошел по основаниям, допускаемым законодательством, энергоснабжающая организация несет ответственность за причиненные убытки лишь при наличии своей вины. Такими основаниями являются, в частности, перерыв или прекращение подачи энергии, которые были необходимы для принятия неотложных мер по предотвращению или ликвидации аварий в системе энергоснабжающей организации. В остальных случаях энергоснабжающая организация отвечает за убытки, причиненные абоненту, независимо от вины. В случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору услугодатель и потребитель обязаны возместить причиненный этим реальный ущерб согласно п. 4 ст. 9 ГК РК²⁸.

При перерыве в подаче электроэнергии абоненту по вине энергоснабжающей и/или энергопередающей организации последние несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств.

Время перерыва определяется по документации потребителя и энергоснабжающей организации с момента прекращения подачи электроэнергии до восстановления подачи потребителю электроэнергии необходимого уровня напряжения и частоты.

При выполнении условий оплаты за потребляемую электрическую энергию потребитель, право которого нарушено неисполнением обязательств договора, может требовать от энергоснабжающей организации в судебном порядке полного возмещения причиненных ему убытков и упущенной выгоды.

Энергоснабжающая и/или энергопередающая организации не несут материальной ответственности перед потребителями за недоотпуск электроэнергии, вызванный, например, форс-мажорными обстоятельствами (стихийные явления, военные действия и т.п.) и др.

Органы Государственного энергетического надзора вправе обязать энергоснабжающую и/или энергопередающую организацию прекратить полностью или частично подачу потребителю электроэнергии в случаях снижения показателей качества электроэнергии по вине потребителя до значений, нарушающих нормальное функционирование электроустановок энергоснабжающей организации и других потребителей; неудовлетворительного состояния электроустановок потребителя, угрожающего аварией, пожаром и создающего угрозу жизни людей; отсутствия лица, ответственного за электрохозяйство, и квалифицированного персонала по обслуживанию электроустановок потребителя; невыполнения предписаний органов Государственного энергетического надзора или недопущения представителя Государственного энергетического надзора к электроустановкам потребителя.

- ¹ См.: ст. 14 Закона РК от 9 июля 2004 г. № 588-III «Об электроэнергетике» (с изм. и доп., по состоянию на 29.12.2006 г.).
- ² См.: ст. 17 Закона РК «Об электроэнергетике».
- ³ См., например, Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. 3-е изд. — М.: Проспект, 1998. С. 205; Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). Т. 1. / Отв. ред. М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин. — Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000. С. 232; Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву / Научн. ред. В.С. Ем. — М.: Статут, 2006. С. 128.
- ⁴ Корнеев С.М. Юридическая природа договора энергоснабжения. // Закон. 1995. № 7. С. 118; Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. — Алма-Ата, 1975. С. 53.
- ⁵ Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву. С. 127.
- ⁶ См.: Мурзин Д.В. Ценные бумаги — бестелесные вещи // Правовые проблемы теории ценных бумаг. — М.: Статут, 1998. С. 75—79.
- ⁷ Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву. С. 128—129.
- ⁸ Кроме того, как верно отмечает С.М. Корнеев, электрическая энергия, являющаяся объектом договора на снабжение электроэнергией, должна признаваться самостоятельной ценностью, экономическим благом. (Корнеев С.М. Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. 1995. № 7. С. 118). Б.М. Сейнаров также разделяет позицию, согласно которой электроэнергия признается ценностью, экономическим благом, которое может быть предметом договора с учетом особенностей, обусловленных физической сущностью электроэнергии. «Электроэнергия, — подчеркивает Б.М. Сейнаров, — не может быть предметом договора имущественного найма, договора хранения, так как по истечении установленного срока имущество, переданное в соответствии с указанными договорами, должно быть возвращено. Электроэнергия же потребляется и, следовательно, ее невозможно вернуть». (Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. — Алма-Ата, 1975. С. 53).
- ⁹ См., например: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. — М., 1994. С. 111; Гражданское право Республики Казахстан / Под ред. Г.И. Тулеугалиева и К.С. Мауленова. Т. 1. — Алматы, 1998. С. 169; Гражданское право: Учебник для вузов (академический курс). — Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000. С. 231.
- ¹⁰ См.: Покровский Б.В. Вещные права на природные ресурсы // Вещные права в Республике Казахстан / Под ред. М.К. Сулейменова. — Алматы: Жеты Жаргы, 1999. С. 202. Также: о понятии «имущество» см.: Покровский Б.В. Понятие «имущество» в науке права // Известия Академии наук Казахской ССР. Серия общественных наук. 1977. № 2. С. 79—87.
- ¹¹ См. Постановление Правительства РК от 18 февраля 2004 г. № 190 «О мерах по дальнейшему развитию рыночных отношений в электроэнергетике Республики Казахстан».
- ¹² См.: п. 30, 31 ст. 1 Закона РК «Об электроэнергетике».
- ¹³ Гарантирующий поставщик электрической энергии — энергоснабжающая организация, осуществляющая энергоснабжение потребителей в случаях прекращения энергоснабжения потребителей всеми другими энергоснабжающими организациями не по вине потребителя. См.: п. 6 ст. 1 Закона РК «Об электроэнергетике».
- ¹⁴ См.: Положение о Министерстве энергетики и минеральных ресурсов РК от 28 октября 2004 г. № 1105 (с изм. и доп. по состоянию на 29.12.2006 г.).
- ¹⁵ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. — М.: Статут, 2000. С. 143.
- ¹⁶ См.: Правила присоединения дополнительных мощностей и компенсирования затрат для реконструкции и расширения объектов электроэнергетических установок, утвержденные По-

становлением Правительства РК от 8 октября 2004 г. № 1044.

- ¹⁷ Так, Постановлением Правительства РК от 28 ноября 2003 г. № 1194 «Об утверждении типовых договоров на предоставляемые услуги (товары, работы), относящиеся к сфере естественной монополии» (с изм. и доп. по состоянию на 08.08.2006 г.) утверждены типовые договоры на оказание услуг по передаче электрической энергии по сетям межрегионального уровня, типовой договор на предоставление услуг по транспортировке природного газа, типовой договор на предоставление услуг по водоснабжению и/или отведению сточных вод, типовой договор на оказание услуг по передаче и/или распределению электрической энергии, типовой договор на оказание услуг по передаче и/или распределению тепловой энергии и др.
- ¹⁸ Попуски — периодическая или эпизодическая подача воды из водохранилища для регулирования расхода или уровня воды на нижележащем участке водотока или уровня воды в самом водохранилище (см. п. 43 ст. 1 Водного кодекса Республики Казахстан (с изм. и доп. по состоянию на 09.01.2007 г.)).
- ¹⁹ В соответствии с п. 1 Правил пользования электрической энергией от 7 декабря 2000 г. № 1822 энергоснабжающая организация — организация, осуществляющая продажу потребителям произведенной или купленной электрической мощности и электрической энергии.
- ²⁰ Гуйван П.Д., не разделяя такое положение законодательных актов, делает вывод о разной правовой природе поставки энергоносителей и энергоснабжения. Автор указывает, что при некоторой схожести механизмов правового регулирования необходимо учитывать отличие физических и экономических процессов, возникающих при этих видах деятельности. Так, по мнению данного автора, при поставке энергоносителей (нефти, газа) передается право на материальный объект, который может быть использован для получения энергии. При снабжении же электроэнергией предметом передачи права собственности выступает не энергоноситель, а сама энергия. Исходя из этого автор полагает, что нецелесообразно объединять в одном параграфе ГК методы правового регулирования снабжения энергетическими и иными ресурсами (Гуйван П.Д. Правовое регулирование снабжения электрической энергией: Автореф. дисс.... уч. ст. к.ю.н. — Харьков, 2000. С. 5—6.
- ²¹ Правила предоставления коммунальных услуг, утвержденные постановлением Правительства РК от 7 декабря 2000 г. № 1822 (с изм. на основании постановления Правительства РК от 11.06.03 г. № 568); см. также: Приказ Министерства труда и социальной защиты РК от 18 июля 2001 г. № 147-п и Агентства РК по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и поддержке малого бизнеса от 19 июля 2001 г. № 142-ОД «Об установлении приборов учета».
- ²² Понятие балансовой принадлежности имеет существенное значение для вменения ответственности между поставщиками энергии и потребителями. Граница балансовой принадлежности электрической сети — точка раздела электрической сети между энергопередающей организацией и абонентом, определяемая по балансовой принадлежности электрической сети или договором. Согласно Правилам пользования электрической энергией (см. п. 44, 45) учет электрической энергии для расчетов между энергоснабжающей, энергопередающей организациями и потребителем производится на границе балансовой принадлежности электрической сети. В случае отсутствия технической возможности допускается установка приборов коммерческого учета электрической энергии не на границе балансовой принадлежности электрической сети по взаимной договоренности сторон. Потери электроэнергии на участке сети от границы до места установки приборов коммерческого учета относятся на договорной основе владельцу, на балансе которого находится указанный участок сети, и определяются расчетным путем энергопередающей организацией.

- ²³ См.: ГОСТ 13109-97. Электрическая энергия. Совместимость технических средств электромагнитная. Нормы качества электрической энергии в системах электроснабжения общего назначения. Дата введения 01.01.1999 г. Разработан Техническим комитетом по стандартизации в области электромагнитной совместимости технических средств (ТК ЭМС) Госстандарта России. Внесен Государственным комитетом Российской Федерации по стандартизации, метрологии и сертификации. Принят Межгосударственным Советом по стандартизации, метрологии и сертификации. Взамен ГОСТ 13109-87. Нормы КЭ в электрических сетях, находящихся в собственности потребителей электрической энергии, регламентируемые отраслевыми стандартами и иными нормативными документами, не должны быть ниже норм КЭ, установленных настоящим стандартом, в точках общего присоединения. При отсутствии указанных отраслевых стандартов и иных нормативных документов нормы настоящего стандарта являются обязательными для электрических сетей потребителей электрической энергии.

Стандарт устанавливает показатели и нормы качества электрической энергии (КЭ) в электрических сетях систем электроснабжения общего назначения переменного трехфазного и однофазного тока частотой 50 Гц в точках, к которым присоединяются электрические сети, находящиеся в собственности различных потребителей электрической энергии, или приемники электрической энергии (точки общего присоединения).

Контроль за соблюдением энергоснабжающими организациями и потребителями электрической энергии требований стандарта осуществляют органы надзора и аккредитованные в установленном порядке испытательные лаборатории по качеству электрической энергии. Контроль качества электрической энергии в точках общего присоединения потребителей электрической энергии к системам электроснабжения общего назначения проводят энергоснабжающие организации.

- ²⁴ Единицами измерения количества энергии являются: киловатт-час или киловольт-ампер электроэнергии, гигакалория тепловой энергии, кубический метр газа иди воды и т.д.
- ²⁵ Применяемыми СНиПами в РК в области энергоснабжения (теплоснабжения, водоснабжения, газоснабжения) соответственно являются: СНиП 3.05.02-88 «Газоснабжение» (изд. 1995 г. с изм.); СНиП III-29-76 СН 493-77; СНиП 3.05.03-85 «Тепловые сети»; СНиП 3.05.06-85 «Электротехнические устройства»; СНиП 3.05.04-85 «Наружные сети и сооружения водоснабжения и канализации» (изд. 1995 г. с изм.).
- ²⁶ Порядок и условия энергоснабжения потребителей, имеющих аварийную бронь, утверждаются Правительством РК и регулируются специальными Правилами и условиями об энергоснабжении потребителей, имеющих аварийную бронь, утвержденными постановлением Правительства РК от 12 марта 1998 г. № 207 (в ред. постановления Правительства РК от 29 октября 2004 г. № 1131).
- ²⁷ Например, такое положение отражено в Договоре энергоснабжения бытовых потребителей. Опубликовано в газете «Вечерняя Астана» 9 ноября 2002 г. № 130.
- ²⁸ См.: п. 15 Правил предоставления коммунальных услуг, утвержденных постановлением Правительства РК от 7 декабря 2000 г. № 1822 «Об утверждении нормативных правовых актов в области электроэнергетики» (с изм. и доп. по состоянию на 10.11.2006 г.).

Нефтяные контракты

**Мороз С.П., доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданского права
Алматинской юридической академии КазГЮУ**

Нефтяные контракты представляют собой разновидность контрактов на недропользование и соответственно обладают как общими признаками, присущими всем контрактам на недропользование, так и отличительными особенностями, которые позволяют их выделить в отдельную группу договоров. Контракт на недропользование — это соглашение сторон об осуществлении определенного вида пользования недрами (разведки полезных ископаемых, добычи полезных ископаемых, совмещенной разведки и добычи полезных ископаемых и других). Данный контракт имеет ряд признаков, характерных только для него. Во-первых, одной из сторон контракта на недропользование всегда выступает государство в лице своих органов; во-вторых, заключению контракта обязательно предшествуют проведение конкурса инвестиционных программ на право недропользования или проведение 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. Конечно, для обычных гражданско-правовых договоров это не свойственно.

Первоначально в Законе о недрах 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 и лицензионную систему предоставления права пользования недрами. Поэтому согласно действующему законодательству право недропользования предоставляется двумя способами: путем проведения конкурса инвестиционных программ на получение права недропользования и заключения контракта и путем проведения прямых переговоров и заключения контракта. Право недропользования считается предоставленным и возникшим только с момента заключения контракта¹. Основанием для начала ведения переговоров по заключению контракта выступает решение компетентного органа на проведение прямых переговоров или протокол конкурсной комиссии о победителе конкурса.

Сторонами контракта выступают недропользователь и компетентный орган, в зависимости от этого можно выделить следующие виды контрактов: 1) контракт на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу полезных ископаемых (где компетентным органом является Министерство энергетики и минераль-

ных ресурсов РК); 2) контракт на строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, и государственного геологического изучения недр (компетентным органом является Комитет геологии и недропользования Министерства энергетики и минеральных ресурсов РК); 3) контракт на разведку и (или) добычу общераспространенных полезных ископаемых в коммерческих целях (компетентным органом выступают местные исполнительные органы).

Процедурные особенности контракта на недропользование заключаются в том, что согласованный сторонами проект контракта до его подписания подлежит обязательной экономической и налоговой экспертизе; наряду с этим проект контракта подлежит обязательному согласованию с различными министерствами и ведомствами; после проведения переговоров, проведения экспертиз и согласования проекта контракта контракт подлежит обязательной государственной регистрации в государственном органе, заключившем контракт. В соответствии с Законом о недрах и недропользовании компетентный орган вправе приостановить операции по недропользованию на срок до шести месяцев в случаях: 1) нарушения недропользователем условий контракта; 2) систематического нарушения недропользователем требований законодательства РК в части казахстанского содержания, охраны недр и окружающей среды, безопасного ведения работ².

Из вышесказанного 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 частно-правовыми началами. Поэтому пока еще нет достаточных оснований для того, чтобы согласиться с утверждением А.С. Ударцева о том, что принятие модели контрактной системы означает исключительно гражданско-правовое регулирование права пользования недрами³. По мнению Е.В. Новиковой в сфере природопользования отсутствует необходимая публичная прозрачность принимаемых решений; допускается неоправданное дублирование административных процедур; реальный механизм обеспечения стабильности отношений природопользования отсутствует, что нельзя признать удовлетворительным для нормальной инвестиционной деятельности⁴. Но мы полагаем, что в процессе дальнейшего развития инвестиционных правоотношений в сфере недропользования в основу взаимодействия между государством и недропользователями будут положены частноправовые начала. При этом уже сейчас должно быть однозначно и понятно, что в договорных отношениях между государством и недропользователем государство становится участником частноправовых отношений, т.е. выступает наравне с недропользователем, следовательно, не может быть никаких сомнений в гражданско-правовой, а не административно-правовой природе договоров (контрактов) в сфере недропользования.

Однако в юридической литературе эта проблема не получила своего разрешения: высказываются пред-

положения о появлении неких «разноотраслевых» договоров, которые наряду с гражданско-правовыми договорами используются за пределами гражданского права. Это утверждение М.И. Брагинского и В.В. Витрянского основано на принципе субсидиарного применения гражданско-правовых норм к семейным, трудовым отношениям и отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды (речь идет о ст. 1 ГК РФ и соответственно о ст. 1 ГК РК). Данный принцип означает, что ко всем договорам, в соответствии с которыми осуществляется использование природных ресурсов, должны применяться общие нормы гражданского законодательства, если иное не предусмотрено в специальном законодательстве. При этом, по мнению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, такие нормы пользуются несомненным приоритетом, что объясняется не иноотраслевым характером указанных норм, а тем, что они являются хотя и гражданско-правовыми, но специальными⁵.

В целом можно согласиться с таким суждением, потому что действительно договоры в сфере природопользования обладают определенной спецификой по сравнению с обычными гражданско-правовыми договорами, одновременно сохраняя черты, присущие всем договорам. Однако сам термин «разноотраслевые договоры» представляется нам не совсем удачным: если договоры в сфере природопользования являются гражданско-правовыми, то почему они называются — «разноотраслевыми»? Такая формулировка ставит под сомнение вопрос о гражданско-правовой природе договоров в сфере природопользования, свидетельствует о том, что эти договоры обладают иной отраслевой сущностью (или, другими словами, «разноотраслевой» сущностью, как полагают авторы).

Думается, что некоторые трудности в определении сущности договора в сфере недропользования объясняются сохранением лицензионно-контрактной системы предоставления права недропользования в российском законодательстве о недрах. Так, А.И. Перчик отмечает, что регулирование отношений недропользования между государством — собственником недр и недропользователем в рамках российской правовой системы возможно на основе либо административного, либо гражданского законодательства: режим, установленный Законом РФ «О недрах», базируется на нормах административного права и лишь в ряде случаев предусматривает действие норм Гражданского кодекса РФ; в свою очередь, режим, установленный Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции», базируется на нормах гражданского права и лишь в отдельных случаях предусматривает действие норм административного права⁶. Положительно оценивая изменения, произошедшие после отхода от лицензионно-контрактной системы предоставления права недропользования в нашей стране, мы согласны с высказанным в этой связи предложением О.М. Теплового о ликвидации государственной системы лицензирования пользования недрами в России и замене ее исключительно договорными отношениями с недропользователями⁷.

Говоря об особенностях инвестиционных контрактов в сфере недропользования, К.С. Мауленов отмеча-

ет, что специфический характер этих контрактов, по мнению зарубежных исследователей, более схож с характером публичных правовых контрактов, чем частных правовых контрактов⁸. Полагаем, что в данном случае зарубежные ученые недопонимают и недооценивают смысл формулировки «публичный контракт», раз это контракт, то уже частноправовые начала в нем преобладают независимо от того, кто выступает сторонами контракта. Поэтому поддерживаем позицию А.И. Худякова, в соответствии с которой контракт на недропользование является типичным гражданско-правовым соглашением⁹, и разделяем мнение отечественных ученых, в частности Ю.Г. Басина, о том, что гражданско-правовым соглашением выступает и соглашение о разделе продукции, которое несет в себе черты договора подряда¹⁰, а также Е.Б. Жусупова, который считает, что контракт на недропользование является гражданско-правовым договором, опосредствующим товарно-денежные отношения¹¹. В общем, несомненно, одно — договоры в сфере природопользования, в целом и в сфере недропользования в частности являются гражданско-правовыми договорами и могут быть выделены в отдельную группу договоров. В этой связи А.И. Перчик говорит о необходимости кардинального решения проблемы дополнения ГК РФ новыми типами договоров — договоров на недропользование, концессионных договоров и договоров транспортировки нефти и газа¹².

Вопросы классификации контрактов в сфере недропользования также не получили надлежащего законодательного разрешения. Действующим законодательством предусматривается деление видов контрактов на недропользование в зависимости от вида недропользования (разведка, добыча, совмещенная разведка и добыча, строительство и эксплуатация подземных сооружений, не связанные с добычей (разведкой) полезных ископаемых) (ст. 42 Закона РК о недрах и недропользовании). Ранее перечень контрактов на недропользование был более конкретным и детальным, в него включались: контракт о концессии, контракт о разделе продукции, контракт на предоставление услуг (сервисный контракт), контракт о совместной деятельности. Нужно отметить, что, несмотря на отсутствие в законодательстве конкретных видов контрактов на недропользование, это не означает, что какие-либо из указанных выше видов контрактов не могут быть использованы. Данные виды контрактов широко применяются в договорной практике зарубежных государств и соответственно могут быть использованы и в Казахстане.

Отечественными учеными — Ю.Г. Басиным, М.К. Сулейменовым, Е.Б. Осиповым и О.И. Ченцовой была предложена единая классификация видов контрактов на недропользование, согласно которой можно выделить два основных типа контрактов на недропользование с подразделением их на виды: 1) контракты арендного типа (концессионные контракты; контракты на строительство и эксплуатацию различных подземных сооружений); 2) контракты подряда типа (контракт подряда на геологическое изучение недр; контракт (соглашение) о разделе продукции; сервисный контракт)¹³. Однако, как отмечает М.К. Сулейме-

нов, эта классификация применима лишь в том случае, если признавать гражданско-правовую природу договоров на недропользование¹⁴.

Данное замечание справедливо в том смысле, что не всегда гражданско-правовая природа контрактов на недропользование очевидна. Например, в РФ наряду с названными видами широко применяется лицензионное соглашение. Лицензионное соглашение в своем первоначальном виде представляло собой документ, являющийся неотъемлемой частью лицензии, и назывался «условия лицензии на пользование участком недр», сегодня с инвестором-недропользователем заключается лицензионное соглашение, облеченное в форму гражданско-правового договора. Так, по мнению А.И. Перчика, структура лицензионного соглашения выглядит следующим образом: 1) общие положения (статьи, определяющие цели и предмет соглашения, намерения сторон, в частности иностранной, сотрудничать с российскими объединениями и участвовать в социальном развитии региона, в котором находится месторождение); 2) регулирование производства (статьи, регламентирующие структуру управления проектом освоения месторождения, производственные требования и обязательства недропользования); 3) регулирование правовых отношений (право на территорию; распоряжение углеводородами; право собственности на имущество; переуступка прав; отказ от прав; процедура разрешения споров; форс-мажор и т.д.); 4) регулирование экономической деятельности (статьи, касающиеся перечня, порядка и ставок платежей и налогов, которые должен платить недропользователь); 5) процедурные вопросы (конфиденциальность; дата вступления договора в силу; извещения; подписи уполномоченных лиц, подписавших договор, и т.п.)¹⁵. Несмотря на применение понятия «соглашение (договор)», считаем, что в данном случае правильнее было бы использовать термин «лицензия на право недропользования» (хотя, конечно, содержание лицензии расширено за счет включения в него отдельных договорных норм). С учетом сказанного можно охарактеризовать лицензионное соглашение как властное решение компетентного (уполномоченного) государственного органа, которому придана форма гражданско-правового договора.

В целом можно выделить следующие основные виды договоров в сфере недропользования: концессионное соглашение (договор концессии), соглашение о разделе продукции, сервисный контракт (контракт на предоставление услуг). Благодаря сложившейся международной практике под общим названием «нефтяные контракты» довольно часто объединяют концессионные соглашения и соглашения о разделе продукции. Однако, на наш взгляд, ограничение понятия «нефтяные контракты» только двумя видами контрактов (пусть даже наиболее распространенными) вряд ли оправданно. Здесь решающим критерием будет служить предмет договора — если это проведение нефтяных операций, то несомненно, что данные контракты будут «нефтяными». Поэтому к «нефтяным контрактам» могут быть отнесены такие виды, как: 1) концессионное соглашение; 2) соглашение о разделе продукции; 3) соглашение типа «роялти — налог на прибыль»;

4) контракт на предоставление услуг (сервисный контракт); 5) контракт о совместной деятельности.

Концессионное соглашение является одной из первых договорных форм в сфере недропользования. По своей природе концессионное соглашение (договор концессии) представляет собой арендное соглашение. В соответствии с действующим законодательством по договору имущественного найма (аренды) наймодатель обязуется передать нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование (ст. 540 ГК РК). При этом в имущественный наем могут быть переданы предприятия и другие имущественные комплексы, земельные участки и другие вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования (так называемые непотребляемые вещи). Арендатор, приобретая право срочного владения и пользования предметом аренды, не обладает правом распоряжения и не становится собственником, хотя и ограничивает на время доступ к предмету аренды для всех остальных участников гражданского оборота.

Наряду с этим концессионное соглашение, будучи разновидностью арендного соглашения, обладает рядом присущих только ему особенностей: 1) одной из сторон договора концессии всегда выступает государство в лице своих органов; 2) передается в пользование концессионеру только объект государственной собственности (тогда как при аренде могут передаваться и объекты, находящиеся в частной собственности); 3) концессионер, как правило, не может стать собственником передаваемого в концессию имущества (тогда как при аренде возможен выкуп арендуемого имущества). Не случайно в гражданском законодательстве содержится норма, определяющая, что законодательными актами могут быть установлены особенности сдачи в имущественный наем жилых помещений, земельных участков, участков недр и других обособленных природных объектов, в том числе на основе концессионных соглашений, а также в иных случаях (п. 4 ст. 541 ГК РК).

В частности, с принятием Закона РК «О концессиях» от 7 июля 2006 г. наконец-то получили свое отражение основные вопросы государственного и договорного регулирования концессионных отношений. Так, согласно ст. 21 Закона о концессиях договор концессии должен содержать: 1) сведения об объекте концессии; 2) условия о правах концессионера на объект концессии и (или) о правах на осуществление определенного вида деятельности; 3) условия и объемы проведения необходимых улучшений объекта в целях предоставления концессионером необходимого количества и качества услуг; 4) порядок компенсации затрат концессионера; 5) условия и порядок предоставления возможности осуществлять определенный вид деятельности; 6) условие о размерах инвестиций в основные фонды, сроки и условия финансирования концессионного проекта согласно разработанному бизнес-плану (рабочей программе); 7) виды деятельности (работы, услуги, предоставляемые по условиям договора); 8) стандарты качества предоставляемых концессионером по договору концессии товаров (работ, услуг); 9) срок действия договора; 10) права и обязанности

сторон; 11) требования по охране окружающей среды и безопасности ведения работ; 12) порядок и условия передачи государству объекта концессии, а также земельных участков, переданных в связи с исполнением договора концессии; 13) ответственность сторон; 14) условия изменения и прекращения договора; 15) местонахождение и банковские реквизиты сторон; 16) порядок осуществления контроля концедентом за исполнением договоров концессии; 17) меру государственной поддержки при ее предоставлении; 18) иные условия, не противоречащие законодательству РК¹⁶. Следует отметить, что Закон о концессиях сохранил главную особенность концессии — передача по договору концессии объектов государственной собственности осуществляется во временное владение и пользование в целях улучшения и эффективной эксплуатации, следовательно, концессионер не становится собственником передаваемых в концессию объектов государственной собственности, которые после завершения периода эксплуатации передаются государству.

К числу нефтяных контрактов, получивших распространение в последнее время, относится **соглашение о разделе продукции**, или «продакшн шеринг», как его называют во всем мире. Г.Т. Утегенова отмечает, что данный договор был впервые заключен в 1966 г. в Индонезии; он представлял собой новый юридический инструмент в регулировании отношений собственности между принимающими странами и международными нефтяными компаниями, особенности которого заключаются в том, что нефтяная компания осуществляет нефтяные операции за свой счет и за свой риск: при обнаружении нефти часть добываемой продукции направляется на возмещение затрат нефтяной компании (кост ойл), а оставшаяся часть делится между сторонами в определенной пропорции (профит ойл)¹⁷. Отличительной особенностью соглашения о разделе продукции также выступает то обстоятельство, что в основном этот вид соглашения используется при добыче нефти, хотя, на наш взгляд, возможно, его применение и при разработке других полезных ископаемых. В целом благодаря сложившейся международной практике концессионные соглашения и соглашения о разделе продукции довольно часто объединяют под общим названием «нефтяные контракты».

Говоря об использовании такой договорной формы, как соглашения о разделе продукции при разработке нефтяных месторождений в Малайзии, Анголе, Перу, КНР, Нигерии, Д.А. Сураншиева подчеркивает, что страны — участницы СНГ, так как Россия, Казахстан, Азербайджан стали применять соглашения о разделе продукции в качестве контракта на недропользование с начала 1990-х годов (в Казахстане первые соглашения о разделе продукции были заключены в 1992 г.)¹⁸. В настоящее время, как в продолжение темы указывает А.У. Аккайсиева, механизм соглашения о разделе продукции успешно действует в 64 странах мира¹⁹.

В РК принят специальный законодательный акт, регулирующий вопросы заключения такого вида контракта на недропользование, как соглашение о разделе продукции, — Закон РК «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» от 8 июля 2005 г.²⁰ Но в отличие от

аналогичного закона в РФ (Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» от 30 декабря 1995 г.) сфера его регулирования ограничена проведением нефтяных операций на море. В частности, Закон РК о соглашениях о разделе продукции регулирует общественные отношения, связанные с предоставлением права на проведение нефтяных операций, заключением, исполнением, изменением и прекращением соглашений о разделе продукции в казахстанской части Каспийского и Аральского морей, и определяет основные правовые условия таких соглашений, а также последующего распределения продукции между Республикой Казахстан и подрядчиком (ст. 1 Закона). Сферу регулирования Федерального закона о соглашениях о разделе продукции составляют подрядные отношения, возникающие в процессе разработки месторождений полезных ископаемых, в которых государство выступает в роли заказчика, а недропользователь является подрядчиком. На наш взгляд, является неоправданным сужение сферы применения Закона РК о соглашениях о разделе продукции нефтяными операциями на море, необходимо законодательно закрепить возможность применения данной договорной формы не только при добыче нефти, но и при добыче других полезных ископаемых. Нужно заметить, что в России разрабатываются проекты использования режима соглашения о разделе продукции при освоении газовых месторождений, месторождений угля, драгоценных камней и металлов²¹. Представляется, что этот опыт может быть учтен и в РК при совершенствовании законодательства о соглашениях о разделе продукции. Полагаем, что вопросы специального законодательного регулирования в этой области в достаточной степени не решены, поэтому представляется более целесообразным принятие закона РК «О соглашениях о разделе продукции».

В качестве основных особенностей данного вида договора А.И. Перчик называет следующие: 1) добытая продукция остается в государственной собственности до точки раздела; 2) основанием предоставления права недропользования является гражданско-правовой договор; 3) применяется специальный налоговый режим в форме раздела продукции²². Говоря о выгодах государства применительно к соглашениям о разделе продукции, К.Б. Сафинов отмечает, что ряд стран последовательно требует, чтобы инвестор при разработке природных ресурсов, получая часть из них себе в собственность, использовал при разведке и добыче оборудование, товары и услуги, произведенные в стране, а не ввозимые извне²³. Совершенно очевидно, что сегодня в Казахстане этот зарубежный опыт широко внедряется. Вместе с тем необходимо последовательное изучение всех преимуществ такой договорной формы, как соглашение о разделе продукции, и реализация их на практике в полном объеме с учетом позитивного опыта других стран в этой области.

В соответствии с **соглашением типа «роялти — налог на прибыль»** недропользователь уплачивает государству наряду с платежом за право недропользования и налогом на прибыль и некоторые другие налоги. Как указывает А.И. Перчик, эти соглашения применялись 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 в Австралии концессионные соглашения²⁴. С точки зрения А.И. Перчика, соглашение типа «роялти — налог на прибыль» обладает следующими признаками: пользователь недр получает эксклюзивное право на поиск, разведку и разработку месторождения, которые он осуществляет за счет собственных средств, принимая на себя все риски; вся добытая продукция принадлежит пользователю недр, который имеет право распоряжаться ею самостоятельно; пользователь уплачивает государству — собственнику недр платежи за право поиска и разведки, за право добычи продукции; пользователь недр уплачивает налог на прибыль, а также другие оговоренные соглашением или законом общие налоги; сооружения и оборудование, используемые для нефтяных операций, являются собственностью пользователя недр²⁵. А.Т. Кенжебаева называет данный контракт — «договор налогов-роялти» или «договор концессии» и указывает, что существует два вида договоров концессии: 1) когда минеральное сырье, еще не извлеченное на поверхность, может находиться в частной собственности; 2) когда право собственности на минеральное сырье переходит к недропользователю в момент поднятия его на поверхность, то есть на устье скважины²⁶. Первый вид договоров концессии в Казахстане не применяется, поскольку законодательство РК не предусматривает права частной собственности на минеральные ресурсы, находящиеся в недрах; второй вид («договоры налогов-роялти») применяется на практике, и нашел свое отражение в законодательстве (договоры концессии)²⁷.

Несмотря на то что это принятая в международной практике классификация, считаем, что понятие договора концессии гораздо шире, и не следует его ограничивать понятием договора «налоги-роялти» или какой-либо иной его разновидностью (тем более что договоры концессии применяются не только в недропользовании). Полагаем, что контракт типа «роялти — налог на прибыль» представляет собой разновидность договора концессии, вследствие того, что он предусматривает обязательную передачу права собственности на все добытые полезные ископаемые недропользователю при условии выполнения обязательства недропользователем по своевременной и полной уплате налогов и других обязательных платежей в бюджет.

Контракт на предоставление услуг (сервисный контракт), как отмечает А.И. Перчик, наибольшее распространение получил в Бразилии²⁸. Г.Т. Утегенова указывает, что подобные соглашения были заключены в Иране, Ираке, Венесуэле, Нигерии и Вьетнаме²⁹. Специфика сервисного контракта заключается в том, что сервисная компания, беря на себя все риски, производит поиск и разведку полезных ископаемых; в случае обнаружения месторождения полезных ископаемых сервисная компания оустраивает его за свой счет и затем передает это месторождение государственной нефтяной компании, при этом расходы сервисной компании будут возмещаться за счет добытых

полезных ископаемых. С учетом того что государство может принять на себя обязательство по проведению разведки (всей или части), сервисные контракты могут быть подразделены на контакты без риска («страйт сервис») и с риском («риск сервис»).

В сфере нефтедобычи также используется и такая договорная форма, как **контракты о совместной деятельности**. В основе их дальнейшей дифференциации лежит тот же критерий, что и в основе деления видов совместной деятельности: с образованием юридического лица или без образования юридического лица (консорциум). С позиций Г.Т. Утегеновой 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 потерь³⁰. Следовательно, характерными признаками контрактов о совместной деятельности являются: обязательное участие государства как стороны в договоре и распределение расходов, рисков, а также доходов и прибыли между участниками.

Сравнительно-правовой анализ различных договорных форм, используемых при проведении нефтяных операций с позиции их приемлемости и выгодности для государства, предоставляющего недра во владение и пользование, позволяет прийти к выводу об особой значимости соглашения о разделе продукции. К числу преимуществ соглашения о разделе продукции следует отнести право государства на часть добытой продукции. Если по концессионному соглашению государство имеет право только на получение платежей, то по соглашению о разделе продукции государство становится собственником части продукции (нефти), что, несомненно, очень важно в современных условиях постоянно растущих цен на нефть. Полагаем, что здесь одновременно достигаются две цели 1) государством не привлекаются собственные ресурсы (и в первую очередь, финансовые) для получения этой продукции (нефти), 2) у государства есть готовая продукция, которую можно использовать в дальнейшем по своему усмотрению. На наш взгляд, широкое использование данной договорной формы в сфере нефтедобычи является очень перспективным и экономически выгодным.

¹ Постановление Правительства РК «Правила предоставления права недропользования» от 21.01.2000 г. № 108 // САПП РК. 2000. № 3. Ст. 39.

² Закон РК «О недрах и недропользовании» от 27.01.1996 г. № 2828 // Ведомости Верховного Совета РК. 1996 № 2. Ст. 182.

³ Ударцев А.С. Субъекты права недропользования: сравнительно-правовой терминологический аспект // Субъекты гражданского права: сб. материалов международной научно-практической конференции / Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: КазГЮА, 2001. Т. 2. С. 101.

⁴ Новикова Е.В. Об эколого-правовых рисках в деятельности недропользователей // Сб. материалов второго Атырауского правового семинара. — Атырау: ТОО СП «Тенгизшевройл», 2004. С. 57.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. — М.: Издательство «Статут», 1998. С. 17—24.

- ⁶ Перчик А.И. Горное право: учебник. — М.: Издательский Дом «ФИЛОЛОГИЯ ТРИ», 2002. С. 270.
- ⁷ Теплов О.М. Развитие федерального законодательства о недрах // Журнал российского права. 2003. № 3 (75). С. 36.
- ⁸ Международное частное право: учебное пособие / Под ред. М.А. Сарсембаева. — Алматы: Ғылым, 1998. С. 253—254.
- ⁹ Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан: Особенная часть: учебник. — Алматы: ТОО Издательство «НОРМА-К», 2002. С. 171.
- ¹⁰ Гражданское право. Учебник для вузов (академический курс) / Под ред. М.К. Сулейменова, Ю.Г. Басина. — Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2002. — Том II. С. 243.
- ¹¹ Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: КазГЮА, 2001. С. 202.
- ¹² Перчик А.И. Правовые проблемы развития трубопроводного транспорта в России // Нефть. Газ. Право. — М., 2005. № 5 (65). С. 13.
- ¹³ Сулейменов М.К. Проблемы применения законодательства в нефтегазовой отрасли Республики Казахстан // Сб. материалов второго Атырауского правового семинара. — Атырау: ТОО СП «Тенгизшевройл», 2004. С. 10—11.
- ¹⁴ Сулейменов М.К. Проблемы применения законодательства в нефтегазовой отрасли Республики Казахстан. С. 11.
- ¹⁵ Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 272—275.
- ¹⁶ Закон РК «О концессиях» от 07.07.2006 г. № 168-III // Казахстанская правда. 2006 19 июля. № 177 (25148).
- ¹⁷ Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: Жеті Жарғы, 1997. С. 171.
- ¹⁸ Сураншиева Д.А. Некоторые вопросы налогообложения недропользователей, работающих на основании СРП // Сб. материалов третьего Атырауского правового семинара. — Атырау: ТОО СП «Тенгизшевройл», 2005. С. 128.
- ¹⁹ Аккайсиева А.У. Анализ видов нефтяных контрактов: мировой опыт // Сб. материалов третьего Атырауского правового семинара. — Атырау: ТОО СП «Тенгизшевройл», 2005. С. 15.
- ²⁰ Закон РК «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» от 08.07.2005 г. № 68-III. // Казахстанская правда. 2005, 15 июля. № 188—189(24798—24799).
- ²¹ Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 278.
- ²² Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 280-281.
- ²³ Сафинов К.Б. Проблемы реализации соглашений о разделе продукции в Республике Казахстан. // Актуальные проблемы правового регулирования нефтегазовой отрасли Казахстана: сб. материалов конференции. — Астана: KPLA, 2003. С. 16.
- ²⁴ Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 277—278.
- ²⁵ Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 280.
- ²⁶ Кенжебаева А.Т. Право собственности на минеральное сырье // Актуальные проблемы практического применения законодательства Республики Казахстан. — Алматы: Salans, 2004. С. 144.
- ²⁷ Кенжебаева А.Т. Указ работа. С. 144.
- ²⁸ Перчик А.И. Горное право: учебник. С. 281.
- ²⁹ Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. С. 180.
- ³⁰ Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан. С. 183—184.

Законодательство Республики Казахстан о переработке нефти и реализации нефтепродуктов

*Мамырбаев Р.Н., прокурор Атырауской области,
соискатель НИИ частного права КазГЮУ*

В настоящее время в Казахстане сложилась некоторая система законодательства, регулирующего отношения, возникающие в нефтяном секторе экономики республики. Основой для становления и развития законодательства, регулирующего переработку и реализацию нефтепродуктов, стал Кодекс РК о недрах и переработке минерального сырья от 30.05.1992 г.¹, отмененный в 1996 г. Далее происходит важнейшее событие в истории нефтяного законодательства — появляется основной специальный акт в данной сфере — Указ Президента РК, имеющий силу закона, от 28.06.1995 г. «О нефти» (в настоящее время — Закон РК «О нефти»²). Наконец, 27.01.1996 г. принят Указ Президента РК, имеющий силу закона, «О недрах и недропользовании» (в настоящее время — Закон РК «О недрах и недропользовании»³).

Действующий Закон о нефти регулирует отношения, возникающие при проведении нефтяных операций на территории, находящейся под юрисдикцией РК, в том числе на море и во внутренних водоемах. Ошибочно полагать, что понятие «нефтяные операции» может толковаться широко и, исходя из этимологии слов, включать и операции по переработке нефти и реализации нефтепродуктов. Закон о нефти определяет нефтяные операции как все работы, относящиеся к разведке, добыче и связанные с ними единым технологическим циклом хранение нефти и ее перекачка трубопроводным транспортом (ст.1 Закона о нефти). Переработка нефти и ее сбыт, следовательно, остаются за пределами действия Закона о нефти. Регулирование этих отношений отдано другим нормативным правовым актам (в частности, Закону РК о государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов, ГК РК, Закону РК о лицензировании, Закону РК о техническом регулировании и т.п.).

К примеру, при определении понятия «нефть» (которое фигурирует в качестве предмета обязательственных отношений по переработке нефти). Так, понятие «нефти» в Законе о нефти понимается широко, т.е. это сырая нефть и природный газ, а также углеводороды, полученные после очистки сырой нефти, природного газа, и обработки горючих сланцев или смолистых песков.

Закон о нефти закрепил право устанавливать в законодательных актах об отдельных видах полезных ископаемых особенности, которые могут расходиться с положениями, установленными в Законе о недрах и недропользовании (п.1 ст.4 Закона о недрах и недропользовании). Следовательно, если в Законе о нефти будут установлены положения, отличающиеся от Закона о недрах и недропользовании, противоречия между двумя законодательными актами будут решаться в пользу Закона о нефти, поскольку именно он является специальным законодательным актом в данной области.

Таким образом, Закон о нефти, заложивший правовую концепцию недропользования в РК, регулирует проведение нефтяных операций, однако не регулирует отношений по переработке нефти и реализации нефтепродуктов.

В связи с отсутствием специального законодательства, регулирующего отношения в сфере переработки и реализации нефтепродуктов, на определенном этапе экономического развития государства сложилась такая ситуация, когда это приводило к незащищенности интересов сырьевых территорий действующим законодательством.

Правительство РК уже давно отмечало существующие проблемы в нефтеперерабатывающей отрасли, решение которых предусматривалось путем построения сбалансированной комплексной системы механизмов государственного регулирования. Среди существующих проблем в этой отрасли — высокая доля нелегального оборота, которая по бензину оценивалась в 50% (в развитых странах не превышает 10%), а также низкая конкурентоспособность отечественных НПЗ.

Рост мировых цен на сырую нефть привел к ситуациям, когда нефтедобывающие компании предпочли отгружать нефть на экспорт, создавая тем самым дефицит сырья на внутреннем рынке. Результатом является минимальная загруженность отечественных НПЗ из-за отсутствия сырья и сравнительно низкая доля казахстанской продукции (около 50%) на внутреннем рынке бензина.

С целью решения возникших проблем, связанных с поступлением налоговых платежей от оборота нефти и нефтепродуктов (бензина, дизельного топлива), а также с целью защиты казахстанских производителей нефтепродуктов и повышения конкурентоспособности отечественной продукции Правительством РК 02.03.2000г. принято постановление № 339 «О Программе по усилению государственного регулирования оборота нефтепродуктов на территории РК»⁴.

Данная программа стала довольно-таки прогрессивным для своего времени документом, в котором предпринята попытка в комплексе решить вопросы организации полного государственного контроля над производством и оборотом нефтепродуктов, а также обеспечения поступления налоговых платежей от его

оборота, на основе упорядочения всей системы взаимосвязей между производителями, потребителями и государственными органами.

В рамках Программы предполагалось осуществление ряда мер по совершенствованию законодательства в этой области, налогообложения, системы государственного контроля за оборотом нефтепродуктов, в том числе и в регионах. В то же время отмечалась настоятельная необходимость принятия закона, регулирующего вопросы оборота и реализации нефтепродуктов, который мог повлиять на рынок нефтепродуктов для его регулирования в интересах экономики республики. Актуальность и полезность принятия подобного закона объяснялась ежегодным сезонным взлетом цен на горюче-смазочные материалы в период весенне-осенних полевых работ, злоупотреблениями в сфере качества реализуемого в розничной торговле бензина и дизельного топлива и т.д. Главной задачей при разработке законопроекта являлось установление правовой основы для защиты прав потребителей нефтепродуктов, защиты внутреннего рынка нефтепродуктов и его местных производителей (местные НПЗ), а также защита населения и окружающей среды при деятельности в сфере оборота нефтепродуктов.

Первоначальный проект Закона «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов», внесенный на рассмотрение Мажилиса Парламента РК постановлением Правительства РК от 27.04.2001 г., отклонен Мажилисом по причине содержания в нем норм, ущемляющих свободу предпринимательской деятельности, и направленности на откровенное ограничение конкуренции. Кроме того, в нем не было предусмотрено обеспечение прозрачности в производстве, оптовой и розничной торговле нефтепродуктами и отсутствовали механизмы регулирования производства и оборота. С учетом замечаний и предложений депутатов Правительства РК доработало данный законопроект.

Однако анализ норм отклоненного законопроекта показал, что, наряду с недостатками, он имел и свои преимущества, в числе которых более широкая сфера применения закона. Целью законопроекта являлось усиление механизмов косвенных методов госрегулирования, дабы не допустить в будущем скачков цен на рынке ГСМ, пики которых в предшествующие годы традиционно приходились на посевную и уборочную кампании, а также на период заготовки топлива на зиму. Закон предполагал открытие возможности для перекрытия теневых потоков бензина и улучшение процесса пополнения государственной казны.

Первый вариант предусматривал достаточно громоздкую систему регулирования, включающую лицензирование производства, хранения, транспортировки и реализации нефтепродуктов. Тогда мажилисмены посчитали, что заложенные в проекте механизмы регулирования ущемляют свободу предпринимательской деятельности и откровенно ограничивают конкуренцию.

Во избежание повторения лихорадки рынка нефтепродуктов прошлых лет, разработчики представили обновленный вариант документа. На этот раз депутаты не отличались категоричностью и включились в работу над законопроектом совместно с его разработчика-

ми. В итоге вышедший документ из стен Мажилиса (нижняя палата Парламента) базировался на организации комплексной системы учета производства и оборота нефтепродуктов на основе ведения единой базы данных с составлением взаимоувязанного баланса нефтепродуктов. Иными словами, НПЗ теперь обязали декларировать свою продукцию, оформлять на нее сопроводительные накладные и вести единую базу данных. Но главное — они должны быть оснащены специальными приборами учета, обеспечивающими автоматизированную передачу уполномоченному органу информации об объемах производства и реализации нефтепродуктов.

Еще один принципиальный момент: законопроект предписывал НПЗ производить минимальный объем нефтепродуктов, необходимых для насыщения внутреннего рынка.

Однако на этом работа над законопроектом не закончилась. Так, сенаторы внесли в законопроект понятие «поставщик нефти», откорректировали понятие «единая база данных». С целью уменьшения запрашиваемых сведений у лиц, осуществляющих производство и оборот нефтепродуктов, единую базу данных предполагается формировать на основе информации государственных органов, осуществляющих в пределах своей компетенции государственное регулирование производства и оборота нефтепродуктов. С этой же целью изменено понятие «сопроводительная накладная», которая, по версии депутатов Сената (верхняя палата Парламента), предполагала стать унифицированным документом, предназначенным для контроля за движением нефтепродуктов.

Сенат исключил возможность приостановления лицензии на производство нефтепродуктов за нарушение порядка декларирования и порядка предоставления уполномоченному органу сведений, что, по мнению сенаторов, могло бы привести к неоправданной остановке предприятия. Сенаторы также усилили требования по компаундированию, введению присадок в товарные бензины и некондиционные нефтепродукты, производство которых будет допускаться только при наличии специальной лицензии.

Из одобренного Мажилисом варианта исключена норма, предусматривающая обязательный прием нефтеперерабатывающими предприятиями на переработку сырья при неполной их загрузке, по тарифам на услуги переработки, устанавливаемым антимонопольным комитетом.

Кроме того, перенесен срок введения в действие нормы, предусматривавшей обеспечение автоматизированной передачи уполномоченному органу информации об объемах приобретения и реализации нефтепродуктов.

Принятый 07.04.2003 г. Закон РК «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов» (далее — Закон об обороте нефтепродуктов) ввел достаточно жесткий государственный контроль за производством и оборотом бензина (за исключением авиационного), дизельного топлива и мазута⁵. Закон введен в действие с 01.07.2003 г., а в части применения систем учета автозаправочными станциями (далее — АЗС) и базами нефтепродуктов — с 01.01.2004 г.

В результате принятия Закона об обороте нефтепродуктов ожидалось, что большая часть существующих проблем будет снята, однако до сих пор ситуация остается достаточно напряженной.

Во исполнение данного закона Законом РК от 07.04.2003 г. № 403 внесены изменения в некоторые законодательные акты РК, в том числе и в Закон «О нефти», затрагивающие не только вопросы государственного регулирования производства и оборота нефтепродуктов, но и оборот сырой нефти, которые введены в действие с 01.07.2003 г. Однако эти изменения выходят за рамки вопросов производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов. Данное обстоятельство вызвало отрицательную оценку ученых-правоведов⁶.

Следует отметить, что ряд положений Закона дублирует действующие нормы права (например, полномочия Правительства РК по установлению ограничений на ввоз и вывоз нефтепродуктов в качестве мер защиты внутреннего рынка или отдельные вопросы антимонопольного регулирования).

В свою очередь, многие другие положения Закона являются новыми, в частности лицензирование деятельности по производству нефтепродуктов, сертификация услуг автозаправочных станций и баз нефтепродуктов, ведение паспортов производства и т.д.

Очевидно, что законодательство претерпело дальнейшие изменения в части установления порядка лицензирования деятельности по производству нефтепродуктов и определения лицензионных требований, поскольку первоначально такой порядок и такие требования отсутствовали. В то же время Правительством РК не определен государственный орган, который будет осуществлять лицензирование. Необходимость разрешения данного вопроса заключается в том, что регулирование оборота нефтепродуктов — стратегически важная задача для государства, обеспечивающая бесперебойное функционирование и развитие всей экономики страны, где особую роль могут сыграть местные НПЗ, деятельность которых в первую очередь необходимо отрегулировать путем ведения порядка лицензирования.

Анализируя данный закон, М.К. Сулейменов справедливо отметил, что одним из недостатков данного нормативного правового акта является усиление государственного вмешательства в производственную сферу нефтепереработчиков⁷. Из 16 статей Закона об обороте нефтепродуктов целых 6 статей непосредственно направлены на регламентацию компетенции государственных органов в сфере переработки нефти и реализации нефтепродуктов. А в остальном — это различные ограничения в сфере оборота нефтепродуктов и императивное обременение обязанностями публично-правового характера участников этих отношений в интересах обеспечения государственного регулирования.

Для сравнения можно провести анализ положений Закона Республики Молдова (далее — РМ) «О рынке нефтепродуктов» от 30.07.2001 г. № 461-XV. Как следует из преамбулы этого закона, его целью является формирование организационных, правовых и экономических основ обеспечения экономической безопасности страны и регламентирование деятельно-

сти по импорту, транспортировке, хранению и торговле нефтепродуктами, как стратегическим продуктом со специальным режимом действия, на внутреннем рынке.

Закон РМ о рынке нефтепродуктов в отличие от нашего закона действительно направлен на регулирование оборота нефтепродуктов. Это, конечно, не означает, что норм о государственном регулировании рынка нефтепродуктов в Законе РМ о рынке нефтепродуктов нет. Этим вопросам посвящены 5 статей из 27, 3 из которых определяют полномочия отдельных органов (Национального агентства по регулированию в энергетике, органов публичного управления, наделенных правом выдачи лицензий и технических разрешений) и особенности деятельности государственных органов (прозрачность информации, права некоторых органов, бюджет агентства и т.п.). В Законе РМ о рынке нефтепродуктов нашли отражение такие вопросы, как защита прав потребителей нефтепродуктов, вопросы ценообразования, лицензирования и выдачи технических разрешений, импорт, экспорт, хранение нефтепродуктов, разрешение споров и ответственность участников нефтепродуктов. В Законе РК об обороте нефтепродуктов эти вопросы либо не упоминаются вовсе, либо закон содержит отсылочные нормы.

Необходимо признать, что Закон РК об обороте нефтепродуктов и другие акты, регулирующие отношения в сфере производства и реализации нефтепродуктов, все еще не решают основные проблемы в этой области, одной из которых является отсутствие необходимых подзаконных нормативных правовых актов.

Следует отметить, что Законом об обороте нефтепродуктов предусмотрены меры по обеспечению загруженности производителей нефтепродуктов, однако в нем не предусмотрены меры воздействия или ответственности в случае неисполнения требований в отношении такого минимального объема производства, в том числе в виде приостановления (отзыва) лицензии.

Что касается государственных гарантий обеспечения сбыта готовых нефтепродуктов, произведенных в рамках установленных государством минимальных объемов, то Закон РК об обороте нефтепродуктов не содержит подобных гарантий или каких-либо компенсационных механизмов в случае заторивания складов либо незапланированных колебаний рынка.

Рассматриваемый Закон устанавливает контроль над оборотом нефтепродуктов, в том числе посредством мониторинга через единую базу данных их производства и оборота, введения сопроводительных накладных и установления порядка декларирования. Производители и реализаторы нефтепродуктов обязаны представлять уполномоченному органу декларации об объемах и остатках производства и оборота нефтепродуктов по соответствующим дополнительно утверждаемым формам. Если при реализации нефтепродуктов осуществляется их перевозка, то в обязательном порядке оформляются сопроводительные накладные (ст. 11 Закона об обороте нефтепродуктов).

Уполномоченный орган, ведя единую электронную базу данных по производству и обороту нефтепродуктов, составляет их баланс. Сведения в базу данных поступают от их производителей, которые обязательно

должны быть оснащены приборами учета, обеспечивающими автоматизированную передачу информации об объемах производства и реализации. АЗС и базы нефтепродуктов также должны иметь компьютерную систему учета их приобретения и реализации. Законом также предусмотрен обмен информацией между государственными органами и предоставление информации от различных государственных органов в уполномоченный орган для ведения единой базы данных (ст. 7 Закона об обороте нефтепродуктов).

Таким образом, влияние государства в значительной мере распространяется на свободу предпринимательской деятельности организаций, работающих в сфере производства и оборота нефтепродуктов. Такой всеобъемлющий сбор информации может сделать частные компании в определенном плане уязвимыми, учитывая, что Закон об обороте нефтепродуктов не предусматривает сохранение режима конфиденциальности этой информации.

Кроме того, для создания единой базы данных нужна соответствующая компьютеризация всех участников рынка нефтепродуктов с возможностью использования электронной почты и сети Интернет, чего пока нет в наличии.

Касательно регулирования государственного контроля качества нефтепродуктов Закон об обороте нефтепродуктов содержит такие нормы, как запрет на производство и реализацию этилированного бензина, осуществление производства нефтепродуктов только предприятиями, имеющими соответствующую лицензию на производство нефтепродуктов, компаундирование, введение присадок, добавок и компонентов в товарные бензины, некондиционные нефтепродукты и дизельное топливо, запрет на производство нефтепродуктов двумя и более производителями на одном и том же оборудовании.

Представляется, что лицензирование производства нефтепродуктов, сертификация услуг автозаправочных станций и баз нефтепродуктов, мониторинг производства и оборота нефтепродуктов и прочие меры, устанавливаемые Законом об обороте нефтепродуктов, также будут служить названной цели.

Установленный нормой ст. 10 Закона об обороте нефтепродуктов запрет производства этилированного бензина вызывает определенные сложности. На некоторых НПЗ (в частности, на Атырауском НПЗ) хранится определенное количество (около 61 тонн) этиловой жидкости (тетроэтилсвинца), предназначенной для производства этилированного бензина. Введя запрет на производство этилированного бензина, законодатель не предусмотрел нормы, которые могли определить, куда теперь девать остаток этиловой жидкости, которая является сильноядовитым веществом.

Комментируемый закон содержит обширный перечень государственных органов, осуществляющих государственное регулирование производства и оборота нефтепродуктов. Достаточно подробно определены компетенция Правительства РК, уполномоченного органа и государственных органов в области стандартизации, метрологии и сертификации и в области энергетики. Что касается прочих названных государственных органов, то их компетенция определена не-

сколько схематично и вытекает из их общей компетенции.

При этом Закон об обороте нефтепродуктов не содержит положения о возможности осуществления иных функций в области государственного регулирования производства и оборота нефтепродуктов прочими государственными органами, не названными в законе. На практике это не будет означать отсутствие вмешательства иных государственных органов в деятельность по производству и обороту нефтепродуктов при осуществлении ими действий в рамках своих полномочий, например, налоговыми органами, или органами технического надзора.

Пока не ясно, кто будет определен уполномоченным органом в области государственного регулирования производства и оборота нефтепродуктов. Закон об обороте нефтепродуктов определяет полномочия этого органа отдельно от полномочий наиболее вероятных претендентов — государственных органов в области энергетики или же в области торговли, и это логически позволяет предположить их несовпадение. Кроме того, поскольку ни один из названных в Законе об обороте нефтепродуктов государственных органов (включая уполномоченный) не назван в качестве органа, осуществляющего лицензирование производства нефтепродуктов (хотя и имеется соответствующее полномочие Правительства РК определять такой орган), то и в отношении этого органа логика законодателя не совсем ясна.

Анализируя полномочия государственных органов в области производства и оборота нефтепродуктов, необходимо особо упомянуть об изменениях, внесенных в Закон о нефти и которые в отличие от Закона об обороте нефтепродуктов не привлекли к себе широкого внимания. Такие изменения коснутся именно определения полномочий Правительства РК и компетентного органа по вопросам добычи и оборота нефти. Следует отметить, что сам закон касается только оборота отдельных видов нефтепродуктов, в то время как названные изменения в Закон о нефти затрагивают полномочия Правительства РК и компетентного органа в части регулирования добычи и оборота нефти как таковой, то есть согласно ст. 1 Закона о нефти: «сырой нефти, газового конденсата и природного газа, а также углеводородов, полученных после очистки сырой нефти, природного газа и обработки горючих сланцев или смолистых песков».

Таким образом, очевидно более широкое влияние произведенных изменений на деятельность в сфере оборота нефти в целом. В частности, указанным законом полномочия Правительства РК дополнены такими правами, как регулирование экспорта нефти, установление количественных ограничений (квот) на транспортировку нефти различными видами транспорта, определение порядка ведения единой базы данных добычи и оборота нефти и организация системы контроля за соблюдением требований безопасности к технологическому процессу добычи, хранения и оборота нефти.

Полномочия компетентного органа также дополнены положением об осуществлении государственного регулирования добычи нефти в соответствии с про-

ектом разработки месторождения, а также ее оборота. Сказанное позволяет предположить, что таким образом вводится дополнительное правовое регулирование не только оборота отдельных видов нефтепродуктов, но оборота самой нефти в целом. И если в отношении нефтепродуктов данным законодательным актом более или менее определены рамки соответствующего регулирования, то в отношении регулирования оборота нефти механизм такого регулирования пока не ясен.

Возникает вопрос в отношении того, как будет осуществляться регулирование добычи нефти по уже заключенным контрактам с рабочими программами, которые были согласованы с компетентным органом при заключении контрактов и легли в основу расчета экономики проектов, финансовой модели и соответственного налогового режима, принимая во внимание положения о стабильности контрактов.

В этом аспекте представляет интерес соотношение полномочий компетентного органа, обладающего полномочиями в сфере добычи и оборота нефти и уполномоченного органа в сфере регулирования производства и оборота нефтепродуктов, которым, по всей вероятности, станет государственный орган в области энергетики. Очевидно, что функции компетентного и уполномоченного органа, скорее всего, совпадут у одного и того же министерства. Таким образом, это Министерство сосредоточит в своих руках весьма существенные полномочия как в отношении нефтяных операций (разведки, добычи и строительства и эксплуатации подземных хранилищ и резервуаров нефти, строительства и эксплуатации нефтегазопроводов, и прочее), так и в отношении производства и оборота отдельных продуктов переработки нефти.

В соответствии с нормами Закона об обороте нефтепродуктов для производителей нефтепродуктов предусмотрено обязательное лицензирование деятельности по производству определенного ассортимента нефтепродуктов. Производство нефтепродуктов разрешается только при наличии паспорта производства, который утверждается государственным органом в области энергетики, и только по адресу, указанному в лицензии, и при обязательном оснащении контрольными приборами учета, обеспечивающими автоматизированную передачу информации об объемах производства уполномоченному государственному органу.

Производителям нефтепродуктов запрещено осуществлять реализацию сырой нефти и газового конденсата. Они обязаны согласовывать с государственным органом в области энергетики годовой график проведения ремонтных и восстановительных работ, за исключением случаев, связанных с предотвращением угрозы безопасности производственного процесса. При этом из толкования текста нормы ст. 10 Закона об обороте нефтепродуктов следует, что в случае угрозы экологической безопасности, а также жизни и здоровью населения при условии сохранения безопасности производственного процесса график ремонтных и восстановительных работ будет согласовываться в общем порядке.

Таким образом, с 01.07.2003 г. в совокупности с уже действующим законодательным регулированием

производители нефтепродуктов обязаны иметь следующие основные документы: разрешение на специальное природопользование, декларацию промышленной безопасности, лицензию на производство нефтепродуктов, паспорт производства, декларацию об остатках продукции и объемах оборота нефтепродуктов. Кроме того, они должны предоставлять сведения в уполномоченный орган для осуществления мониторинга, налоговую отчетность, а также иметь в наличии контрольные приборы учета, обеспечивающие автоматизированную передачу уполномоченному органу информации об объемах производства и реализации нефтепродуктов.

При этом обязанность производителей нефтепродуктов иметь названные контрольные приборы учета возникла уже с 01.07.2003 г., однако, как это реализуется на практике и какими должны быть такие приборы учета, пока неясно.

Нормы касательно обязанности производителей нефтепродуктов использовать контрольные приборы учета, а также предоставлять сведения в уполномоченный орган для осуществления мониторинга и декларацию об остатках продукции и объемах оборота нефтепродуктов дублируют друг друга по своей сути, поскольку в уполномоченный орган три раза будет разными путями поступать примерно одна и та же информация. Таким образом, у производителя нефтепродуктов увеличивается объем бумажной работы, которую следует осуществить, а у уполномоченного органа в три раза увеличится объем однородной информации, которую надо будет обработать. Кроме того, данные, которые должны содержаться в паспорте производства, в некоторой степени дублируют данные, содержащиеся в декларации промышленной безопасности.

Применение нормы Закона об обороте нефтепродуктов, устанавливающей обязательные условия производства, реализации и транспортировки нефтепродуктов, должно повлечь определенные последствия для различных участников рынка нефтепродуктов, действовавших в производстве, реализации и транспортировке нефтепродуктов.

Транспортировка нефтепродуктов допускается посредством специально оборудованного и допущенного к перевозке транспорта в соответствии с требованиями, предъявляемыми к перевозкам опасных грузов, и правилами технической эксплуатации. В некоторых случаях при транспортировке должна будет оформляться сопроводительная накладная.

Что касается ответственности за невыполнение требований Закона об обороте нефтепродуктов, то здесь важную роль играет определение механизма исполнения требований законодательства. Одним из рычагов такого механизма является установление мер защиты и ответственности за неисполнение тех или иных норм законодательства. Однако закон не устанавливает подобных мер, ограничившись общей ссылкой на установленную законодательством РК ответственность. Поэтому напрашивается вывод о том, что законодатель недооценивает значение таких видов юридической ответственности, как гражданско-правовая, административно-правовая и уголовно-правовая ответственность за нарушение норм Закона об обороте нефтепродуктов.

Касательно гражданско-правовой ответственности могут быть применены нормы ГК РК об ответственности (о возмещении убытков) в соответствии со ст. 9 ГК РК⁸ при наличии и доказанности таких убытков, возникших вследствие неисполнения требований Закона об обороте нефтепродуктов. Такая вероятность представляется достаточно низкой, но исключать ее полностью нельзя.

Полагаем, что законодательством в данном случае может быть установлена административная и уголовная ответственность, предусмотренные Кодексом РК об административных правонарушениях⁹ (далее — КоАП РК) и Уголовным кодексом РК¹⁰ (далее — УК РК) соответственно.

КоАП РК предусмотрена ответственность за нарушение законодательства о стандартизации, сертификации и единстве измерения (ст. 317 КоАП РК), в соответствии с которой реализация продукции, подлежащей обязательной сертификации, без наличия сертификата соответствия, а также в случае его подделки, истечения или приостановления срока действия, а также неисполнение предписаний органов, осуществляющих государственный надзор за соблюдением требований стандартов и технических условий, правил сертификации и метрологических правил. Приведенная норма КоАП РК может быть применена органами государственного надзора по стандартизации, метрологии и сертификации в случае отсутствия сертификации услуг автозаправочных станций и базы нефтепродуктов.

Вместе с тем законодательством установлена ответственность за осуществление деятельности без соответствующей лицензии либо с нарушением лицензионных норм и правил, влекущее установленные законодательством административную и уголовную ответственность. Доход, полученный от осуществления деятельности без лицензии, подлежит изъятию в соответствующий бюджет органами налоговой службы (ст. 24 Закона РК «О лицензировании»¹¹, ст. 190 УК РК, ст. 137 КоАП РК).

Таким образом, производство нефтепродуктов без соответствующей лицензии может повлечь административную и уголовную ответственность.

В УК РК не предусмотрена возможная ответственность за другие нарушения законодательства в сфере оборота нефтепродуктов, а также в сфере сертификации, которые напрямую были бы связаны с действием Закона об обороте нефтепродуктов. Поэтому в будущем следует предусмотреть возможность внесения изменений в УК РК и КоАП РК, в соответствии с которыми наступала бы ответственность и за другие нарушения норм законодательства об обороте нефтепродуктов.

Для сравнения приведем нормы об ответственности участников рынка нефтепродуктов, установленной в ст. 25 Закона РК «О рынке нефтепродуктов». Помимо общей отсылочной нормы об ответственности участников рынка, установленной действующим законодательством (п. 3 ст. 25 Закона), имеется норма об ответственности продавца, которым признается хозяйствующий субъект, осуществляющий розничную торговлю нефтепродуктами (ст. 2 Закона). Так, продавец нефтепродуктов несет ответственность, в том числе

материальную, за безопасность покупателя и его имущества, находящегося на территории хранилища или станции заправки основными видами нефтепродуктов, а также за соблюдение экологических требований. Скорее всего, данная норма ужесточила ответственность продавцов в розницу в целях защиты интересов потребителей.

Согласно ст. 12 Закона РК об обороте нефтепродуктов реализация нефтепродуктов допускается производителями нефтепродуктов, поставщиками нефти, лицами, осуществляющими реализацию с автозаправочных станций, а также с баз нефтепродуктов. Это означает запрет на реализацию нефтепродуктов всеми остальными лицами, не перечисленными в данной статье. Мотивы установления подобного регулирования в целом понятны — контроль за качеством нефтепродуктов и недопущение злоупотребления при ценообразовании в сфере торговли нефтепродуктами.

Во же время следует иметь в виду существование рынка посреднических услуг в сфере реализации нефтепродуктов. Существуют организации, осуществляющие реализацию нефтепродуктов другими способами, а также устоявшиеся схемы построения бизнеса с участием производителей нефтепродуктов, посредников и конечных потребителей. Новое законодательное регулирование повлечет пересмотр и реструктуризацию таких отношений.

Помимо Закона РК об обороте нефтепродуктов отношения в сфере переработки нефти и реализации нефтепродуктов регулируются и другими нормативными правовыми актами (Конституция РК¹², ГК РК; Кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет»¹³, Таможенный кодекс РК¹⁴, Закон РК «О защите прав потребителей»¹⁵; Закон РК «О лицензировании», Закон РК «О нефти», Закон РК «О естественных монополиях»¹⁶, Закон РК «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности»¹⁷; Закон РК «О регулировании торговой деятельности»¹⁸; Закон РК «О техническом регулировании»¹⁹; Закон РК «О частном предпринимательстве»²⁰ и др.

К сожалению, многие из названных актов по существу отношения по переработке нефти и производству нефтепродуктов не регулируют, это делают подзаконные нормативные акты, что составляет существенный недостаток регулирования рассматриваемых отношений. В частности, имеются постановления Правительства РК «О некоторых вопросах стабилизации внутреннего рынка нефтепродуктов» от 02.08.2000 г. № 1172 и «О дополнительных мерах по стабилизации внутреннего рынка нефтепродуктов» от 14.09.2000 г. № 1394.

В отношении таких субъектов рынка реализации нефтепродуктов, как АЗС и базы нефтепродуктов, Закон об обороте нефтепродуктов требует, чтобы их услуги были сертифицированы. С момента принятия Закона об обороте нефтепродуктов не был принят нормативный акт, определяющий порядок и сроки проведения сертификации услуг АЗС и баз нефтепродуктов. Не были внесены соответствующие изменения в действующее законодательство, в частности в Перечень продукции и услуг, подлежащих обязательной сертификации, который не содержит в качестве объекта

сертификации ни нефтепродукты, ни услуги автозаправочных станций и баз нефтепродуктов. Представляется достаточно интересной концепция сертификации услуг автозаправочных станций и баз нефтепродуктов, а не самих нефтепродуктов, и хотелось бы узнать, как эта идея будет воплощена на практике.

Примечательно, что в соответствии с Положением о лицензировании предпринимательской деятельности по содержанию и эксплуатации АЗС в РК, утвержденным постановлением Правительства РК от 19.09.1997 г.²¹, выдача лицензий на осуществление этого вида деятельности осуществляется Министерством транспорта и коммуникаций РК и его территориальными органами (тогда как уполномоченным органом в сфере производства и оборота нефтепродуктов является Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК). Наконец, необходимо отметить, что в соответствии с Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК» от 10.07.1998 г. № 283-І лицензирование предпринимательской деятельности по содержанию и эксплуатации АЗС было исключено из Закона о лицензировании.

В связи с отсутствием законодательного регулирования, вероятно, будет существовать некий период времени между моментом, когда может возникнуть ответственность за отсутствие сертификации, и моментом, когда такая сертификация реально может быть осуществлена. В таких случаях следует поддержать мнение о том, что в силу невозможности выполнения требований законодательства по причинам, не зависящим от юридических или физических лиц, у них не может возникнуть ответственности за неисполнение требований законодательства.

Кроме сертификации обязательным условием реализации нефтепродуктов через АЗС и базы нефтепродуктов является установление на них компьютерной системы учета оборота нефтепродуктов, и ответственность за непосредственную установку и использование компьютерных систем учета лежит на самих организациях, осуществляющих реализацию нефтепродуктов. Вышеуказанные нормы закреплены в Приказе Министра индустрии и торговли РК от 17.09.2003 г. № 277²² и в Приказе Министерства финансов РК от 08.10.2003 г. № 365²³.

Законом об обороте нефтепродуктов установлены требования в отношении реализации нефтепродуктов сельскохозяйственным товаропроизводителям. Так, производителям и реализаторам нефтепродуктов предлагалось вменить обязанность ежегодно в период с 1 марта по 31 мая и с 1 августа по 31 октября реализовывать не менее 50% от производимого или закупаемого объема нефтепродуктов по ценам не выше среднегодовых цен, сложившихся при реализации ими нефтепродуктов за предыдущий год, скорректированных на индекс инфляции. В окончательном варианте установлено, что указанные лица будут отдавать приоритет для заключения договоров на реализацию нефтепродуктов только сельскохозяйственным товаропроизводителям в период проведения посевной и уборочной кампаний.

Данная норма служит мерой защиты сельхозтоваропроизводителей и является более справедливой по

сравнению с нормой, которая ранее содержалась в законопроекте. В то же время эта норма позволяет предположить, что поставщики нефти, поскольку они прямо не названы в тексте статьи, не обязаны отдавать приоритет сельскохозяйственным товаропроизводителям.

Остается открытым вопрос о том, что означает названный приоритет и в чем он должен заключаться — в предпочтении при равных условиях договоров или в предпочтении на более льготных условиях реализации, а также какими правовыми механизмами будет обеспечиваться реализация данной нормы. В связи с этим можно предполагать различные толкования этой нормы в зависимости от потребности различных лиц.

В завершение хотелось бы отметить, что главная цель Закона об обороте нефтепродуктов — это установление госконтроля над оборотом нефтепродуктов, однако ее реализация несколько затруднена. Прежде всего это вызвано объективными причинами, в частности тем, что при наличии всего трех НПЗ в Казахстане только один из них — Атырауский НПЗ находится под контролем Национальной компании, а два других, Павлодарский НХЗ и «ПетроКазахстан Ойл Продактс» (Шымкентский НПЗ), контролируются иностранными компаниями в соответствии с особым в каждом случае порядком управления. При такой ситуации любая попытка прямого контроля над ними будет являться нарушением взятых на себя государством обязательств.

Можно привести еще множество примеров, но не это главное. Представляется важным и необходимым определить природу этих проблем и споров, найти пути их разрешения. В процессе государственного регулирования оборота нефтепродуктов не должно быть диктата государства, диктата государственных органов.

На настоящий день основным актом, регулирующим производство и оборот нефтепродуктов, является Закон РК об обороте нефтепродуктов, дополнительно эти отношения могут регулироваться законами РК о лицензировании, о техническом регулировании и т.п.

Вместе с тем такое положение вещей нельзя признать правильным. Значительная часть отношений в сфере нефтегазовой отрасли страны, в частности в сфере государственного регулирования переработки и реализации нефтепродуктов, должны регулироваться законодательными актами, а не подзаконными и ведомственными актами. Надо, наконец, добиться того, чтобы не инструкции и правила различных ведомств «правили бал», а законы страны, тем более в такой перспективной и важной отрасли экономики, как нефтегазовая отрасль. Роль подзаконных и ведомственных актов должна быть ограничена регулированием незначительных процедурных вопросов, они не должны затрагивать права и обязанности недропользователя, участвующих сторон по переработке нефти и реализации нефтепродуктов и иные важные вопросы.

Принятие новых прогрессивных законов и иных правовых актов, регулирующих отношения в экономике, в частности в нефтегазовой отрасли, их кодификация и систематизация, поддержка недропользователей, нефтедобывающих и перерабатывающих предприятий со стороны Правительства РК и его уполномоченных органов поможет успешному развитию нефте-

газовой отрасли, что, в свою очередь, положительно скажется на экономике страны и на благосостоянии казахстанского народа.

Таким образом, для начала, необходимо разработать и принять Закон РК «О нефтепродуктах», который должен стать актом комплексного характера, поскольку будет содержать как частноправовые (гражданско-правовые) нормы, которые будут регулировать договорные отношения участников (субъектов) в сфере производства и реализации нефтепродуктов, так и публично-правовые нормы о государственном контроле над производством и реализацией нефтепродуктов и т.п., то есть закон, который обеспечит регулирование рассматриваемых отношений по существу. Данный недостаток законодательства восполним также и иными путями, в том числе путем включения в содержание Закона о нефти раздела о переработке нефти и реализации нефтепродуктов.

- ¹ Кодекс Республики Казахстан «О недрах и переработке минерального сырья» от 30.05.1992 г. // Законы и постановления, принятые на VII сессии Верховного Совета РК 12-го созыва. Т. 1. — Алма-Ата: Издание Верховного Совета РК, 1992. (утратил силу в соответствии с Законом РК от 27.01.1996 г. № 2828).
- ² Закон Республики Казахстан «О нефти» от 28.06.1995 г. № 2350. // Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 11. Ст. 76.
- ³ Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 27.01.1996 г. № 2828. // Ведомости Верховного Совета РК. 1996. № 2. Ст. 182.
- ⁴ Постановление Правительства РК «О Программе по усилению государственного регулирования оборота нефтепродуктов на территории Республики Казахстан» от 02.03.2000 г. № 339 (с изменениями и дополнениями, внесенными в соответствии с постановлением Правительства РК от 27.07.2000 г. № 1152) // Справочная правовая система «Юрист». — Алматы, 2006.
- ⁵ Закон Республики Казахстан «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов» от 07.04.2003 г. № 402-II (с изменениями, внесенными в соответствии с Законом РК от 20.12.2004 г. № 13-III) // Ведомости Парламента РК. 2003. № 6. Ст. 33.
- ⁶ Айтхожаев С.С. Государственное регулирование производства и оборота нефтепродуктов. — Алматы, 2003. С. 34.
- ⁷ Сулейменов М.К. Нефтяное законодательство Республики Казахстан: проблемы и перспективы. — Алматы, 2003. С. 33.
- ⁸ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27.12.1994 г. // Ведомости Верховного Совета РК. 1994.

№ 23-24 /приложение/. Ст. 282. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01.07.1999 г. № 409-I // Ведомости Парламента РК. 1999. № 16-17. Ст. 642.

- ⁹ Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30.01.2001 г. № 155-II // Казахстанская правда. 2001. 13 февраля.
- ¹⁰ Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 16.07.1997 г. № 167-I // Казахстанская правда. 1997. № 174.
- ¹¹ Закон Республики Казахстан «О лицензировании» от 17.04.1995 г. № 2200 // Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 3-4. Ст. 37.
- ¹² Конституция Республики Казахстан от 30.08.1995 г. // Ведомости Парламента РК. 1996. № 4. Ст. 217.
- ¹³ Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 12.06.2001 г. № 209-II ЗРК (Налоговый кодекс) // Ведомости Парламента РК. 2001. № 11-12. Ст. 168.
- ¹⁴ Таможенный кодекс Республики Казахстан от 05.04.2003 г. // Ведомости Парламента РК. 2003. № 7-8. Ст. 40.
- ¹⁵ Закон Республики Казахстан «О защите прав потребителей» от 05.06.1991 г. № 640-XII // Ведомости Верховного Совета РК. 1991. № 23. Ст. 267.
- ¹⁶ Закон Республики Казахстан «О естественных монополиях» от 09.07.1998 г. № 272-I // Ведомости Парламента РК. 1998. № 16. Ст. 214.
- ¹⁷ Закон Республики Казахстан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» от 19.01.2001 г. № 144-II // Ведомости Парламента РК. 2001. № 2. Ст. 13.
- ¹⁸ Закон Республики Казахстан «О регулировании торговой деятельности» от 12.04.2004 г. № 544-II // Ведомости Парламента РК. 2004. № 6. Ст. 44.
- ¹⁹ Закон Республики Казахстан «О техническом регулировании» от 09.11.2004 г. № 603-II. // Казахстанская правда. 2004, 13 ноября. № 259-260(24569-24570).
- ²⁰ Закон Республики Казахстан «О частном предпринимательстве» от 31.01.2006 г. № 124-II // Справочная правовая система «Юрист». — Алматы, 2006.
- ²¹ Постановление Правительства РК «Об утверждении Положения о лицензировании предпринимательской деятельности по содержанию и эксплуатации АЗС в Республике Казахстан» от 19.09.1997 г. № 1352 // Справочная правовая система «Юрист». — Алматы, 2006.
- ²² Приказ Министра индустрии и торговли РК «Об утверждении Правил применения контрольных приборов учета, обеспечивающих автоматизированную передачу уполномоченному органу информации об объемах производства и реализации нефтепродуктов» от 17.09.2003 г. № 277 // Справочная правовая система «Юрист». — Алматы, 2006.
- ²³ Приказ Министра финансов РК «Об утверждении форм, правил и сроков декларирования производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов» от 08.10.2003 г. № 365 // Справочная правовая система «Юрист». — Алматы, 2006.

Договоры на приобретение товаров, выполнение работ и оказание услуг при проведении нефтяных операций в Республике Казахстан

Новицка М.М.,
соискатель кафедры гражданского права
и гражданского процесса АЮ—ВШП «Эділет»

Нефтяная индустрия делится на стадии: апстрим (*upstream*) — разведка и добыча; мидстрим¹ (*midstream*) — транспортировка; даунстрим (*downstream*) — переработка и реализация. Из них *upstream* — одна из ключевых стадий, существенно модернизированная в современном мире². Модернизация касается нефтяного сектора в целом, в результате чего в этом секторе доминируют вертикально интегрированные транснациональные компании, занимающиеся извлечением, очисткой, переработкой нефти, а также дистрибуцией нефтегазовых продуктов³. Однако, несмотря на это, указанные субъекты, как правило, реализуют на основании договоров большинство работ и услуг, требуемых для разведки и разработки месторождения, а также для доставки нефти и газа⁴. Среди заключаемых договоров особое место занимают именно те, реализация условий которых имеет существенное значение для осуществления права на проведение нефтяных операций, условно названные нами «договоры на приобретение товаров, (выполнение) работ и (оказание) услуг при проведении нефтяных операций».

Право на проведение нефтяных операций — это особое право, особенность которого связана с тем, что недра, согласно п. 3 ст. 6 Конституции Республики Казахстан, а также в силу воспроизводящей эту норму ст. 193 ГК РК, находятся в государственной собственности⁵. Следует подчеркнуть, что «в настоящее время

право народов и наций на владение, пользование и распоряжение природными богатствами своей страны, и в частности недрами и их ресурсами, рассматривается как неотъемлемый элемент суверенитета каждого государства. Это положение стало уже общепризнанной международной нормой⁶. В итоге государство как собственник природных ресурсов обладает правомочиями владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом, поскольку ГК имеет специальную норму о праве государственной собственности на природные ресурсы (п. 1 ст. 188, ст. 193)⁷. И именно осуществляя правомочие распоряжения недрами, государство предоставляет право на проведение нефтяных операций, т.е. на проведение работ по разведке, добыче, строительству и (или) эксплуатации подземных хранилищ и резервуаров нефти, проводимых на суше, в пределах рек, озер и иных внутренних водоемов, а также разведке и добыче, осуществляемым на море (пп. 20, 21 ст. 1 Закона РК от 28.06.1995 г. № 2350 «О нефти»⁸).

Исходя из сказанного и учитывая значимость нефтегазового комплекса для экономики Казахстана в целом, в качестве приоритетных направлений развития Республики определяется, в частности, обеспечение необходимого законодательства для привлечения инвестиций и развитие нефтегазового машиностроения, сервисных услуг и научно-технического обеспечения. Выпуск товаров и оказание услуг, отвечающих современным требованиям, планируется осуществлять путем применения высоких технологий и привлечения капитала. Республика нацелена на привлечение инвестиций для создания совместных предприятий по производству нефтегазового оборудования, а также отечественных компаний и специалистов для максимального содействия дальнейшему росту взаимовыгодных отношений и обеспечения стимулирования развития малого и среднего бизнеса⁹. Наряду с этим условия реализации объектов, необходимых для осуществления права недропользования, являющиеся важным элементом, который учитывается недропользователем при принятии решения о реализации инвестиций в естественно-ресурсные проекты. Отсюда следует, что среди целей, к которым стремятся субъекты, осуществляя инвестиции в нефтяной сектор, выделяются: максимизирование свободы осуществления операций, минимизирование операционных расходов и политических рисков, а также обеспечение устойчивости инвестиций¹⁰.

Все указанное обосновывает актуальность анализа правовых норм, регулирующих общественные отношения, которые обслуживают проведение нефтяных операций. Тем более что в их развитии намечается усиление непосредственного участия государства в предпринимательской деятельности недропользователей, а также деятельности их контрагентов, предоставляющих соответствующие товары, работы и услуги при проведении нефтяных операций. Нововведения могут казаться спорными, поскольку, несмотря на определенную специфику договоров на приобретение товаров, выполнение работ и оказание услуг при проведении нефтяных операций, их гражданско-правовой характер уже на первый взгляд не вызывает никаких со-

мнений: равноправные стороны, находящиеся вне отношений власти и подчинения, соглашаются по поводу взаимных имущественных прав и обязанностей. В то время когда в сферу регулирования отношений, возникающих на основании рассматриваемых договоров, введена обязанность публичного характера, являющаяся элементом понятия «казахстанское содержание»¹¹ (п. 15 ст. 1 Закона РК от 27.01.1996 г. № 2828 «О недрах и недропользовании»¹²), по которой нефтяная компания (подрядчик) должна заключать их преимущественно с местными контрагентами.

Именно в этом выражении «при проведении нефтяных операций» заключаются не только характерные признаки реализуемых на основании этих договоров объектов, но и суть самих договоров. Определение «при проведении нефтяных операций» указывает на существенную взаимосвязь, в какой объекты этих договорных правоотношений, а также их содержание, основаны с осуществлением права на проведение нефтяных операций, сводящуюся к тому, что реализуемые объекты, права и обязанности напрямую связаны с конкретными нефтяными операциями и необходимы для их осуществления (необходимы для непосредственного использования при проведении нефтяных операций). А это значит, что здесь налицо сложная структура договорных связей. Указанный признак обладает и тем особенным значением, что позволяет отличить рассматриваемые договоры от договоров, предметом которых является выполнение отдельных видов работ, связанных с проведением нефтяных операций (п. 3 ст. 40 Закона «О нефти»), от обычного сервисного контракта на оказание услуг¹³, а также каждого другого общегражданского договора, заключаемого нефтяной компанией вне непосредственной связи с осуществлением ею права на проведение нефтяных операций. Тем более что подрядчик обязан приобретать товары, работы и услуги «в процессе осуществления контракта», а не широко понимаемой предпринимательской деятельности, что также подчеркивает специфику объекта анализируемых правоотношений в целом (ст. 41 Закона «О нефти»).

Обязательственные отношения, в основе которых лежат договоры на реализацию имущества при проведении нефтяных операций, производны от права на проведение нефтяных операций, но вполне самостоятельны. Их производность от права на проведение нефтяных операций не позволяет определить их в качестве дополнительных (придаточных) договоров. Судьба придаточного договора тесно связана с главным договором, настолько, что при недействительности главного договора отпадает и дополнительный (придаточный)¹⁴. В то же время определенная связь между данными отношениями присутствует: рассматриваемые отношения обслуживают право на проведение нефтяных операций, опосредуя предоставление товара, выполнение работы или оказание услуги, содействующих исполнению контракта на проведение нефтяных операций. Указанное позволяет, на наш взгляд, называть договоры, которые порождают рассматриваемые обязательственные правоотношения, вспомогательными договорами. Ведь при их заключении должна учитываться та существующая между ними и контрак-

тами на проведение нефтяных операций, как смежными (примыкающими) договорами, функциональная (целевая) взаимосвязь, объединяющая их в единую систему, а это означает, что условия договоров на реализацию имущества при проведении нефтяных операций должны полностью соответствовать связанным с ними условиям контрактов на проведение нефтяных операций¹⁵.

Самостоятельность названных отношений обосновывается и тем, что, исходя из принципа свободы договора, их участниками могут выступать любые субъекты, необязательно субъекты прав на проведение нефтяных операций. Причем, вступая в договорные отношения по реализации объектов, необходимых при проведении нефтяных операций, недропользователь будет выступать, соответственно как субъект, приобретающий соответствующее имущество, и не исключено, что так же как предоставляющий товар, выполняющий работу или оказывающий услугу в связи с широко практикуемым сотрудничеством при проведении нефтяных операций между недропользователями, особенно в плане совместного использования объектов производственной инфраструктуры¹⁶. Более того, поскольку отличительным признаком этих договоров является условие о предмете, мы считаем, что договорами на приобретение товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций следует также называть договоры, заключаемые между контрагентом, предоставляющим недропользователю имущество, необходимое для проведения нефтяных операций и привлеченным им для осуществления принятого на себя обязательства субисполнителем. Естественно, следствием этого условия чаще будет требование специальной правоспособности сторон договоров (в первую очередь связанной с наличием лицензии), однако это связано с тем, что возникающие из анализируемых договоров правоотношения производны от права на проведение нефтяных операций.

Следующая особенность рассматриваемых договоров связана с тем, что осуществление нефтяных операций ввиду их высокзатратного характера обуславливает потребность использования необходимых для их реализации наиболее конкурентоспособных по ценовым и качественным показателям товаров, работ и услуг. Основой для заключения договора на таких условиях служат торги, поскольку их цель — вызвать конкуренцию. В итоге одной из характеристик обязательственных правоотношений по приобретению товаров, выполнению работ и оказанию услуг при проведении нефтяных операций является то, что они, как правило, возникают из сложного юридического состава: проведения тендера, условия реализации которого регулируются ГК и/или специальным законодательством, и заключенного на основе его результатов договора.

Для разграничения отдельных видов договоров определенную роль играют понятия типа разновидности и смешанного договора¹⁷. Однако, несмотря на определенные отличительные черты договоров на приобретение товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций, невозможно выявить специфику опосредствуемых ими материальных отношений либо круг

юридических условий, объективно необходимых для образования данных договорных обязательств, позволяющих в итоге определить их в качестве отдельного типа (вида) гражданско-правового договора. Сложность проектов по разработке нефтяных месторождений опосредует изобилие взаимоотношений, требующих договорного закрепления. Однако множество и разнообразие этих договорных правоотношений не делает еще само по себе целесообразным стремление выделить круг юридических условий, необходимых для образования их в качестве отдельного договорного вида. Тем более что, на наш взгляд, такой круг объективно не существует. Возникающие в результате заключения рассматриваемых договоров самостоятельные правоотношения различны, хотя и производны от права на проведение нефтяных операций, из чего следует их определенная специфика. Тем не менее, приведенное является недостаточным для определения договоров на реализацию имущества при проведении нефтяных операций в качестве отдельного договорного типа (вида) и не требует установления для них специального правового режима, тем более что возможным является поместить их в систему существующих типов гражданско-правовых договоров.

Наиболее распространенная классификация гражданско-правовых договоров дифференцирует все эти договоры, выделяя в них четыре группы: договоры на передачу имущества; договоры на выполнение работ; договоры на оказание услуг; договоры, направленные на учреждение различных образований¹⁸. Отнесенные к этим первым трем группам договоры охватывают движение в гражданском обороте всего набора объектов гражданских прав, что позволяет утверждать, что вся масса гражданско-правовых договоров может быть в полной мере уложена в рамки указанной триады, а «сама она как таковая оказывается достаточной для признания ее первой ступенью классификации гражданско-правовых договоров»¹⁹. Именно принятое нами определение «договоры на приобретение товаров, выполнение работ и оказание услуг при проведении нефтяных операций» вписывает совокупность договоров, объединенных этим определением, в классификационную триаду гражданско-правовых имущественных договоров, в целом охватывающих сферу обмена всеми видами объектов гражданских прав, подтверждая, что это разные договоры.

Существует, однако, возможность объединить рассматриваемые договоры в одну группу предпринимательских договоров. Несмотря на то что ГК исключает выделение предпринимательских договоров в отдельную, самостоятельную и независимую от гражданско-правовых договоров группу, можно говорить об особенных признаках этих договоров, связанных с характером самой предпринимательской деятельности, таких, как прибыльность и коммерческий характер сделки. Названные признаки вытекают из цели предпринимательских договоров, заключающейся в получении чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары, работы и услуги, т.е. предпринимательские договоры заключаются в сфере производственной деятельности или торговых целях²⁰. Среди других признаков²¹ предпринимательских договоров обозначается

наличие хотя бы с одной стороны специального субъекта — предпринимателя, действующего в любой, законом установленной, организационно-правовой форме в сфере предпринимательской деятельности, а также установление более «жестких» правил к предпринимателю, включая повышенную ответственность за нарушение договорных обязательств и ограничение в ряде случаев свободы воли субъекта²². В итоге договоры на реализацию имущества при проведении нефтяных операций являются предпринимательскими, поскольку их стороны — это предприниматели, которые самостоятельно и по своей инициативе вступают в названные договорные отношения с целью получения дохода.

Мы разделяем точку зрения, согласно которой предпринимательский договор выступает как комплексный институт гражданского права, расположенный в иной, дополнительной плоскости, чем институты основной структуры права²³. Это объясняется тем, что в качестве предпринимательского договора может выступить гражданско-правовой договор, делимый на определенные виды, однако который заключается при осуществлении предпринимательской деятельности²⁴. Значит, это договор, который классифицируется прежде всего по субъектам (т.е. договор между предпринимателями), а затем также по дополнительному критерию цели (обслуживание предпринимательской деятельности)²⁵. В итоге предпринимательский договор — это отраслевой комплексный институт, существование которого основано на принципе удвоения структуры права: через реальную структуру обязательств по основным юридическим типам проступает вторичная структура, которая и охватывается понятием «предпринимательский договор»²⁶.

Вывод о предпринимательском договоре как о комплексном институте в системе права распространяется на дальнейшее деление этих договоров, на классификацию институтов отдельных договоров. В первую очередь договорные институты в системе права должны строиться на основе классификации договорных обязательств по видам деятельности, т.е. как обязательства, направленные на передачу имущества, выполнение работ и оказание услуг. Вместе с тем в законодательной практике должна использоваться параллельная, дополнительная система в виде построения институтов по экономическим сферам, в результате применения которой создаются нормативные акты по отдельным видам предпринимательских договоров, а на этой основе формируются договорные институты права, обслуживающие определенную отрасль народного хозяйства. Таким образом, в системе права должны применяться две взаимно пересекающиеся классификации институтов предпринимательских договоров: основная — по видам деятельности и дополнительная — по экономическим сферам. Но эти классификации должны применяться не одновременно, не в одной плоскости, а как параллельные, самостоятельные системы, что вытекает из общих положений о наличии в системе права комплексных институтов. Из ряда возможных классификаций лишь они обладают настолько существенными признаками, чтобы оказаться достаточными для формирования соответствующих институтов системы права²⁷.

Для создания самостоятельного правового института должны существовать системообразующие факторы, внешние для системы, в которой они применяются, и основывающиеся на объективных признаках, определяющихся в данном случае общественными отношениями, регулируемые правом. Они должны быть достаточно существенны, чтобы базирующаяся на них система отражала глубинные, существенные признаки объекта²⁸. Поскольку на основе параллельной классификации формируются договорные институты права, обслуживающие определенную отрасль народного хозяйства, в зависимости от экономической сферы деятельности, предпринимательские договоры можно подразделить на инвестиционные, внешнеэкономические, банковские и т.д. Следовательно, на наш взгляд, учитывая значение нефтедобывающей отрасли для экономики Казахстана, можно говорить о существовании системообразующих факторов, которые основываются на объективных признаках, определяющихся в данном случае регулируемым правом общественными отношениями, возникающими в процессе организации и осуществления приобретения товаров, работ и услуг при проведении нефтяных операций. Факторы эти позволяют выделить рассматриваемые нами договоры в качестве субинститута предпринимательского права.

В итоге договоры на приобретение товаров, выполнение работ и оказание услуг при проведении нефтяных операций отражаются в классификационной триаде гражданско-правовых договоров по видам деятельности как договоры на: передачу товаров, выполнение работ, оказание услуг. В то же время субъектный состав рассматриваемых договорных обязательств, а также их экономическое содержание, которое составляет предпринимательская деятельность, позволяют объединить разные договоры на реализацию имущества при проведении нефтяных операций в одну группу предпринимательских договоров.

Учитывая, что правовые институты могут не только входить один в другой, но и перекрещиваться между собой²⁹, особенности договоров на приобретение товаров, выполнение работ и оказание услуг при проведении нефтяных операций позволяют определить их в качестве субинститутов предпринимательского договора как комплексного института гражданского права. В свою очередь, эти договоры включаются в договоры поставки, договоры подряда и договоры возмездного оказания услуг, как самые распространенные типы договоров на передачу товаров, выполнение работ, оказание услуг, выступая в виде: договора поставки на приобретение товаров при проведении нефтяных операций, договора подряда на выполнение работ при проведении нефтяных операций и договора возмездного оказания услуг при проведении нефтяных операций. Хотя, учитывая сложность проектов по проведению нефтяных операций, они будут также выступать в виде смешанных договоров, содержащих элементы различных договоров, предусмотренных законодательством. В итоге, признавая гражданско-правовую природу рассматриваемых договоров, полагаем, что это особая группа договоров, объединяющая договоры разного типа, выделяемые по экономической сфере их

применения (при проведении нефтяных операций), которые, в свою очередь, включаются в общегражданские договоры.

- ¹ В частности, организации по стандартизации нефтяного сектора включают транспорт в стадию «даунстрим» (*downstream*), различая только две сферы нефтяной промышленности: «апстрим» (*upstream*) и «даунстрим».
- ² Шмелева Д.Н. Правовой режим сооружений обустройства месторождений нефти и газа: автореф. ... канд. юрид. наук. — Тюмень: РАН, Сибирское отделение, Тюменский научный центр, 2004. // <http://orel3.rsl.ru/> от 14.02.2006. С. 4.
- ³ Грей Ф. Добыча нефти. — М.: ЗАО «Олимп-Бизнес», 2003. С. 45.
- ⁴ Zarilla S. Energy Services in International Trade: Development Implications // <http://www.dundee.ac.uk/> от 25.09.2003.
- ⁵ Мухитдинов Н.Б., Мороз С.П. Горное право Республики Казахстан: Учебное пособие. — Алматы: Юрист, 2004. С. 101-119.
- ⁶ Вещные права в Республике Казахстан /Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: Жеті жарғы, 1999. С. 245.
- ⁷ Вещные права в Республике Казахстан /Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: Жеті жарғы, 1999. С. 211.
- ⁸ Закон РК «О нефти» от 28.06.1995 г. № 2350 // Ведомости Верховного Совета РК. 1995. № 11. Ст. 76.
- ⁹ Школьник В.С. Приоритеты дальнейшего развития // Нефтегазовая Вертикаль. 2005. №13 // <http://www.ngv.ru/> от 31.03.2006; Школьник В.С. Развитие нефтегазовой отрасли // Промышленность Казахстана. 2002. № 10. С. 22-25.
- ¹⁰ Pritchard R. Before You Venture Forth — A Checklist of Legal Safeguards for Foreign Investment in Energy and Natural Resources Projects // <http://www.dundee.ac.uk/> от 25.09.2003; Onorato W.T. Legislative Frameworks Used to Foster Petroleum Development. Policy Research Working Paper. The World Bank Legal Department. — Washington, 1995. // <http://www-wds.worldbank.org/> от 19.02.2004. С. 8.
- ¹¹ Об актуальности проблемы местного содержания по контрактам на проведение нефтяных операций, причем проблемы мирового характера, свидетельствует также организация в Лондоне 26-27.10.2006 г. международной конференции, посвященной этим вопросам (Global local content, Summit for Oil and Gas 2006. Build long-term measurable strategies for sustainable growth).
- ¹² Закон РК «О недрах и недропользовании» от 27.01.1996 г. № 2828 // Ведомости Верховного Совета РК. 1996. № 2. Ст. 182.
- ¹³ Басин Ю., Сулейменов М., Осипов Е., Ченцова О. Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации // Invest Kazakhstan. 2004. № 1. С. 88.
- ¹⁴ Новицкий И.В., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Юрид. лит., 1950. С. 137-138.
- ¹⁵ Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики). — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1980. С. 79.
- ¹⁶ Сафинов К.Б., Лебедев В.И. Комментарий к Указу Президента Республики Казахстан, имеющему силу закона, «О недрах и недропользовании». — Алматы: Юрист, 2003. С. 178.
- ¹⁷ Иоффе О.С. Обязательственное право. — М.: Юрид. лит., 1975. С. 37-38.
- ¹⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. — М.: Статут, 2000. С. 7-8.
- ¹⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2003. С. 6.
- ²⁰ Ахмадиева Г.Д. Правовое регулирование внешнеэкономических контрактов в Республике Казахстан: дис. ... канд. юрид. наук. — Алматы: Ин-т гос-ва и права АН РК, 1996. С. 23, 67-68.

- ²¹ Одновременно отмечается, что нет единственного критерия, который мог бы являться основой понятия предпринимательской сделки.
- ²² Куанышбаева С.О. Предпринимательские сделки по законодательству Республики Казахстан: автореф. ... канд. юрид. наук: 07.07.04. — Алматы: КазГЮУ, 2004. С. 16.
- ²³ Естественно, что особое отношение к пониманию сущности предпринимательского договора высказывают сторонники предпринимательского права как самостоятельной отрасли права. Основывая, как правило, понятие этого договора на общем понятии гражданско-правового договора, они стараются выделить его особенности для обоснования самостоятельности этого договора. В частности, они стараются поместить в рамки договора публично-правовые начала, а также представить его не только как правовую форму имущественных отношений, но и средство их организации // Мороз С.П. Инвестиционное право: учебное пособие. — Алматы: Юрист, 2003. С. 109-110.
- ²⁴ Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М.К. Сулейменов. — Алматы: КазГЮА, 2001. С. 30-32, 38.
- ²⁵ Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики). — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1980. С. 164-167; Масевич М.Г., Покровский Б.В., Сулейменов М.К. Правовые формы хозяйственного расчета производственных объединений и предприятий. — Алма-Ата: «Наука» казахской ССР, 1975. С. 188.
- ²⁶ Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики). — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1980. С. 160-164.
- ²⁷ Покровский Б.В., Сулейменов М.К., Наменгенов К.Н. Правоотношения производственных объединений и предприятий в сфере хозяйственного оборота. — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1985. С. 100-102.
- ²⁸ Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики). — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1980. С. 169-170.
- ²⁹ Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики). — Алма-Ата: «Наука» Казахской ССР, 1980. С. 168.

Проблемы правового регулирования газоснабжения в Республике Казахстан

Нуртаева Г.Л.,
аспирант НИИ частного права КазГЮУ

Недра Казахстана, в том числе газ, по запасам которого страна занимает значительное место в мире, представляют собой уникальное богатство, лежащее в основе долгосрочного экономического роста страны. В стратегическом плане развития Казахстана до 2010 г. отмечается, что опережающий рост нефтегазовой отрасли станет определяющим для всей экономики.

Для Казахстана также все более перспективным энергоносителем становится природный газ, разведанные и оценочные запасы которого (с учетом открытых новых месторождений на Каспийском шельфе) составляют около 3,3 трлн куб. м, а потенциальные ресурсы достигают 6-8 трлн куб. м. Вследствие чего предстоящий период в развитии энергетики характеризуется экспертами как эпоха «метана»¹.

Сегодня значение природного газа для экономики и перспективного развития Республики Казахстан очень велико, так как природный газ выступает одним из стратегически важных энергоносителей.

Первый Казахский газоперерабатывающий завод (КазГПЗ), расположенный в городе Жанаозень, был построен в 1973 г. (первая очередь). Завод предназначался для переработки попутного газа с местных прилегающих нефтяных месторождений, так называемого Узеньского куста (Узень Восточный, Тенге Западное и т. д.) и Жетыбайского куста (Жетыбай Южный, Тасбулат, Актас, Нормал Восточный) с мощностью переработки 2,9 млрд куб. м газа в год. В 1979 г. завод был модернизирован с целью обеспечения сырьем нефтехимического завода для производства полиэтилена в городе Актау со строительством трубопровода для транспортировки этана.

В настоящее время в Казахстане по всем категориям месторождений зарегистрировано около 130 месторождений с разрабатываемыми и предварительно оцененными запасами газа, из них: 21—газовые, 9—газоконденсатные, 23—нефтегазоконденсатные, 31—нефтегазовые и прочие с малыми содержаниями газа. При этом в разработке находятся 44 месторождения, содержащие более 80% извлекаемых запав

сов углеводородных газов. Кроме того, практически все крупные разрабатываемые нефтегазовые месторождения Республики Казахстан имеют в составе добываемой нефти растворенный газ. В целом мировые запасы природного газа оцениваются в 146 трлн куб. м. Однако крупнейшие доказанные запасы природного газа сосредоточены в основном в двух регионах: в странах СНГ (38,4%) и Ближнего Востока (33,6%). На западноевропейские страны приходится всего 3% мировых запасов, большая часть из которых приходится на континентальный шельф Норвегии².

В настоящее время и в перспективе природный газ, являясь одним из основных видов энергоносителей, наиболее широко используется в производстве и в быту — и сам газ, и продукты его переработки обеспечивают работу промышленности, сельского хозяйства и транспорта.

Газ входит в группу товаров, которые относятся к категории энергоресурсов, а в более широком понимании — энергии.

Энергия, то есть способность материи осуществлять полезную работу, по определению С.К. Идрышевой, является объектом гражданских прав в виде электрической или тепловой энергии. Энергоресурсы (газ, вода, нефть и нефтепродукты) являются объектами гражданских прав в качестве энергоносителей, с помощью которых вырабатываются разные виды энергии (электрическая, тепловая, химическая, механическая и т.д.)³.

В соответствии с общепринятой в континентальном праве классификацией объектов гражданских правоотношений энергия и энергоресурсы являются движимыми, частично оборотоспособными, простыми, делимыми, потребляемыми вещами, определяемыми родовыми признаками. Энергия и энергоресурсы одновременно являются и средством производства, и предметом потребления, что служит еще одним доказательством особого характера энергии и энергоресурсов как вида имущества, вещей.

Отнесение объекта к движимому имуществу означает, что перемещение энергии и энергоресурсов в пространстве возможно без несоразмерного ущерба их назначению. Более того, энергия и энергоносители (энергоресурсы) предназначены именно для того, чтобы перемещать их в пространстве, и именно в этом заключается их ценность как товара. Но именно благодаря указанному свойству энергию и некоторые энергоресурсы невозможно сдать в аренду.

Оборотоспособность объектов гражданского права означает, что вещи могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом (п.1 ст. 116 ГК РК). Для отчуждения же энергии и/или энергоресурсов необходима специальная лицензия, и они не могут переходить по наследству, при реорганизации в силу постоянной их потребляемости. Кроме того, чтобы быть носителями прав и обязанностей в отношении энергии и энергоресурсов, необходимо иметь специальные технические устройства, присоединенные к сети. Поэтому закономерно отнести исследуемые объекты к частично оборотоспособным вещам⁴.

Энергия и энергоресурсы являются одними из наиболее распространенных и востребованных товаров в современном гражданском обороте, этому способствует развитие технических средств и средств оснащения. Они относятся к имущественным благам, которые могут удовлетворять материальные и иные потребности субъектов права и на этом основании включены в круг отношений, регулируемых гражданским правом⁵.

Характеризуя газ как особый вид имущества, вещи, полагаем, газ, как один из видов энергоресурсов, так же как и световая энергия, наиболее востребован как товар и является потребляемой вещью, так как в процессе использования газ утрачивает свои качества, поэтому газ должен находиться в сети потребителя постоянно. При этом газ не индивидуально определенная вещь, а характеризуется общими признаками, тем самым относится к категории родовых заменимых вещей. Кроме того, газ относится к делимым вещам, так как в результате раздела газ не меняет своего назначения.

Основываясь на различии источников происхождения газа, можно выделить несколько его разновидностей: природный, нефтяной (попутный), отбензиненный сухой, газ из газоконденсатных месторождений, добываемый и собираемый газо- и нефтедобывающими организациями, и газ, вырабатываемый газо- и нефтеперерабатывающими организациями. То есть газ может 1) непосредственно добываться из недр и 2) быть продуктом нефтеперерабатывающего производства или промышленной очистки «сырого» газа.

Исходя из вышеперечисленных свойств газа как особой разновидности вещи, товара, и использование его в обороте в газоснабжении требует существования специальной деятельности.

Газоснабжение как экономико-технологический процесс представляет собой деятельность специализированных организаций по обеспечению потребителей газом, в том числе деятельность этих организаций по формированию фонда разведанных месторождений газа, добыче, транспортировке, хранению и подаче газа.

Специфика деятельности предприятий газовой отрасли заключается в:

- ♦ необходимости использования специального оборудования для осуществления процессов добычи, производства, транспортировки газа (нефтеперерабатывающего оборудования, газопроводов высокого, среднего и низкого давления, газораспределительных станций и пунктов, приборов учета и т.п.);
- ♦ особых нормативных условиях поддержания данного оборудования в надлежащем рабочем состоянии, связанных со свойствами газа, как источника повышенной опасности;
- ♦ непрерывности и неразрывности процессов добычи газа, его транспортировки и потребления;
- ♦ ограниченной возможности складирования газа в сколько-нибудь значительных количествах;
- ♦ зависимости режима эксплуатации технических устройств предприятий сферы газоснабжения от режима потребления газа конечными покупателями.

Процесс газоснабжения и в технологическом, и в экономическом, и в правовом смыслах представляет

собой цепь неразрывно связанных между собой звеньев: добыча — транспортировка — хранение (складирование) — использование. Каждый этап в этой цепочке — это целый комплекс правовых отношений его участников.

Газоснабжение как экономическая категория обусловлено балансом интересов добывающих компаний, газораспределительных и газотранспортных организаций, а также фирм, являющихся собственниками непосредственно газа и представляющих собой посредников между газодобывающими компаниями и конечными потребителями газа, использующими его для собственных нужд — бытовых (личных) или промышленных.

К сфере правового регулирования газоснабжения в Республике Казахстан, кроме добычи и транспортировки газа, относится и процесс подачи газа, который в настоящий момент опосредуется договорами гражданско-правового характера.

Позиция о сходстве договоров на подачу газа, снабжение электрической и тепловой энергией обосновывается с 80-х годов прошлого века. С.М. Корнеевым впервые предложено объединить указанные договоры в одну группу — на снабжение энергоресурсами через присоединенную сеть⁶. Эту позицию разделяла С.Д. Горева, которая полагала, что необходимость относительно самостоятельного правового регулирования отношений в области приема-передачи газа обусловлена особенностями технологических (производственных) и экономических отношений⁷.

По мнению А.М. Шафира, договоры снабжения электрической, тепловой энергией и газом образуют самостоятельный гражданско-правовой договор на снабжение энергией и газом через присоединенную сеть. Он утверждает, что возникающие на основе рассматриваемых договоров обязательства по снабжению через присоединенную сеть являются самостоятельным договорным институтом, обособившимся в системе обязательственного права наряду с поставкой, перевозкой и другими договорами⁸.

Эта же позиция отстаивалась В.К. Марковым⁹. По его мнению, договор газоснабжения обладает практически всеми характерными признаками договоров на снабжение ресурсами через присоединенную сеть:

- ♦ содержанием договора является продажа ресурса, нетипичного объекта вещных прав;
- ♦ у потребителя (абонента) имеются в наличии приборы, оборудование, ресурсопринимающие устройства для присоединения к сетям ресурсоснабжающей организации;
- ♦ налицо передача ресурса через присоединенную сеть;
- ♦ на потребителя возложены дополнительные обязанности, связанные с необходимостью соблюдения режима безопасности при эксплуатации находящихся в его ведении сетей;
- ♦ ресурсоснабжающая организация обладает правом контролировать состояние технических средств и безопасность их эксплуатации, возникающим из договора и не являющимся проявлением властных полномочий.

Выявление существенных отличий в экономическом и правовом содержании договора снабжения га-

зом через присоединенную сеть с договорами подряда, поставки, перевозки и возмездного оказания услуг позволяет, по мнению В.К. Маркова, утверждать, что указанный договор является самостоятельным в системе договоров в гражданском праве и относящимся к договорному типу купли-продажи. Далее автор определяет договор газоснабжения (снабжения газом через присоединенную сеть) как «соглашение, по которому снабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) газ в обусловленных пределах и определенного качества при наличии у него соответствующих технических предпосылок для получения газа через присоединенную сеть, а абонент (потребитель) обязуется принимать и оплачивать газ, а также соблюдать предусмотренный договором режим его получения (потребления), обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении сетей и исправность используемых в связи с этим приборов и оборудования»¹⁰.

Между тем, по мнению В.В. Витрянского, договором энергоснабжения регулируются отношения, связанные со снабжением через присоединенную сеть, лишь в тех случаях, когда через нее подается энергия, а не любые ресурсы или товары. Кроме того, что касается содержащихся положений о применении правил о договоре энергоснабжения к некоторым другим правоотношениям, то он утверждает, что это не более чем прием законодательной техники, призванный компенсировать отсутствие норм, регулирующих соответствующие договоры¹¹.

Вместе с тем применение к правоотношениям сторон договора газоснабжения норм Гражданского кодекса о договоре поставки вызывает некоторые проблемы. Так, например, учитывая специфику предмета правового регулирования, к этим правоотношениям невозможно применить нормы Гражданского кодекса, например, об обязанности поставщика, допустившего недопоставку товаров в отдельном периоде поставки, восполнить недопоставленное количество товаров в следующем периоде, что прямо запрещено Правилами, разработанными Правительством РК (Правила поставки, транспортировки и реализации природного газа и Правила поставки, перевозки и пользования сжиженными углеводородными газами — далее ППГ и ПСУВГ)¹², за исключением определенных в договоре случаев; о взыскании с поставщика договорной неустойки за недопоставку товаров нарастающим итогом до фактического исполнения обязательств в пределах его обязанности восполнить недопоставленное количество товаров в последующих периодах поставки; об обязанности покупателя в определенных случаях принять поставленный товар на ответственное хранение; о правах покупателя в случае поставки ему товаров ненадлежащего качества, и в частности о праве покупателя требовать замены поставленного товара и некоторые другие.

Противоречие между содержанием ППГ и ПСУВГ и фактическими отношениями, возникающими в процессе газоснабжения потребителей, обоснованы тем, что Правительству делегированы полномочия по регулированию сферы газоснабжения (см. п. 2 ст. 492 ГК РК). Регулирование отношений на уровне актов

Правительства, таких как Правила, «уводит» отношения газоснабжения из области договорных отношений — энергоснабжения, регулируемых Гражданским кодексом.

Сравнивая правоотношения сторон договора газоснабжения с аналогичными взаимодействиями участников договоров, например, на снабжение нефтью и водой, можно сделать вывод о том, что использование трубопроводной (присоединенной) сети в процессе газоснабжения потребителей является не одним из способов исполнения договора и не технической особенностью, а спецификой договора газоснабжения, поскольку использование присоединенной сети является в данном случае одним из квалифицирующих признаков договора газоснабжения, вытекающим из особенностей его предмета — газа.

Таким образом, мы считаем, что для квалификации договора газоснабжения и определения его места в системе гражданско-правовых договоров, относящихся к купле-продаже, целесообразно и необходимо объединить энергию (электрическую и тепловую) и энергоресурсы (газ, нефть, нефтепродукты, воду и т.п.) в единую специфическую категорию вещей, выступающих предметом соответствующих договоров, в целях установления их принадлежности к единой категории договоров снабжения через присоединенную сеть.

С нашей точки зрения, это является необходимым и для того, чтобы окончательно провести разграничение со схожим по некоторым признакам договором поставки, в котором условие о предмете договора хоть и является существенным, однако товар, выступающий предметом договора поставки, не играет определяющей роли в договорных отношениях. В договорах энергоснабжения, и в договоре газоснабжения в том числе, напротив, выступающая предметом договора энергия (электрическая и тепловая) либо энергоресурсы (газ, нефть, нефтепродукты, вода и т.д.), обладая особыми физическими свойствами, оказывают существенное влияние на специфичный характер исполнения обязательств.

Далее полагаем необходимым остановиться на существующих проблемах гражданско-правового ограничения договорных отношений в сфере газоснабжения.

Применительно к научному понятию ограничения мы обосновываем ее существование в волеизъявлении субъектов — газоснабжающих организаций. С другой стороны, данное ограничение необходимо в качестве гарантий прав потребителя. Правовой режим публичных договоров в том виде, в каком он регламентируется ст. 387 ГК РК, охватывает право потребителя требовать от газоснабжающей организации заключения с ним договора, условия которого должны быть одинаковыми для всех потребителей газа. Перечисленным правам потребителей корреспондирует обязанность газоснабжающей организации не проводить какой-либо дискриминации среди потребителей ни при решении вопроса и заключения договора газоснабжения, ни при определении его условий, ни в ходе его исполнения или прекращения.

Появление нормы о публичном договоре в казахстанском законодательстве имеет чрезвычайно важное значение для эффективного развития гражданско-

правовых отношений, как в юридическом, так и в нравственном отношении, поскольку является важнейшей гарантией прав и интересов потребителей.

Цели потребителей и коммерческих организаций, как известно, в определенной степени не совпадают. Потребитель стремится удовлетворить свои потребности в товарах, работах и услугах, а коммерческая организация (предприниматель) преследует извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности (ч. 1 ст. 34 ГК РК) при минимальных затратах и издержках. При этом коммерческая организация имеет значительные преимущества в достижении своих целей по отношению к потребителю, т.к. располагает большими материально-финансовыми, информационными, административными, кадровыми и другими ресурсами, чем потребитель. Последний, как правило, не имеет достаточных правовых знаний и профессиональных навыков для защиты своих интересов и т.д. В этом отношении особенно видна разница «весовых категорий» между крупными концернами и акционерными обществами, с одной стороны, и рядовыми гражданами — с другой. Образно говоря, коммерческая организация является «сильной стороной», а потребитель — «слабой стороной» в реализации договорных отношений, возникающих в данной сфере гражданского оборота¹³.

Решение этой проблемы, мы полагаем, становится возможным при условии определенного ограничения свободы договора посредством введения норм-гарантий, предусматривающих особое право требования для потребителя и дополнительных обязанностей для предпринимателя в условиях рынка. При этом государство защищает гражданина не как отдельного индивидуума, а как представителя определенной части общества, называемой применительно к рассматриваемым общественным отношениям потребителем.

Государство, законодательно регулируя данную категорию правоотношений, делает акцент на публично значимых факторах. Таким фактором является публичный интерес потребителей товаров, получателей услуг. Целевое назначение использования второй стороной договора — потребителем — товаров, работ и услуг имеет определяющее договорной режим значение: общий или специальный (публичный). Потребление товаров, работ и услуг не в бытовых, личных и семейных целях вытесняет этот договор за рамки публичного.

Публичные договоры — исключение из принципа «свободы договора», способ вмешательства государства в договорные отношения с целью защиты слабой стороны — покупателя, потребителя.

Между тем свобода договора — одно из фундаментальных начал гражданского права. Это положение рассматривается в качестве принципа гражданского законодательства (ст. 2 ГК РК), легальное содержание которого раскрывается в ст. 380 ГК РК, включающей два аспекта: во-первых, свободу заключения договора; принуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена Гражданским кодексом, законодательными актами или добровольно принятым обязательством; во-вторых, возможность заключения

сторонами договора, как предусмотренного, так и не предусмотренного законодательством.

Положение ст. 380 ГК является принципиально новым, так как в плано-распределительной экономике свободы договора не было. Раньше использовалось понятие «право выбора решения», относящееся к различным моментам, связанным с заключением договоров. Оно могло касаться самого вопроса об установлении хозяйственной связи, выбора контрагента, условий договора; могло быть предоставлено сторонам по одному или по нескольким моментам договорных отношений. Однако это право осуществлялось по плановым заданиям, а разворачивая свою хозяйственную деятельность, социалистические предприятия, как органы государства, выполняли лишь его волю¹⁴.

В условиях действия принципа свободы договора допускается ограничение отдельных правомочий субъектов договорного процесса только по соображениям защиты публичных и частных интересов, в частности вышеназванных. Причем «ограничения свободы договора в гражданско-правовом обороте должны отвечать требованиям справедливости, быть соразмерны конституционно значимым целям защиты соответствующих прав и законных интересов и основываться на законе», поскольку «ограничение свободы договора как одного из общих начал гражданского законодательства в конечном счете является ограничением конституционных прав и свобод, прежде всего свободы экономической деятельности»¹⁵.

Учитывая вышеизложенное, можно сделать вывод, что публичный договор представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих договорные правоотношения, возникающие в различных сферах деятельности, где присутствует экономическое неравенство сторон, требующее установления дополнительных правовых гарантий для потребителей.

Отмечая значение института публичного договора, следует добавить, что его введение способствует также противодействию развитию монополистических тенденций, с одной стороны, и созданию гарантий функционирования свободного рынка и конкуренции, — с другой. Казахстан, как и другие индустриальные государства, не миновало появления монополий, оказывающих давление на потребителей и ограничивающих свободу рыночных отношений.

С помощью указанных положений—ограничений из принципа свободы заключения договора создаются и гарантируются государством равные правовые возможности потребителям в удовлетворении всего спектра их потребностей в приобретении товаров, выполнении работ и оказании услуг. Требование поддержания равноправия потребителей в обществе — одно из основных положений демократического гражданского правового общества, закрепленных в Конституции.

Проанализировав ситуацию, сложившуюся в Казахстане, ясно видно, что на новом историческом витке общество столкнулось с проблемой массовых нарушений прав субъектов, являющихся в экономическом и юридическом смысле «слабой стороной». Этим обуславливается введение в казахстанское законодательство норм, устанавливающих дополнительные гарантии имущественных прав, интересов потребителей

в договоре. Их содержание во многом схоже с нормами зарубежного права. Это обусловливается развитием внешнеэкономической деятельности наших предпринимателей, развитием инвестиционных отношений с участием зарубежных партнеров.

Вместе с тем следует отметить, что казахстанское законодательство, включив в Гражданский кодекс общую норму о публичном договоре, подошло более основательно к решению данной проблемы, чем зарубежное. Наличие унифицированных положений, подлежащих применению ко всем договорам, в которых стороны заведомо не обладают равными возможностями защитить свои права, облегчает применение законодательства. Детальное же регулирование порядка заключения и исполнения того или иного вида публичного договора обеспечивается путем применения норм Особенной части ГК РК, регулирующих соответствующий договор, и путем принятия специальных законов и подзаконных актов, положения которых не должны противоречить Гражданскому кодексу как законодательному акту конституционного значения. В соответствии с Законом Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» такая иерархия норм, в частности, направленных на защиту прав потребителей, в наибольшей степени позволяет обеспечить соблюдение этих прав.

Анализ практики применения публичного договора предприятиями сферы газоснабжения в РК показал, что эта договорная форма используется в условиях подачи газа через присоединенную сеть в качестве инструмента поставщика. Как следует из текста абонентских договоров газоснабжения, все они являются публичными и тем не менее представляют собой яркий пример навязывания условий договора потребителю.

Проиллюстрируем это утверждение некоторыми положениями этих договоров.

К примеру, в отношении цены договором на поставку газа предусмотрено, что Поставщик обязуется доводить до Потребителя через средства массовой информации сведения об изменении цен и тарифов на газ и услуги¹⁶. Далее, другим договором на снабжение природным газом предусмотрено, что Поставщик обязан информировать Потребителя об изменении цены на природный газ, условий оплаты, режима предоставления услуг, их потребительских свойствах путем публикации объявлений в средствах массовой информации не позднее чем за 10 дней до их введения..., информировать Потребителя через средства массовой информации о причинах недопоставки природного газа и производить перерасчет в соответствии с фактически поставленным объемом газа или поставки его другого качества, установленного Договором по независящим от него обстоятельствам¹⁷.

Договором на снабжение сжиженным газом также предусмотрена обязанность Поставщика информировать Потребителя об изменении цены на сжиженный газ, условий оплаты, режима предоставления услуг, их потребительских свойствах путем публикации объявлений в средствах массовой информации не позднее, чем за 10 дней до их введения... расчеты за поставку сжиженного газа между поставщиком и потребителем при наличии индивидуального прибора учета произво-

дятся по действующему тарифу за 1 куб м сжиженного газа, при отсутствии или неработающем приборе учета по цене на одного человека, исходя из зарегистрированных (прописанных) и фактически проживающих в данном жилом помещении жильцов¹⁸.

В отношении срока действия и условий заключения договоров установлено следующее: договор вступает в силу с момента его публикации в средствах массовой информации, договор считается заключенным на неопределенный срок с момента первого фактического подключения Потребителя к присоединенной сети¹⁹. В тексте договора прямо предусматривается, что в соответствии с гражданским законодательством данный договор является публичным. Таким образом, он считается заключенным вне зависимости от соблюдения формальных условий его заключения (подписи абонента) и обязателен для исполнения в случае, если стороны фактически находятся в данных договорных отношениях²⁰.

Кроме того, вышеуказанные договоры предусматривают, что Потребитель обязан беспрепятственно с 8-00 до 22-00 допускать представителя Поставщика для осмотра и ремонта газовых сетей, приборов и оборудования, а при отсутствии счетчика обмера отапливаемой площади, сверки количества проживающих и животных нормируемых по расходу газа по предъявлении служебного удостоверения... Поставщик имеет право... отключать газ, если Потребитель без оснований не допускает его представителей для осмотра и технического обслуживания газовых приборов, оборудования, газопроводов²¹.

Проанализировав тексты вышеуказанных договоров, задаемся рядом вопросов. Что, если все члены семьи во время посещения представителя Поставщика работают за пределами своего дома? Кто и как определяет тариф? С кем он согласовывается? Ведь получается, что ни один владелец частного дома, ни один фермер не может планировать свои затраты на отопление помещений, то есть себестоимость своей продукции. Почему нельзя известить Потребителя об изменении тарифов хотя бы на бланке счета, который он ежемесячно получает от Поставщика? Почему обязанность оплаты возникает уже на основании подключения Потребителя к присоединенной сети, даже если он не ознакомлен с условиями договора? Почему, собственно, коммерческая организация имеет право разработанный ею договор присоединения объявлять публичным, даже не указывая в тексте договора основное его условие — тариф (цену предоставляемого товара)?

Заметим, что в ст. 387 ГК РК нет нормы, которая бы утверждала, что этот договор вступает в силу после публикации его текста в СМИ и первой оплаты за услуги поставщика. Более того, такой договор газоснабжения не мог быть в принципе заключен с конкретным физическим потребителем по той простой причине, что для его заключения, согласно норме ст. 483 п.1 ГК РК, поставщики обязаны предварительно поставить каждому потребителю газовый счетчик в каждую квартиру. Строго говоря, рассмотренные выше договоры снабжения газом населения представляют собой не договор, а публичную оферту, т.е. предложение о заключении договора. Однако из ст. 395 ГК РК вытекает, что

опять не соблюдены все требования этой статьи — нет предложения о заключении договора конкретным лицам, в предложении не содержатся существенные условия договора. Точно также нельзя говорить и об акцепте потребителя (ст. 396 ГК РК), поскольку акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Поставщик не может предъявить ответ потребителей, который должен быть полным и безоговорочным, а молчание не является акцептом (ответом).

Таким образом, абонентский договор газоснабжения следует в рамках действующего законодательства отнести к категории публичных договоров.

При этом анализ практики применения публично-го договора предприятиями сферы газоснабжения требует дальнейшего совершенствования. Исходя из таких целей, считаем, что Правительству РК необходимо разработать Типовой абонентский договор газоснабжения, условия которого должны полностью соответствовать всем положениям Гражданского кодекса РК, в равной мере отражать интересы всех сторон договора, регулировать весь комплекс правоотношений, возникающих при газоснабжении населения, включая ответственность и порядок компенсации за ущерб от аварий, связанных с транспортировкой и использованием газа, а также порядок установления тарифов (цены) на газ.

¹ Программа развития газовой отрасли Республики Казахстан на 2004-2010 годы, утверждена Постановлением Правительства Республики Казахстан от 18.06.2004 г. № 669. С. 3.

² Программа развития газовой отрасли Республики Казахстан на 2004-2010 годы. С. 6-9.

³ Идрышева С.К. Правовые проблемы энергоснабжения в Республике Казахстан: дисс. к.ю.н. — Алматы: Казахская государственная юридическая академия, НИИ частного права, 2001. С. 19.

⁴ Идрышева С.К. Указ. работа. С. 15.

⁵ Право и собственность в Республике Казахстан / Под ред. Сулейменова М.К. — Алматы: Жеті Жарғы, 1998. С. 102.

⁶ Корнеев СМ. Договор о снабжении энергией: автореф. дис. канд. юрид. наук. — М., 1953. С. 12-14.

⁷ Горева С.Д. Правовая природа договора подачи газа // Хозяйство и право. 1994. № 7. С.123-124.

⁸ Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий. Правовые вопросы. — М.: Юридическая литература, 1990. С. 7.

⁹ Марков В.К. Договор газоснабжения в российском гражданском праве: дисс. к.ю.н. — Краснодар: Кубанский государственный аграрный университет, 2002. 182 с.

¹⁰ Марков В.К. Указ. работа. С. 18.

¹¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Изд. 3-е, стереотипное. — М.: Статут, 2001. С. 136.

¹² Постановление Правительства РК от 11 июня 2003 г. № 568 «Об утверждении Правил поставки, транспортировки и реализации природного газа, Правил поставки, перевозки и пользования сжиженными углеводородными газами».

¹³ Мищенко Е. А. Публичный договор в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. С. 35.

¹⁴ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972. С. 66.

¹⁵ Танага А.Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 19.

¹⁶ Публичный договор на поставку газа населению (частный сектор) // Справочная система компании ЮриИнфо «Юрист» <http://base.zakon.kz>.

¹⁷ Договор снабжения природным газом (г. Алматы, 25 декабря 2003 года) // Справочная система компании ЮриИнфо «Юрист» <http://base.zakon.kz>.

¹⁸ Договор снабжения сжиженным газом (г. Алматы, 30 декабря 2003 г.) // Справочная система компании ЮриИнфо «Юрист» <http://base.zakon.kz>.

¹⁹ Там же. С. 2.

²⁰ Публичный договор на поставку газа населению (частный сектор) // Справочная система компании ЮриИнфо «Юрист» <http://base.zakon.kz>.

²¹ Там же. С. 2-3.

Вопросы совершенствования законодательства Республики Казахстан о недрах и недропользовании

*Ильясова К.М. , главный научный сотрудник НИИ
частного права КазГЮУ, доктор юридических наук*

Республика Казахстан является одной из богатейших стран мира с точки зрения запасов полезных ископаемых. Так, из 55 стран, добывающих нефть, Казахстан занимает 24-е место¹. С момента приобретения Республикой Казахстан государственного суверенитета богатство недр стало одной из важнейших его материальных основ. От того, как они будут использованы, в значительной степени зависят подъем экономики страны и народное благополучие². В связи с этим возросло значение правового регулирования отношений, возникающих в сфере недропользования. В настоящее время законодательство о недрах и недропользовании сформировано и достаточно эффективно действует. Одним из первых законов, регулирующих отношения в сфере недропользования, является Кодекс РК о недрах и переработке минерального сырья от 30 мая 1992 г. М.К. Сулейменов отмечает, что Кодекс сыграл большую роль в развитии горнодобывающей отрасли экономики Казахстана, так как заложил правовую основу недропользования в Республике Казахстан³. В последующем были приняты указы Президента РК, имеющие силу закона, от 28 июня 1995 г. «О нефти» и от 27 января 1996 г. «О недрах и недропользовании», которые в 2004 г. переименованы в законы и в настоящее время являются основными законодательными актами, регулирующими отношения в сфере недропользования.

С момента принятия указанных законодательных актов Республики Казахстан прошло более десяти лет. Вместе с тем, несмотря на то что законодательство о недрах и недропользовании для Казахстана является одним из экономически и социально значимых, до настоящего времени в нем не нашло отражения решение ряда вопросов, что влияет на инвестиционную привлекательность отрасли, увеличивает риски недропользователей и других участников гражданских правоотношений и создает неко-

торую неопределенность в возникающих отношениях.

Одной из теоретических и практических проблем правового регулирования отношений в сфере недропользования является соотношение норм специального законодательства о недропользовании и норм гражданского законодательства, в том числе норм, регулирующих вещные и обязательственные правоотношения. В соответствии с п. 3 ст. 4 Закона РК от 27.01.1996 г. «О недрах и недропользовании» (далее — Закон о недрах и недропользовании) гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами данного Закона. Таким образом, нормы гражданского законодательства к рассматриваемым отношениям применяются субсидиарно, в части, не урегулированной законодательством о недропользовании. Следует при этом отметить, что нормы законодательства о недропользовании, регулирующие обязательственные отношения, содержат по ряду вопросов существенные отличия в сравнении с нормами гражданского законодательства, регулирующего аналогичные отношения.

Одно из таких различий заключается в установлении различной процедуры расторжения контракта на недропользование в одностороннем порядке в зависимости от того, кто инициирует его расторжение, государство или недропользователь. Например, в соответствии со ст. 401—402 ГК РК, если нет соглашения сторон, расторжение договора осуществляется только в судебном порядке. Помимо расторжения договора ГК РК допускает односторонний отказ от его исполнения. Последствием как расторжения договора, так и одностороннего отказа от его исполнения является прекращение обязательства. При этом односторонний отказ от исполнения договора — это внесудебная процедура и допускается по основаниям, предусмотренным ГК РК, иными законодательными актами или соглашением сторон (ст. 404 ГК РК).

Сравним приведенные нормы ГК РК с нормами Закона о недрах и недропользовании, регулирующими основания и процедуру расторжения контрактов в сфере недропользования. В ст. 45-2 Закона о недрах и недропользовании установлены основания для расторжения контракта компетентным органом в одностороннем порядке. Из формулировки статьи, таким образом, вытекает, что, в отличие от ГК РК, в сфере недропользования допускается одностороннее расторжение договора по инициативе государства во внесудебном порядке. Так, например, при банкротстве недропользователя компетентный орган в одностороннем порядке расторгает договор. Согласно же нормам ГК РК банкротство контрагента является основанием для отказа от исполнения договора (ст. 404). В то же время в Законе о недрах и недропользовании нет специальных норм, в соответствии с которыми недропользователь вправе требовать расторжения контракта или отказаться от его исполнения. В этой связи расторжение контракта или отказ от его исполнения по инициативе недропользователя регулируется ГК РК. Если в контракте на недропользование не предусмотрены для недропользователя дополнительные основа-

ния для отказа от исполнения контракта, недропользователь может отказаться от исполнения договора по основаниям, предусмотренным в ст. 404 ГК РК. Из трех оснований, предусмотренных в п. 2 ст. 404 ГК РК, недропользователь, как правило, может сослаться только на обстоятельства, предусмотренные в подпункте 1 (невозможность исполнения обязательства). Однако при наступлении обстоятельств для отказа от исполнения договора со стороны недропользователя по данному основанию могут возникнуть проблемы с осуществлением права, поскольку при установлении соотношения между нормами Закона о недрах и недропользовании и ГК РК нет полной ясности по вопросу о прекращении обязательства по инициативе недропользователя.

На наш взгляд, решение вопроса об основаниях и механизме прекращения обязательств в сфере недропользования обусловлено правовой природой возникающих отношений. В казахстанской научной литературе обосновано, что контракты в сфере недропользования имеют гражданско-правовую природу. Так, по мнению М.К. Сулейменова, нет сомнений 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 лица⁴.

Далее автор пишет, что практически весь мир переходит к признанию того, что государство, вступая в частноправовые отношения, выступает как обычный субъект частного права, теряющий свои властно-правовые функции и право на судебный иммунитет. То, что мы придерживаемся другой точки зрения, никого не волнует... В мире существует два основных способа предоставления недр в пользование — лицензия и контракт. При выборе законодателем такого способа, как заключение контракта, государство полностью переходит на гражданско-правовые рельсы (само добровольно, самостоятельно), и отступить от гражданско-правовых принципов (прежде всего равенства сторон, неприкосновенности собственности, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела — см. ст. 2 ГК) оно не вправе⁵.

В связи с изложенным мы признаем, что отличия в механизме прекращения правоотношений в сфере недропользования в зависимости от того, кто инициирует прекращение контракта (государство или недропользователь), нельзя признать обоснованными. Обязательственные правоотношения в сфере недропользования имеют особенности, обусловленные прежде всего социальным значением недр и предметом договора. В этой связи мы считаем, что законодатель вправе в Законе о недрах и недропользовании установить особые или дополнительные основания для расторжения контракта на недропользование или отказа от его исполнения. Вместе с тем процедура прекращения обязательств в одностороннем порядке не может быть

различной в зависимости от того, кто ее инициирует, государство или недропользователь. Установление для государства административного внесудебного порядка расторжения контракта в одностороннем порядке, а для недропользователя — только судебной процедуры, на наш взгляд, нарушает прежде всего принцип равенства сторон в гражданских правоотношениях.

Аналогичные проблемы возникают при применении норм ГК РК и Закона РК от 23.12.1995 г. «Об ипотеке недвижимого имущества» (далее — Закон об ипотеке) при залоге права недропользования. Так, в соответствии с п. 1-2 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства, обеспеченного залогом права недропользования, обращение взыскания на заложенное имущество производится в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан. В связи с тем что в Законе о недрах и недропользовании отсутствуют специальные нормы об обращении взыскания на предмет залога и в то же время в п. 1 ст. 14 установлено, что передача права недропользования недропользователем другому лицу осуществляется с разрешения компетентного органа, при обращении взыскания на предмет залога возникает ряд вопросов. Так, например, из п. 1 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании ясно вытекает, что для передачи в залог права недропользования нужно согласие компетентного органа. Но в Законе о недрах и недропользовании отсутствуют нормы о том, нужно ли при обращении взыскания на право недропользования, являющегося предметом залога, разрешение компетентного органа на передачу права недропользования. Если нужно разрешение компетентного органа не только на передачу права недропользования в залог, но и на передачу права недропользования при обращении на него взыскания, то возникает соответственно вопрос о том, нужно ли такое разрешение получить на взыскание или на передачу права недропользования взыскателю, победителю торгов или на всех их участников. Из смысла п. 1 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании вытекает, что разрешение компетентного органа требуется только на передачу права недропользования недропользователем. При продаже права недропользования в порядке обращения взыскания или при передаче его в натуре кредитору, если торги не состоялись (п. 3 ст. 32 Закона об ипотеке), недропользователь не является участником договора, так как стороной таких правоотношений признается организатор торгов (п. 2 ст. 910, ст. 915 ГК РК). Соответственно на организаторов торгов при обращении взыскания на право недропользования требования п. 1 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании не должны распространяться.

Вместе с тем при отчуждении права недропользования, являющегося предметом залога, происходит замена лица в обязательстве. Государство, как сторона контракта, заинтересовано в переходе права недропользования лицу, которое надлежащим образом исполнит обязательства недропользователя. Однако анализ ст. 14 Закона о недрах и недропользовании не дает ясного ответа на поставленные вопросы. Это делает неопределенной процедуру обращения взыска-

ния на право недропользования и создает условия для субъективизма.

Другая часть проблем связана с тем, что в настоящее время законодательство РК не дает четкого ответа на вопрос, возникает ли право недропользования тогда, когда для использования пространства ниже почвенного слоя не требуется заключения контракта с компетентным органом. Законодательство РК в определении понятия «недра» исходит из геометрического подхода⁶. В соответствии с п. 25 ст. 1 Закона о недрах и недропользовании недра — это часть земной коры, расположенная ниже почвенного слоя, а при его отсутствии — ниже земной поверхности и дна морей, озер, рек и других водоемов, простирающаяся до глубин, доступных для проведения операций по недропользованию с учетом научно-технического прогресса.

В настоящее время участники гражданских правоотношений вправе пользоваться недрами путем приобретения права недропользования или сервитутов. Право недропользования приобретает путем заключения с компетентным (уполномоченным) органом контракта (для осуществления операций на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу, строительство подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей) или договора (для геологического изучения недр) (ст. 13 Закона о недрах и недропользовании). В соответствии с п. 3 ст. 13 Закона о недрах и недропользовании без заключения контракта на недропользование допускается только добыча общераспространенных полезных ископаемых для собственных нужд на земельных участках, принадлежащих недропользователю на праве частной собственности или временного землепользования (п. 3 ст. 10 Закона о недрах и недропользовании).

Одним из видов недропользования является строительство подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей (п. 1 ст. 10 Закона о недрах и недропользовании). В п. 45 ст. 45 Закона о недрах и недропользовании под строительством и (или) эксплуатацией подземных сооружений, не связанных с разведкой и добычей, понимается строительство и (или) эксплуатация подземных сооружений для хранения нефти и газа, а также подземных инженерных сооружений для захоронения радиоактивных отходов, вредных веществ и сточных вод. Из изложенного вытекает, что строительство подземных сооружений иного назначения не относится к недропользованию, и соответственно заключения контрактов на недропользование с компетентным органом не требуется. В частности, ниже почвенного слоя, то есть в недрах земли, строятся фундаменты домов, подземные гаражи, метрополитен, трубопроводы и т.д. Для строительства указанных объектов контракта на недропользование соответственно не требуется.

Вместе с тем в соответствии с п. 3-1 Правил предоставления права недропользования, утвержденных постановлением Правительства РК от 21.01.2000 г. № 108 (далее — Правила предоставления права недропользования), строительство таких подземных сооружений, как тоннели, метрополитен, подземные трубопроводы и инженерные сооружения с глубиной залегания свыше трех метров, осуществляется на основа-

нии контракта, заключаемого на основании прямых переговоров.

Таким образом, анализ норм Закона о недрах и недропользовании (п. 45 ст. 1, п. 1-2 ст. 13) показывает, что заключение контракта необходимо только для строительства подземных сооружений для хранения нефти и газа, а также подземных инженерных сооружений для захоронения радиоактивных отходов, вредных веществ и сточных вод. В то же время согласно п. 10 Правил предоставления права недропользования для строительства подземных сооружений глубиной залегания свыше трех метров необходимо заключение контракта. Соответственно, на практике строительство подземных сооружений необоснованно может быть отнесено к виду недропользования, приобретаемого на основании контракта.

Безусловно, нормы законодательного акта имеют приоритет перед нормами постановления Правительства РК. Однако такие противоречия в производных нормативных актах нормам действующих законодательных актов, как показывает практика, является одной из причин нарушений норм законодательных актов, поскольку в правоприменительной деятельности приоритет в ряде случаев приобретают нормы производных актов.

Строительство подземных объектов, которое в Законе о недрах и недропользовании не относится к форме недропользования (тоннелей, метрополитена, подземных трубопроводов, подземных гаражей, фундаментов и др. инженерных сооружений), осуществляется ниже почвенного слоя, то есть в недрах. В связи с тем что заключения контракта на недропользование в указанных случаях не требуется, возникает вопрос о том, что является правовым основанием для пользования недрами для указанных целей. В частности, необходимо ли для этого, помимо соблюдения всех разрешительных процедур на строительство, приобрести права на поверхность земли, то есть соответствующие права на земельный участок, под которым осуществляется строительство подземных объектов. Другой вопрос — относится ли такое строительство к правам на поверхность земли или к правам на недра земли. Как известно, строительство подземных объектов не может быть осуществлено без использования в той или иной степени поверхности земли. Однако ясно, что для строительства многих объектов не требуется использовать всю поверхность земли. В настоящее время в законодательстве нет специальных норм, устанавливающих особенности осуществления строительства подземных объектов без заключения контракта на недропользование.

Между тем в последнее время в связи с развитием градостроительства, особенно в крупных городах Казахстана, растет привлекательность строительства подземных объектов. Разрабатываются, например, проекты строительства подземных торговых рядов, подземных гаражей и т.д. Неурегулированность рассматриваемых отношений на практике создает условия для субъективизма и волюнтаризма, соответственно для коррупции. В частности, распространены случаи, когда для строительства подземных гаражей приобреталось право общей долевой собственности на всю поверх-

ность земли над гаражами. Могут возникнуть и иные ситуации, когда лицу, осуществляющему строительство подземного объекта, необходимо оформить права на всю поверхность земли на платной основе. Между тем в рассматриваемых случаях для того, чтобы приобрести право пользования недрами для строительства подземных объектов без заключения контракта на недропользование, на наш взгляд, помимо разрешительных документов на строительство, достаточно приобрести соответствующие права только на ту часть поверхности земли (земельный участок), который необходим для эксплуатации подземного объекта, например, на места (въезда) выезда, прохода (выхода).

Не углубляясь в исследование проблемы о соотношении прав на земельные участки и недра земли, мы все же хотели бы указать на искусственность законодательной конструкции в решении этого вопроса. Еще в начале прошлого века, отвечая на вопрос, где кончается поверхность земли и начинаются недра, российский юрист А.Л. Борисовский признавал, что внешнего признака для различия «поверхности» от «недр» земли нет, так как установить глубину, где оканчивается поверхность и начинаются недра, невозможно. Исходя из анализа складывающихся отношений, автором был сделан вывод о том, что пока я пользуюсь возможными для земли выгодами, не расходуя самого существа ее, как бы глубоко в нее ни проникал, пользуюсь лишь ее поверхностью. Когда же я расходу самую почву, я эксплуатирую недра земли. Для этого нет необходимости в непрерывном углублении в почву⁷. При строительстве подземных объектов нет «расходования» почвы. Отсюда следует, что строительство подземных сооружений автор не относил к недропользованию.

В Казахстане строительство подземных сооружений для хранения нефти и газа и подземных инженерных сооружений для захоронения радиоактивных отходов, вредных веществ и сточных вод является формой недропользования (п. 45 ст. 1 и п. 1 ст. 10 Закона о недрах и недропользовании). При строительстве других подземных сооружений не требуется заключение контракта. Освобождение от необходимости заключения контракта в остальных случаях мы не рассматриваем как законодательное исключение такого использования недр из понятия недропользования, поскольку Закон о недрах и недропользовании в определении понятия «недра» исходит из геометрического подхода, и строя без контракта на недропользование подземные объекты ниже почвенного слоя, лицо использует чужое имущество, в частности недра, находящиеся в государственной собственности. Из этого следует, что при строительстве подземных объектов без заключения контракта на недропользование возникает право недропользования, основанием возникновения которого является не контракт на недропользование, а иные юридические факты (юридический состав). Так, например, для некоммерческого использования общераспространенных полезных ископаемых, признаваемого недропользованием (п. 3 ст. 10 Закона о недрах и недропользовании), не требуется заключения контракта на недропользование. Достаточно приобрести в частную собственность или в землепользование земельный участок, на (в) котором находятся такие

ископаемые. При строительстве подземных сооружений без заключения контракта в юридический состав, на основании которого возникает право недропользования, входят такие факты, как общее разрешение собственника, данное в законодательстве, приобретение земельного участка в собственность или землепользование, разрешение на строительство.

Вместе с тем нам представляется, что использование части земной коры ниже почвенного слоя в соответствии с целевым назначением земельного участка, соответствующим функциям поверхности земли, а не недр земли не должно рассматриваться как недропользование. Поскольку в рассматриваемых случаях земельный участок используется в соответствии с его целевым назначением, то такие формы использования нельзя признавать нарушением исключительной собственности государства на недра земли. В частности, при строительстве поверхностных объектов (зданий, сооружений) используется пространство ниже почвенного слоя, например, для строительства фундамента. Но такое использование не противоречит целевому назначению земельного участка. Нельзя построить здание, не проникая в пространство ниже почвенного слоя. Мы считаем, что в таких случаях право на строительство фундамента входит в содержание права на земельный участок. Другое дело, когда права на поверхность земли вторичны и необходимы для эксплуатации подземных сооружений. В этом случае строительство указанных объектов соответствует такой функции недр, как пространственный операционный базис. Соответственно, на наш взгляд, такое строительство входит в содержание права недропользования и в тех случаях, когда заключения контракта на недропользование не требуется.

В советской юридической литературе также высказывался взгляд о том, что право на углубление под земную поверхность входит в правомочия землепользователей. Так, Б.В. Ерофеев пишет: «Землепользователь имеет право использовать предоставленный ему земельный участок любым незапрещенным способом. Поэтому неправильно ограничивать право землепользования только поверхностью земельного участка. Как сельскохозяйственное, так и в особенности несельскохозяйственное использование земли всегда может быть связано с углублением под поверхность земельного участка».⁸

Еще одной из проблем правового регулирования отношений в сфере недропользования является неполнота урегулирования сервитутных прав на недра.

Впервые конструкция сервитутных прав на недра была предусмотрена в законодательстве РК в связи с изменениями и дополнениями, внесенными в Закон о недрах и недропользовании Законом от 11.08.1999 г. № 467-І. В соответствии с п. 44 ст. 1 Закона о недрах и недропользовании сервитут — это право физических и юридических лиц на ограниченное целевое пользование частью участка недр, предоставленного другим лицам для проведения разведки, добычи, совмещенной разведки и добычи либо строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, в случаях, предусмотренных настоящим Законом.

Основания возникновения сервитута устанавливаются в ст. 11-2 Закона о недрах и недропользовании. В частности, предусмотрено, что сервитут на участок недр может быть предоставлен заинтересованному лицу только в случае, если правомерное осуществление деятельности таким лицом невозможно без предоставления такого сервитута либо может привести к чрезмерным затратам такого лица. Для получения сервитута лицо, заинтересованное в получении сервитута, обязано достигнуть соглашения о возможности установления сервитута с недропользователем, на участок недр которого должен быть установлен сервитут, и заключить договор об установлении сервитута. Предоставление сервитута осуществляется на основании решения компетентного органа. При недостижении соглашения между претендентом на получение сервитута и недропользователем о возможности установления сервитута или условиях договора об установлении сервитута заинтересованное лицо вправе обратиться в суд.

Из приведенных положений Закона о недрах и недропользовании, таким образом вытекает, что: 1) сервитут может возникнуть только на участок недр, который предоставлен другому лицу, и не может возникнуть на недра, которые не разделены на участки недр и не предоставлены в недропользование; 2) для приобретения сервитута необходимо заключение соглашения с недропользователем, при наличии которого компетентный орган выносит решение о предоставлении сервитута, а также регистрация сервитута. В основании возникновения сервитутных прав, таким образом, лежит сложный юридический состав, включающий как гражданско-правовой договор, так и административный акт (решение компетентного органа).

Сервитут является одной из важных правовых форм, в рамках которых осуществляется пользование участком недр, который предоставлен другим лицам для проведения разведки, добычи, совмещенной разведки и добычи либо строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей. Включение указанного института в законодательство РК как одного из способов пользования участком недр дает основание полагать, что сервитут необходим в тех случаях, когда для пользования участком недр не требуется заключения контракта на недропользование. В частности, если пользование участком недр носит ограниченный и целевой характер.

В п. 1 и 3 ст. 11-2 Закона о недрах и недропользовании предусмотрено, что сервитут предоставляется заинтересованному лицу, то есть предоставляется компетентным органом. Вместе с тем из п. 4 этой же статьи вытекает, что сервитут может быть приобретен при переходе права, для обеспечения которого такой сервитут предоставлен. При недостижении соглашения с недропользователем в соответствии с п. 2-2 ст. 11-2 заинтересованное лицо может обратиться в суд. Таким образом, из Закона вытекает, что предоставление сервитута — это не единственный способ его приобретения. В этой связи для придания определенности возникающим отношениям и предотвращения злоупотреблений в правоприменительной дея-

тельности следует в Законе о недрах и недропользовании предусмотреть общую норму об основаниях возникновения сервитутов на участки недр. Необходимо также признать, что необходимость в сервитутах может возникнуть не только на участки недр, находящихся в недропользовании, но и на нераспределенные недра, например, для прокладки трубопроводов.

Сервитут квалифицируется как ограниченное целевое пользование чужим имуществом для определенных целей. В этой связи возникающим отношениям можно придать определенность только в тех случаях, когда известно, для каких целей сервитут может быть установлен. В частности, анализ законодательства показывает, что в нем нет четкого разграничения между правом недропользования, возникающим на участок недр, и сервитутом, приобретаемым на участок недр, который предоставлен в недропользование, особенно в тех случаях, когда речь идет о строительстве коммуникационных линий. Относится ли это к праву недропользования или к сервитутам?

Вместе с тем в отличие от ЗК РК, в котором предусмотрены цели установления сервитутов на земельные участки, которые не носят исчерпывающего характера (для прохода, проезда, прокладки и эксплуатации необходимых коммуникаций и т.д.) (пункт 36 ст.ст. 12, глава 7 ЗК РК), в Законе о недрах и недропользовании не регулируется вопрос о том, для каких целей может быть предоставлен сервитут на участок недр. Это создает условия для нарушения прав участников гражданского оборота, которые нуждаются в установлении сервитута на участки недр, предоставленных другим лицам для осуществления операций по недропользованию.

В частности, в настоящее время для строительства подземных трубопроводов, коммуникационных объектов, не связанных с разведкой или добычей, не требуется заключения контракта на недропользование. Если такие объекты являются наземными, необходимо приобрести сервитут на земельный участок или земельный участок. Это дает основание полагать, что для строительства коммуникаций под почвенным слоем на участке недр, предоставленном другому лицу для недропользования, необходимо приобрести сервитут. Однако отсутствие в Законе о недрах о недропользовании норм, устанавливающих цели предоставления сервитутов на недра, на практике создает неопределенность в возникающих отношениях.

На наш взгляд, при установлении соотношения между правом недропользования и сервитутом необходимо исходить из следующих положений: 1) находится объект в «своем» праве или в «чужом» праве; 2) для каких целей приобретается право; 3) каково содержание права пользования. В частности, если потребность в праве пользования возникает в отношении участка недр, ранее предоставленного в недропользование, то есть не на свое имущество, то необходимо на такой участок недр, по общему правилу, приобретать сервитут, а не право недропользования. В то же время мы считаем, что, если один и тот же участок недр необходим одновременно разным лицам для проведения таких операций, как разведка или добыча, то каждый должен на такой участок недр приобрести в установлен-

ном порядке право недропользования. Не могут указанные операции осуществляться в рамках сервитутных прав, поскольку содержанием последних является ограниченное целевое пользование чужим имуществом и сервитут не отстраняет обладателя обремененного объекта от владения и пользования. При добыче на одном участке недр разных полезных ископаемых на основании отдельных контрактов та часть участка недр, на которой один из недропользователей осуществляет добычу, не может быть использована другим. То есть право владения и пользования одного отстраняет другого. Поэтому в таких отношениях нет признака сервитута. При осуществлении строительства подземных объектов правовая природа отношений зависит прежде всего от того, осуществляется ли такое строительство в рамках контракта на недропользование или по иному основанию. Так, при разведке и добыче строительство подземных сооружений входит в содержание права недропользования. При строительстве подземных сооружений для хранения нефти и газа или инженерных сооружений для захоронения радиоактивных веществ, сточных вод и вредных веществ, не связанных с разведкой или добычей, право на строительство также входит в содержание права недропользования. В тех же случаях, когда потребность в строительстве подземных сооружений возникает в отношении участков недр, находящихся в недропользовании, строительство, на наш взгляд, может быть осуществлено только в рамках сервитутного права, например, для прокладки трубопровода, кабеля и т.д.

В соответствии с п. 3-1 ст. 11-2 Закона о недрах и недропользовании сервитут подлежит регистрации в компетентном органе. Закон при этом не устанавливает основания для отказа в регистрации. В соответствии с п. 2 ст. 11-2 запрещается предоставление сервитута в случае, если такое предоставление создает угрозу жизни и здоровью людей или окружающей среде, а равно влечет за собой невозможность проведения либо нерентабельность проводимой на участке недр разведки и (или) добычи. Данная норма может применяться только при вынесении решения о предоставлении сервитута, но не при его регистрации.

Значение регистрации сервитута (учетная, правооформляющая или правообразующая⁹) также Законом о недрах и недропользовании не определяется. Важность возникающих отношений, которые затрагивают интересы не только участников гражданского оборота, но и нынешних, а также будущих поколений человечества, дает основание только полагать, что в сфере недропользования регистрация должна носить правообразующее значение и до такой регистрации сервитутное право не возникает. В частности, для права недропользования такой вывод вытекает из анализа ряда норм Закона о недрах и недропользовании (ст. 13, п. 9-2 ст. 14, п. 3 ст. 44).

Анализ законодательства о недрах и недропользовании, таким образом, показывает, что в нем не урегулированы или недостаточно урегулированы такие вопросы, как объекты сервитутных прав, основания их возникновения, цели установления сервитутов на недра (участки недр), значение и основания для отказа в регистрации.

Еще одним проблемным вопросом, возникающим

в сфере недропользования, является вопрос об особенностях принудительного прекращения права недропользования. В соответствии с законодательством о недрах и недропользовании право недропользования может быть прекращено в добровольном или принудительном порядке. В частности, в добровольном порядке право недропользования прекращается при передаче. Передача права недропользования означает наделение лица правом недропользования другим недропользователем. Передача права недропользования осуществляется в соответствии с требованиями, установленными в ст. 14 Закона о недрах и недропользовании. В п. 1 указанной статьи дается перечень случаев, когда может быть осуществлена передача права недропользования от одного лица к другому. Для передачи права недропользования конкретному лицу необходимо получение согласия компетентного органа, которое должно быть дано в каждом случае такой передачи (п. 1 и 2 ст. 14).

Перечень правовых форм, в рамках которых осуществляется передача права недропользования, в Законе не носит исчерпывающего характера. В частности, в соответствии с п. 5 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании передача права недропользования осуществляется на основании гражданско-правовых сделок и по иным основаниям, предусмотренным законодательством с соблюдением требований пунктов 1, 2 и 3 данной статьи. В частности, для передачи права недропользования необходимо получить разрешение компетентного органа, заключить сделку и зарегистрировать ее в установленном порядке. Закон о недрах и недропользовании не дифференцирует процедуру получения разрешения компетентного органа в зависимости от основания перехода права. В этой связи на практике могут возникнуть ряд проблем при применении общей процедуры ко всем случаям. В частности, право недропользования в соответствии со ст. 115 ГК РК относится к имуществу и может стать предметом взыскания по требованиям кредиторов недропользователя. При принудительном прекращении права недропользования в судебном или во внесудебном порядке передача права недропользования осуществляется не самим недропользователем, а иными лицами (судебным исполнителем, организатором торгов). В указанных процедурах, безусловно, происходит передача права недропользования от первичного недропользователя другим лицам (победителю торгов или кредитору в натуре). В этой связи возникает ряд вопросов: 1) нужно ли получить согласие компетентного органа на обращение взыскания на право недропользования по требованиям кредиторов недропользователя; 2) если да, то какие лица должны получить разрешение компетентного органа (суд, судебный исполнитель, доверенные лица и т.д.); 3) нужно ли получить разрешение компетентного органа на всех участников торгов или только на победителя.

В настоящее время законодатель не дает однозначного ответа на поставленные вопросы. В этой связи при обращении взыскания на право недропользования, в том числе при включении права недропользования в конкурсную массу при банкротстве недропользователя, при обращении взыскания на право не-

дропользования, переданного в залог, в случае применения общих правил, предусмотренных в пунктах 1-3 ст. 14 Закона о недрах и недропользовании, могут возникнуть проблемы, связанные с тем, что общие правила рассчитаны в основном на добровольную передачу права недропользования и не учитывают специфику прекращения права недропользования в принудительном порядке. На практике это может стать причиной произвольного толкования общих положений о передаче права недропользования применительно к таким специальным случаям, как прекращение права недропользования в принудительном порядке.

Указанные недостатки правового регулирования отношений в сфере недропользования показывают, законодательство о недрах и недропользовании нуждается в дальнейшем совершенствовании. В частности, на наш взгляд, что необходимо: 1) унифицировать нормы Закона о недрах и недропользовании о процедуре расторжения договора в одностороннем порядке с нормами ГК РК о расторжении договора по требованию одной из сторон и одностороннем отказе от исполнения договора (ст. 402-404); 2) предусмотреть в законодательстве специальные нормы, устанавливающие особенности осуществления без контракта на недропользование строительства подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей (метрополитенов, подземных гаражей, трубопроводов и иных подземных объектов), в том числе нормы о приобретении прав на земельные участки, необходимые для эксплуатации таких объектов; 3) в ст. 1 и 11-2 Закона о недрах и недропользовании предусмотреть норму об установлении сервитутов на участки недр, предоставленных другим лицам для проведения разведки, добычи, совмещенной разведки и добычи либо строительства и (или) эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, а также на недра, если они не сформированы в участки недр и не предоставлены в недропользование; 4) предусмотреть в Законе о недрах и недропользовании нормы, устанавливающие цели предоставления сервитутов, значение регистрации сервитутов на недра и основания для отказа в их регистрации; 5) в п. 1 ст. 11-2 предусмотреть общую норму об основаниях возникновения сервитутов на участки недр (по аналогии со ст. 67 ЗК РК). В частности, кроме предоставления сервитута, к основанию возникновения сервитута отнести передачу или переход в порядке универсального правопреем-

ства права, для обеспечения которого сервитут предоставлен; 6) в Законе о недрах и недропользовании предусмотреть нормы, устанавливающие специальные положения о прекращении права недропользования в принудительном порядке, в том числе при обращении взыскания по требованиям кредиторов, банкротстве, обращении взыскания на право недропользования, переданного в залог.

Устранение рассмотренных недостатков правового регулирования отношений в сфере недропользования, имеющего важнейшее значение в силу социально-экономического назначения недр, на наш взгляд, будет способствовать гармонизации возникающих отношений, прогнозируемости ситуации и уменьшению рисков в сфере недропользования, что в конечном счете отразится на экономической ситуации в Казахстане в целом.

- ¹ Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). — Алматы, 2006. С. 198.
- ² Мухитдинов Н.Б., Мороз С.П. Горное право Республики Казахстан: Учебное пособие. — Алматы: Юрист, 2004. С. 5.
- ³ Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). — Алматы, 2006. С. 194.
- ⁴ Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). — Алматы, 2006. С. 261.
- ⁵ Там же. С. 265-266
- ⁶ См.: Мухитдинов Н.Б., Мороз С.П. Горное право Республики Казахстан: Учебное пособие. - Алматы: Юрист, 2004. С. 111; Мухитдинов Н.Б. Правовые проблемы пользования недрами. — Алма-Ата: Издательство «Наука» Казахской ССР, 1972. С. 115-120
- ⁷ Цит. по: Законы гражданские (Свод зак. Т. X, Ч. 1. Изд. 1900, по Прод., 1906, 1908, 1909 г.) с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Четвертое издание. Сост. И.М. Тютрюмов. — Санкт-Петербург: Изд-во «Законоведение», 1913. С. 20
- ⁸ Ерофеев Б.В. Советское земельное право. — М.: Высшая школа, 1965. С. 122.
- ⁹ О понятиях учетная, правооформляющая или правообразующая регистрация см.: Ильясова К.М. Правовой режим недвижимого имущества: проблемы теории и практики: дисс....докт. юрид. наук. — Алматы, 2005. С. 180-195; Ее же. О соотношении правообразующей, правооформляющей и учетной регистрации прав на недвижимое имущество в Республике Казахстан // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2006. № 4. С. 54-63.

--	--