

## МЕРЫ ПО ЗАЩИТЕ ИНТЕРЕСОВ ГОСУДАРСТВА В СФЕРЕ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ ПО ПРАВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН<sup>1</sup>



Ж. Е. ДОСМАНОВА,  
LL.M. (Бремен, Германия),  
докторант юридического  
факультета университета  
Гамбурга (Германия)

В контрактах на недропользование государство последовательно закрепляет свои позиции, используя всё новые законодательные инструменты, как возможность расторжения контракта государством в одностороннем порядке, приоритетное право покупки государством права недропользования, требования по обеспечению экологической безопасности, требования к «местному содержанию» и т.д. В литературе отмечается, что введение подобных мер привело к усилению публичного характера регулирования контракта на недропользование. По мнению государства, данные механизмы регулирования восстанавливают баланс интересов в его пользу, который ранее, вследствие невыгодных условий контрактов, перевесил в сторону иностранных инвесторов. В данной статье автор рассматривает каждый из этих механизмов, а также возможные последствия их использования для привлечения инвестиций. Во второй части статьи в качестве сравнительно-

правового аспекта рассматривается наличие подобных инструментов в немецком законодательстве.

**Ключевые слова:** *контракт на недропользование, стабилизационная оговорка, расторжение контракта в одностороннем порядке, преимущественное право, приоритетное право, энергетическая безопасность, экологическая безопасность, национальная безопасность, местное содержание, концентрация прав, баланс интересов.*

В последние годы государство предприняло ряд изменений в законодательство, в особенности с принятием действующего Закона «О недрах и недропользовании», которыми вводятся новые механизмы, призванные защитить его интересы в сфере разработок полезных ископаемых.

© Ж. Е. Досманова, 2017

<sup>1</sup> Данная статья является частью статьи, написанной в 2013 г. в рамках программы «Сравнительно-правовые исследования по евразийскому праву», осуществлявшейся институтом иностранного и международного частного права им. Макса Планка в Гамбурге (Германия) и актуализирована в декабре 2015 г. Полный текст статьи был опубликован в 2014 г. на немецком языке: Zhanna Dosmanova. Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan в кн.: Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien. Hrsg. v. Eugenia Kurzynsky-Singer, 2014. XIV, 512 Seiten. BtrIPR 102.

## 1. Сужение действия стабилизационной оговорки для контрактов на недропользование

Согласно ст. 30 Закона «О недрах и недропользовании»<sup>2</sup> (далее – Закон о недрах) недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством Республики Казахстан. При этом изменения и дополнения законодательства, ухудшающие результаты предпринимательской деятельности недропользователя по контрактам, не применяются к контрактам, заключенным до внесения данных изменений и дополнений. Возникает вопрос, что конкретно означает «результат предпринимательской деятельности» и как будет оцениваться ухудшение этих результатов.<sup>3</sup>

Гарантии этой статьи не распространяются на изменения законодательства Республики Казахстан в области обеспечения национальной безопасности, обороноспособности, в сферах экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения и таможенного регулирования.

В прежнем законе «О недрах и недропользовании» (ст. 71), который действовал с января 1996 года по июнь 2010, данная оговорка не включала области налогового и таможенного регулирования. Это приводило иногда на практике к распространению гарантии стабильности законодательства на эти области. Некоторые авторы считают, что это было необосновано, так как налоги это публичная сфера.<sup>4</sup>

Согласно противоположному мнению, если положения о налогообложении были включены в контракт, то на них также распространяется стабилизационный режим. Как аргумент приводится принцип «закон обратной силы не имеет» (п. 2 ст. 383 ГК). Отмечается приоритет договора над законодательными нормами, которые вступили в силу позже его заключения, а значит, любые изменения в законодательстве не действуют на этот контракт.<sup>5</sup> В противовес приводится довод о том, что данный принцип действует только для гражданского права. При изменении законодательства сохраняют свое действие только те условия, которые могли быть согласованы сторонами. Отсюда нет стабильности положений договора имеющих публичный характер, в том числе касающихся налоговых платежей.<sup>6</sup>

Верховный суд Республики Казахстан в своём нормативном постановлении разъяснил, что стабильность налогового режима контракта распространяется не

<sup>2</sup>Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 г. № 291-IV (по сост. на 27.10.2015 г.) // «Казахстанская правда» от 25.06.2010. № 159-160; от 26.06.2010. № 161-162.

<sup>3</sup>Ахметова С. Обзор нового законопроекта о недрах и недропользовании // «Petroleum» 2008. № 5. С. 85.

<sup>4</sup>См., напр.: Нестерова Е.В. Каким быть новому казахстанскому законодательству о недропользовании // «Советник». 2009. № 1. С. 65-66; Нестерова Е.В. Пределы распространения гарантий стабильности законодательства о недропользовании // «Советник». 2009. № 2. С. 60.

<sup>5</sup>См.: Басин Ю. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // «Юрист». 2004. № 8. С. 25; Басин Ю.Г. Государственные гарантии стабильности гражданского законодательства и их особенности в кн.: Гражд. законодательство. Избр. Т. 3. С. 68; Даумов А. Новый налоговый кодекс: налогообложение недропользователей // «Юрист». 2009. № 2. С. 34-36.

<sup>6</sup>Диденко А., Нестерова Е. Государственные гарантии стабильности инвестиционных договоров // «Юрист». 2008. № 3. С. 31-34; Климкин С.И. Законодательство и договор в свете коллизий налог. и

только на согласованные сторонами специальные платежи, но и на те налоги, которые были продублированы сторонами контракта из императивных норм налогового законодательства, действовавшего на момент заключения контракта.<sup>7</sup>

С принятием нового Налогового Кодекса в ст. 308-1 урегулировано, что оговоренный в договорах налоговый режим сохраняется в течение всего установленного срока действия соглашений о разделе продукции, заключенных до 1 января 2009 года и прошедших обязательную налоговую экспертизу, а также контрактов на недропользование, утвержденных Президентом Республики Казахстан, в случае если стабилизационная оговорка в них распространяется на налоговый режим.

Нужно отметить, что ранее в контрактах на недропользование ставки части специальных платежей недропользователей устанавливались индивидуально для каждого контракта в ходе переговоров.<sup>8</sup> Также обычно предусматривалась стабильность этого индивидуального режима налогообложения на протяжении всего времени действия контракта.

В настоящее время просматривается политика государства, направленная на отказ от включения, как было ранее, в контракты на недропользование индивидуального режима налогообложения. Распространение на все контракты режима текущего Налогового кодекса предпочтительнее, так как в него государство может односторонне вводить изменения, в отличие от контрактов.

Как видно из вышеизложенного, с одной стороны гарантии прав недропользователя закрепленные Законом о недрах, предусмотрены в интересах инвестора. Они призваны защищать от негативных изменений в законодательстве. С другой стороны ограничены области, в которых такая гарантия действует и такая законодательная гарантия стабилизации менее надёжна, чем контрактная.

## **2. Возможность расторжения контракта государством в одностороннем порядке**

Статья 72 в пунктах 3-6 Закона о недрах предусматривает возможность расторжения контракта на недропользование государством в одностороннем порядке.<sup>9</sup> Так, компетентный орган вправе досрочно прекратить действие контракта кроме прочего в следующих случаях: 1) при неустранении недропользователем в указанный в уведомлении компетентного органа срок более двух нарушений обязательств, установленных контрактом на недропользование; 2) при передаче недропользова-

гражд. права // «Юрист». 2011. № 6. С. 35; Шаукенов А. Государство, налоговый суверенитет и недропользователь // «Советник». 2009. № 2. С. 126; Оксикбаев О. Налоговая нагрузка на недропользователей в Казахстане в кн.: Гражд. законод-во / Под ред. А.Г. Диденко. Алматы: Паритет, 2008. Вып. 32. С. 9-10.

<sup>7</sup>Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О судебной практике применения налогового законодательства» от 23 июня 2006 г., № 5. Сборник нормативных постановлений Верховного суда Республики Казахстан. Астана, 2009. С. 74.

<sup>8</sup>Жакупов Г., Утембаев А. Налогообложение недропользователей: URL: [http://nk.salyk.kz/nal\\_consult/stat/cent/9.htm](http://nk.salyk.kz/nal_consult/stat/cent/9.htm) (17.08.2010).

<sup>9</sup>Подробнее о судебной практике: Махметова Л., Пак Д. Вопросы расторжения контрактов на проведение операций по недропользованию в одностороннем порядке // «Petroleum». 2011. № 1.

телем права недропользования и (или) объектов, связанных с правом недропользования, без разрешения компетентного органа...; 3) при отказе в представлении либо представлении недостоверных сведений...; 4) при выполнении менее чем на тридцать процентов в течение двух лет подряд финансовых обязательств, установленных контрактом на недропользование.

Особое беспокойство вызывает первый пункт, который сформулирован недостаточно конкретно, без необходимости соотнесения тяжести нарушений с таким серьезным последствием, как расторжение договора, предоставляя, таким образом, компетентному органу достаточно большую свободу выбора и средств давления.<sup>10</sup>

Пункт 5 этой же статьи предусматривает полномочие компетентного органа на основании решения Правительства в одностороннем порядке прекратить действие контракта, в том числе ранее заключенного контракта, в случае, если действия недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр, месторождений, имеющих стратегическое значение, приводят к изменению экономических интересов Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности.

По тем же причинам компетентный орган вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контракта, в том числе ранее заключенного контракта, с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан (п. 3 ст. 71).

Согласно формулировке Закона, это прежде всего касается действий недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр, месторождений, имеющих *стратегическое значение*. Согласно ст. 14-1 Закона о недрах перечень таких участков недр, месторождений определяется Правительством Республики Казахстан.<sup>11</sup> Негативным моментом считается то, что список стратегических объектов может быть установлен в любой момент действия контракта по усмотрению государства, что создаёт для инвестора дополнительную неуверенную ситуацию.<sup>12</sup>

Как основание для расторжения контракта Законом оговаривается, что действия недропользователя должны привести к изменению *экономических интересов* Республики Казахстан, создающему угрозу *национальной безопасности*. Таким образом, государство оставляет за собой право на реализацию своих национальных интересов в отношениях с инвесторами. В казахстанской литературе сложились противоположные мнения о необходимости и целесообразности таких оговорок.<sup>13</sup>

<sup>10</sup>Ченцова О.И. Государство и контракты на недропользование // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. С. 181.

<sup>11</sup>См. Постановление Правительства Республики Казахстан «Об утверждении перечня участков недр, месторождений, имеющих стратегическое значение, а также критериев их отнесения к таковым» от 4 октября 2011 г. № 1137 // «Казахстанская правда» от 17.04.2012. № 104-105. Этим постановлением утрачивает силу постановление Правительства РК от 13.08.2009, № 1213, кем утверждался предыдущий перечень.

<sup>12</sup>Ченцова О.И. Государство и контракты на недропользование // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. С. 182.

<sup>13</sup>За необходимость таких оговорок: Зиманов С.З. Государство и контракты в сфере нефтяных опе-

Так, отмечается, что защита национальных интересов важна, но необходимо учесть и интересы партнёров по контракту.<sup>14</sup>

Критика данных оговорок заключается также в указании отсутствия в законе чётких критериев для толкования понятий «национальная безопасность»,<sup>15</sup> «изменение экономических интересов Республики Казахстан»,<sup>16</sup> что делает применение этих оговорок абсолютно непредсказуемыми.<sup>17</sup>

Необходимо однако отметить, что обновленный закон «О национальной безопасности»<sup>18</sup> дополнил и детализировал ряд положений. В Законе перечисляются основные *национальные интересы*, которые включают в себя кроме всего прочего: экономическое развитие на благо всего народа Казахстана; устойчивое функционирование субъектов топливно-энергетического комплекса; рациональное использование природных ресурсов (подп. 10, 11, 15 п. 1 ст. 5).

Нанесение ущерба *экономической безопасности* государства, включающее среди прочего: использование стратегических ресурсов вопреки интересам страны, препятствование росту инвестиционной активности, неконтролируемый вывоз капитала и товаров за пределы страны, представляет собой одну из угроз национальной безопасности Республики Казахстан (подп. 11 п. 1 ст. 6).

С целью предотвращения данных угроз государство с соблюдением гарантий, предоставляемых иностранным инвесторам, осуществляет контроль за состоянием и использованием объектов экономики Казахстана, находящихся в управлении или собственности иностранных организаций и организаций с иностранным участием (п. 3 ст. 22). Кроме этого требования по обеспечению национальной безопасности должны в обязательном порядке учитываться при заключении (изменении), выполнении и контроле за исполнением контрактов по использованию стратегических ресурсов Республики Казахстан (п. 4 ст. 22).

Необходимость таких оговорок по обеспечению национальной, экономической

---

раций. Алматы: Жеті жарғы, 2007. С. 14-15, 37-39, 74-75; Конференция «В условиях стабильности инвестиционного климата // «Юрист». 2008. № 2. С. 22-23. Против: Сулейменов М.К. Государство и контракты // «Юрист». 2004. № 7. С. 26; Басин Ю. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // «Юрист». 2004, № 8. С. 24; Ченцова О.И. Государство и контракты на недропользование // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. С. 181-182.

<sup>14</sup>Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. С. 9.

<sup>15</sup>Ред. статья: В поисках национальных интересов URL: <http://articles.gazeta.kz/art.asp?aid=143570> (17.12.2015); Конференция «В условиях стабильности инвестиционного климата» // «Юрист» 2008. № 2. С. 22-23.

<sup>16</sup>Елюбаев Ж.С. Субсидиарное применение правовых норм при регулировании отношений в сфере недропользования // «Юрист». 2011. № 2. См.: URL: <http://journal.zakon.kz/204196-subsidiarnoe-primenenie-pravovykh-norm.html> (15.12.2015).

<sup>17</sup>Ченцова О.И. Новый Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании»: новые регуляции и новые вопросы // «Petroleum». 2010. № 5. С. 70.

<sup>18</sup>Закон Республики Казахстан «О национальной безопасности Республики Казахстан» от 6 января 2012 г. № 527-IV // «Казахстанская правда» от 17.01.2012. № 19-20 (по сост. на 23.11.2015 г.). Ранее действовал Закон от 26 июня 1998 г. № 233-І // «Ведомости Парламента РК». 1998. № 11-12, ст. 173.

или экологической безопасности в законодательстве подтверждает опыт других стран-экспортеров энергетических ресурсов.<sup>19</sup> Право государств самостоятельно определять правила и условия разработки месторождений, инвестирования в эти разработки закрепляется также в п. 2 резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «О неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами».<sup>20</sup>

Соглашаясь с необходимостью таких оговорок, а также исключительными и рестриктивными основаниями применения подобных полномочий, стоит отметить, что подобное одностороннее прекращение государством контракта на недропользование может рассматриваться, в том числе в контексте инвестиционного права, как одна из форм изъятия имущества государством. Такая трактовка влечёт за собой обязанность государства выплатить справедливую компенсацию за фактически национализируемое имущество.<sup>21</sup>

### **3. Меры по обеспечению экологической безопасности**

Особенность объекта регулирования в контрактах на недропользование предопределяет повышенные требования к экологической безопасности, к рациональному и комплексному использованию недр и охране недр.

Для проведения операций по недропользованию необходимо положительное заключение государственной экологической экспертизы<sup>22</sup> проектной документации и экологическое разрешение<sup>23</sup> (п. 1 ст. 218 Экологического кодекса).<sup>24</sup> Статьи 220 и 223 Экологического кодекса устанавливают экологические требования при проведении операций по недропользованию.

Административные наказания за правонарушения в области использования природных ресурсов устанавливаются главой 21 Административного кодекса «Административные правонарушения в области охраны окружающей среды, использования природных ресурсов».<sup>25</sup> Так, например, за невыполнение условий природопользования, указанных в экологическом разрешении, сопряженное с нанесением

---

<sup>19</sup>См.: Конференция «В условиях стабильности инвестиционного климата // «Юрист». 2008. № 2. С. 22-23.

<sup>20</sup>Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН «О неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами» от 14 декабря 1962 г.

<sup>21</sup>Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. С. 27.

<sup>22</sup>См.: Приказ Министра энергетики Республики Казахстан «Об утверждении Правил проведения государственной экологической экспертизы» от 16 февраля 2015 г. № 100 // «Казахстанская правда» от 28.05.2015. № 98.

<sup>23</sup>См.: Приказ Министра энергетики Республики Казахстан «Об утверждении Правил выдачи комплексных экологических разрешений и перечня типов промышленных объектов, для которых возможно получение комплексных экологических разрешений вместо разрешений на эмиссии в окружающую среду» от 23 января 2015 г. № 37 // ИПС НПА РК «Әділет». 5.06. 2015.

<sup>24</sup>«Экологический кодекс Республики Казахстан» от 9 января 2007 г. № 212-III (по сост. на 16.11.2015 г.) // «Казахстанская правда» от 23.01.2007 г. № 12.

<sup>25</sup>Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 5 июля 2014 г. № 235-V (по сост. на 03.12.2015 г.) // «Казахстанская правда» от 12.07.2014, № 135.

особо крупного ущерба окружающей среде, созданием угрозы безопасности жизни и здоровью населения влечет за собой штраф с возможным с приостановлением действия экологического разрешения (ст. 386 Кодекса).

В литературе высказывается мнение, что не всегда экологическое законодательство четко регулирует соответствующие правоотношения. Так, например, недостаточно проработана процедура получения экологического разрешения недропользователем, применяемые формулировки вызывают вопросы. Это касается и проблем определения размера ущерба, причиненного окружающей среде, понятия и нормативов эмиссий в окружающую среду, а также вопроса утилизации природного газа.<sup>26</sup>

Сохранение и улучшение состояния окружающей среды, рациональное использование природных ресурсов также входят в сферу национальных интересов (подп. 15 п. 1 ст. 5 закона «О национальной безопасности»). Поэтому обеспечение *экологической безопасности* является одним из аспектов национальной безопасности (ст. 24). Однако представляется, что нарушение экологического законодательства должно достичь определенного размера, чтобы приобрести статус угрозы национальной безопасности.

Такие основания для расторжения контракта государством в одностороннем порядке как создание угрозы национальной безопасности в виде ущерба экономическим или экологическим интересам государства на данный момент мало конкретизированы. Это создаёт соответствующие трудности для правоприменителя. Задача доктрины и судопроизводства конкретизировать эти категории.

#### 4. Ограничение концентрации прав

Существует две разновидности концентрации прав: первая – это концентрация прав в рамках контракта – величина доли одного из совместных обладателей права недропользования в заключенном с Республикой Казахстан контракте, позволяющая данному участнику определять решения по деятельности недропользователя в соответствии с контрактом (п. 40 ст. 1 Закона о недрах). Вторая – это концентрация прав на проведение операций по недропользованию, то есть обладание одним лицом или группой лиц из одной страны такой долей в контрактах на территории Республики Казахстан или такой долей участия в уставных капиталах (количеством акций) организаций, являющихся недропользователями в Республике Казахстан, которые способны создать или создают угрозу экономическим интересам Республики Казахстан (п. 19 ст. 1 Закона).

Согласно п. 4 ст. 22 закона «О национальной безопасности» государственный орган вправе отказать в выдаче разрешения заявителю на совершение контрактов по использованию стратегических ресурсов Республики Казахстан, если это может

<sup>26</sup>См. подробнее: Елюбаев Ж. Вопросы стабильности экологического законодательства и практика применения положений Экологического кодекса РК в сфере недропользования // «Юрист». 2010. № 2. С. 47-51; Елюбаев Ж. Вопросы правового регулирования землепользования, водопользования и эмиссий в окружающую среду при проведении операций по недропользованию // «Юрист». 2010. № 7. С. 50-54; Еркинбаева Л. Правовые аспекты инвестиционной привлекательности природоохранной деятельности в Республике Казахстан // «Юрист». 2010. № 5. С. 29-31.

повлечь за собой концентрацию прав на проведение нефтяных операций у одного лица или группы лиц из одной страны. Какой объем от рынка должен быть сконцентрирован в руках такого лица или аффилированных с ним лиц, чтобы представлять угрозу национальной безопасности страны, в Законе не указано.

## 5. Приоритетное и преимущественное право государства

Пункт 1 ст. 12 Закона о недрах устанавливает, что Республика Казахстан имеет *преимущественное* перед другими лицами *право* на приобретение полезных ископаемых недропользователя. Цены при этом не должны превышать цены, применяемые недропользователем при совершении сделок с соответствующими полезными ископаемыми, сложившиеся на дату совершения сделки, за вычетом транспортных расходов и затрат на реализацию.

Больше дискуссий вызывает *приоритетное право* государства на приобретение отчуждаемого права недропользования.<sup>27</sup> Указывается, что если в договоре о недропользовании с государством участвуют несколько подрядчиков-инвесторов и эти участники образовали простое товарищество, то оставшимся участникам государство навязывается в качестве партнёра, что может вызвать их возражения по поводу такого партнёра. На этом основании можно говорить о принудительном выкупе со стороны государства.<sup>28</sup> Также есть мнение, что в этом случае фактически имеет место принудительное изъятие имущества. Считается, что данная норма противоречит ст. 26 Конституции РК и ст. 249 ГК, так как в силу приоритета ГК при наличии противоречий между ГК и иным законодательным актом будет действовать ГК.<sup>29</sup> Вышеуказанные мнения, основываются на том, что государство, вступая в гражданские правоотношения, в которых существует равенство сторон, не имеет каких-либо преимуществ либо привилегий перед своими гражданско-правовыми партнерами, включая приоритетное право на приобретение отчуждаемого права недропользования. При этом признается, что отношения по реализации приоритетного права, это отношения публичного характера.<sup>30</sup>

Безусловно, обязанность недропользователя предложить свою долю сначала государству, является законодательным ограничением свободы договора, но она служит для защиты публичных интересов государства,<sup>31</sup> что допускается и в граждан-

<sup>27</sup>См. пункт 2 статьи 12 Закона о недрах. Считается, что приоритетное право государства существенно снижает стоимость компании и ее акций. См.: Уилсон М.Е. Приоритетное право государства // «Нефть и газ Казахстана», сентябрь 2006. С. 54.

<sup>28</sup>Басин Ю. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // «Юрист». 2004. № 8. С. 24-25.

<sup>29</sup>Сулейменов М.К. Государство и контракты // «Юрист». 2004. № 7. С. 26-27. См. также: Шынгысов А. К вопросу о возможности появления у государства приоритетного права на отчуждаемую долю в проектах в сфере недропользования // «Нефть Газ Право Казахстана». 2004. № 1.

<sup>30</sup>Басин Ю. Защита прав негосударственных участников гражданско-правовых обязательств с государством // «Юрист». 2004. № 8. С. 23-25; Сулейменов М.К. Государство и контракты // «Юрист». 2004. № 7. С. 24; Сулейменов М.К. Размышления о совершенствовании законодательства о недрах и недропользовании // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2008. № 6. С. 53-54.

<sup>31</sup>Нукушева А.А. Правовые формы участия иностранных инвесторов в деятельности юридиче-



ском праве. Устанавливая такое своё приоритетное право, государство действует не как сторона контракта на недропользование, а как носитель публичной власти (законодатель). Данная норма направлена на весь круг недропользователей, а не на определённый контракт на недропользование. Необходимо отметить, что государство изменениями в Закон о недрах ограничило своё приоритетное право участками недр, месторождениями, имеющими стратегическое значение.<sup>32</sup>

Государство при покупке отчуждаемой доли в проекте только реализует свое право быть первым покупателем перед другими компаниями консорциума.<sup>33</sup> Такое приоритетное положение является следствием статуса государства как исключительного собственника недр с вытекающими отсюда правовыми и экономическими последствиями.<sup>34</sup> Никаких действий против воли отчуждателя не происходит. Следовательно, изъятия собственности не происходит, так как для изъятия имущества требуются действия против воли собственника на отчуждение вообще, а не конкретному субъекту. Возможность же самостоятельно устанавливать цену, наоборот, в большей степени способствует защите инвестора.

## 6. Соблюдение «местного содержания»

Согласно п. 2 ст. 61 Закона о недрах, контракт на недропользование должен содержать обязательства по казахстанскому содержанию.

Термин «казахстанское содержание» означает количество товаров, работ и услуг казахстанского происхождения или закупаемых у казахстанских компаний. Кроме того, казахстанское содержание включает в себя и долю казахстанского персонала, задействованного в реализации проекта. Казахстанское содержание при проведении операций по недропользованию регулируется Законом «О недрах и недропользовании» в статье 78.

До введения в действие соответствующих законодательных норм с 2004 года, требования по казахстанскому содержанию для инвесторов содержались в положениях контрактов.<sup>35</sup> Дискуссии вызывает вопрос о применимости требований по казахстанскому содержанию к ранее заключенным контрактам, в которых не были предусмотрены обязательства по казахстанскому содержанию или они носили статус «принципа». Как считается, закрепление норм по казахстанскому содержанию в законодательстве, это

---

ских лиц Республики Казахстан. Караганда, 2008. С. 173-174. См. также: Жанайдаров И.У. Приоритетное право государства // Материалы конференции. Алматы, 22-23 мая 2006 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2006. С. 140.

<sup>32</sup>См. пункт 5 Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования» от 29 декабря 2014 г. № 271-V // «Казахстанская правда» от 31.12.2014. № 255.

<sup>33</sup>Нестерова Е.В. Каким быть новому казахстанскому законодательству о недропользовании // «Советник». 2009. № 1. С. 62-63; Сафинов К. Инвестиционный климат: повода для беспокойства нет // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2005, № 4-5. С. 140-142; Сапарова А.А. Приоритетное право государства на приобретение отчуждаемого права недропользования: Недра и инвестиции // Материалы семинара. Атырау, 2007. С. 108.

<sup>34</sup>Зиманов С.З. Государство и контракты в сфере нефтяных операций. Алматы: Жеті жарғы, 2007. С. 36.

<sup>35</sup>Ред. статья: Казахстанское содержание: правовое регулирование // «Kazakhstan». 2009. № 5. С. 25.

только раскрытие этого принципа, уже содержащегося в контрактах. Вполне оправданной может быть уточнение уже существующих положений в ранее заключенных контрактах в отношении казахстанского содержания, учитывая оговорку о национальной безопасности, которая является основанием для бездействия стабилизационной оговорки.<sup>36</sup>

Противоположное мнение приводит в доводы уже упоминавшуюся ч. 2 ст. 383 ГК о приоритете договора, а также ст. 30 Закона о недрах, предоставляющую недропользователям гарантии стабильности договорных положений.<sup>37</sup>

К 2009 году в приблизительно 144 контракта на недропользование по согласию недропользователей были внесены дополнительные обязательства по казахстанскому содержанию.<sup>38</sup> Крупные недропользователи, ссылаясь на стабилизационные положения контрактов, отказываются внести подобные изменения. Поэтому перед государством стоит трудная задача по инициированию их пересмотра с целью внесения изменений и дополнений касательно казахстанского содержания.<sup>39</sup>

Государство надеется, что местное содержание наряду с компенсационной выплатой может стать реальным механизмом, который в состоянии уравнивать баланс экономических интересов сторон.<sup>40</sup> Что фактически означает содействие казахстанской экономике в лице казахстанских производителей.

## 7. Последствия описанных механизмов и инструментов для практики

С учётом описанных изменений правовых позиций возникает впечатление, что интересы государства более чем защищены. Отмечается, что едва ли государство воспользуется в полной мере всеми инструментами регулирования, поскольку не в его целях отпугнуть инвесторов, чтобы пессимистические прогнозы стали явью,<sup>41</sup> а это возможно приведет к оттоку инвестиций.

Пока резкого оттока инвестиций, начиная с 2010 года, не произошло. Наоборот, происходит ежегодный прирост прямых иностранных инвестиций (далее – ПИИ). В 2011 году поступление ПИИ выросло на 22% по сравнению с 2010, превысив \$13 млрд.<sup>42</sup> В 2012 году было привлечено \$24 млрд долларов.<sup>43</sup> Около 38 % ПИИ за

---

<sup>36</sup>Сафинов К. Государство и инвесторы: как найти баланс интересов // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2009. № 6. С. 12.

<sup>37</sup>Конференция «Проблемы обеспечения казахстанского содержания в контрактах на недропользование» // «Юрист». 2010. № 5. С. 17.

<sup>38</sup>Выступление Ахметова С.Н. на форуме по повышению социальной ответственности бизнеса. Кызылорда, апр. 2009 URL: [http://paryz.kz/index.php?option=com\\_content&task=view&id=60&Itemid=30](http://paryz.kz/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=30) (5.04.2011).

<sup>39</sup>Конференция «Проблемы обеспечения казахстанского содержания в контрактах на недропользование» // «Юрист». 2010. № 5. С. 17.

<sup>40</sup>Сафинов К. Государство и инвесторы // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2009. № 6. С. 11.

<sup>41</sup>Константинов А., Флинк О., Смирнов С. Поправки стратегического сдерживания URL: <http://www.zakon.kz/96804-popravki-strategicheskogo-sderzhivaniya.html> (10.12.2015).

<sup>42</sup>Ред. статья: За год иностранные инвестиции в Казахстан выросли на 22% URL: <http://www.zakon.kz/4473187-za-god-inostrannye-investicii-v.html> (13.12.2015).

<sup>43</sup>Куатова Д. Мы наблюдаем большой интерес инвесторов URL: <http://kapital.kz/expert/33967/my-nablyudaem-bolshoj-interes-investorov.html>. (20.12.2015).

последние 10 лет приходится на добычу нефти и газа, 32 % на геологоразведку и изыскания.<sup>44</sup> Как видно, инвестиционные показатели совсем не плохие и инвесторы готовы вкладывать в экономику Казахстана. С другой стороны растет число исков, поданных иностранными инвесторами против Республики Казахстан. Если до 2001 года это был всего один иск, то в последние годы ежегодно подается по 2 иска. По настоящее время зарубежными международными арбитражами рассмотрены или рассматриваются споры не менее, чем по 11 искам.<sup>45</sup> Это значит, что не всё во взаимоотношениях между государством и инвесторами гладко и приходится прибегать к таким экстренным мерам как арбитражное разбирательство.

И всё же весь этот арсенал «давления» государства на другую сторону является больше превентивными мерами «устрашающего» характера. Они были способами давления для разовых случаев,<sup>46</sup> для решения одномоментных задач, но так и остались в законодательстве. Как отмечается, несмотря на кажущуюся грозность всех введенных правовых инструментов, на самом деле это довольно скромные меры по сравнению с тем «ресурсным национализмом», который захлестнул мир от Венесуэлы до России. Однако даже эти законодательные изменения позволили национальной компании «КазМунайГаз» приобрести ряд активов, например, долю в Карачаганакском проекте.<sup>47</sup>

Все эти механизмы и инструменты государство пытается использовать не только для увеличения доли страны в нефтяных проектах, но и для увеличения поступлений налогов и платежей в бюджет. Как мы видели ранее, государство придерживается стабильности налогового режима заключенных соглашений о разделе продукции. Республика Казахстан не может пересмотреть соглашения о разделе продукции (СРП) в одностороннем порядке – это означало бы несоблюдение казахстанскими властями ранее заключенных контрактов. Поэтому Республика ищет легитимные пути выхода из не совсем выгодных СРП. Все вышеперечисленные механизмы и инструменты должны решить эту задачу. С помощью контрольных механизмов государство начинает вынуждать инвесторов самих инициировать пересмотр тех пунктов СРП, которые невыгодны Казахстану.<sup>48</sup> Власти хотят перевести контракты

<sup>44</sup>Инвестиционный климат РК URL: [http://www.kaztrade.ru/kazakhstan\\_republic/economy/investment](http://www.kaztrade.ru/kazakhstan_republic/economy/investment) (24.05.2012).

<sup>45</sup>См., например, список на сайте ICSID URL: <http://icsid.worldbank.org> (18.12.2015).

<sup>46</sup>Например, при продаже 100 % пакета акций компании «PetroKazakhstan» Китайской национальной нефтяной компании (CNPC) или в переговорах о доле Казахстана в Кашаганском проекте. Подр. об этом: Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики // Материалы конференции. Алматы, 29-30 мая 2008 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. С. 24-26; Будущее Кашагана // «KazEnergy». 2007. № 8-9. С. 49; КМГ увеличил долю на Кашагане // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2008. № 1. С. 17; Кашаганский компромис // «Petroleum». 2008. № 4; Сулейменов М.К. Казахская доля в кн.: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в РК. Алматы, 2006. С. 408-413.

<sup>47</sup>Смирнов С. Не тот инвестор URL: <http://www.zakon.kz/110662-ne-tot-investor-pereraspredelja.html> (14.12.2015); Карачаганак: развязка приближается // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2010. № 3. С. 10-11; Ред. статья: Переговоры по урегулированию участия Казахстана в освоении Карачаганака завершены URL: <http://www.zakon.kz/4477707-peregovory-po-uregulirovaniju-uchastija.html> (5.12.2015).

<sup>48</sup>Ред. статья: Легитимно перетягивать канат // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2010. № 1. С. 11-12.

(СРП) на действующий режим налогообложения и урезать налоговые льготы иностранным компаниям.<sup>49</sup> Не изменив контракты это невозможно сделать, так как контракты содержат стабилизационную оговорку. Также путем пересмотра контрактов Казахстан хочет повысить в них требования по местному содержанию.

Некоторые эксперты утверждают, что «ресурсный национализм» не отпугнёт инвесторов, в том числе и иностранных.<sup>50</sup> Они не верят, что государство перешагнёт ту невидимую черту, которая перечеркнёт привлекательность инвестиций.<sup>51</sup> Видимо, они правы, поскольку привлечение инвестиций остаётся одним из важных направлений политики государства.<sup>52</sup> Об этом говорят последние изменения в инвестиционное законодательство,<sup>53</sup> которые среди прочего расширили список инвестиционных преференций в виде налоговой преференции и инвестиционной субсидии. Продолжается совершенствование правового регулирования инвестиций и снятие административных барьеров для экономической деятельности инвесторов. Очевидно, что государство имеет серьёзные намерения улучшить работу по привлечению инвестиций, в том числе и иностранных инвестиций.<sup>54</sup> В сфере недропользования особенные усилия в настоящее время прилагаются для направления потоков инвестиций в геологоразведку.<sup>55</sup>

Для того чтобы оценить, достигло ли государство путем введения в законодательство новых инструментов и механизмов выравнивания баланса интересов, нужны критерии оценки баланса. Возможно, такими критериями будут выступать: частота применения на практике государством, рассмотренных выше инструментов; ежегодное количество инвестиционных споров в судах и арбитражах; конкретное обе-

<sup>49</sup>Ред. статья: Казахстан хочет треть Карачаганак // «Oil & Gas of Kazakhstan». 2010. № 2. С. 11.

<sup>50</sup>Сорокин П. Ресурсный национализм не отпугнет инвесторов // «Petroleum». 2008. № 2. С. 34; Смаилов Е. Эффект маятника // «NationalBusiness», дек. 2007-08. № 12. С. 24.

<sup>51</sup>Порохов Е. «Железный век» или «красные флажки» – что пересилит? // «Exclusive». 2007. № 10. С. 20.

<sup>52</sup>Ред. статья: Правительство собирается отменить мораторий на разработку новых месторождений URL: <http://www.zakon.kz/4538039-kazakhstan-otmenit-moratorij-na.html> (29.11.2015); Ред. статья: Назарбаев приглашает иностранных инвесторов в Казахстан, обещая им улучшение инвестклимата URL: <http://www.zakon.kz/4477213-nazarbaev-priglasiaet-inostrannykh.html> (11.12.2015).

<sup>53</sup>Закон Республики Казахстан «Об инвестициях» от 8 января 2003 г. № 373-III (по сост. на 01.12.2015 г.) // «Казахстанская правда» от 11.01.2003. № 9-11. Утратил силу с 1 января 2016 года в соответствии с Кодексом РК от 29 октября 2015 года № 375-V. Ст. 13; Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 года № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» (по сост. на 28.12.2016 г.) // «Казахстанская правда» от 3.11.2015 г. № 210. Глава 25. Государственная поддержка инвестиционной деятельности. Ст. 283, 291.

<sup>54</sup>См.: Президент РК Н. Назарбаев озвучил очередное Послание народу Казахстана, 30 ноября 2015 URL: <http://www.zakon.kz/4759888-poslanie.html> (5.12.2015); Ред. статья: В защиту инвестиций, 7 февраля 2015 URL: <http://www.kazpravda.kz/articles/view/v-zashchitu-investitsii> (15.12.2015).

<sup>55</sup>Маратова А. Инвесторов заманят в Казахстан снятием адмбарьеров URL: <http://pravo.zakon.kz/4731172-investorov-zamanjat-v-kazakhstan.html>; М. Жакеев: Нельзя сказать, что казахстанская геология в провале – У. Караалин URL: <http://pravo.zakon.kz/4731179-nelzja-skazat-cto-kazakhstanskaja.html>; Ред. статья: Казахстан в 2015 г. предложит инвесторам для геологоразведки около 100 участков URL: <http://newskaz.ru/economy/20150318/7738993.html> (16.12.2015).

спечение гарантий и льгот для инвесторов. В итоге это приведёт к фактическим результатам и вполне просчитываемым цифрам по оттоку инвестиций, их стабильном количестве или показателем увеличения притока инвестиций. Эти цифры отображаются в сфере недропользования прежде всего в количестве контрактов на недропользование, которые были расторгнуты или реализованы до конца с итоговыми показателями успешности проекта. Предположительно, при невыгодном для себя балансе интересов иностранные инвесторы перестанут вкладывать в экономику Казахстана или начнут покидать страну и сами инициировать расторжение контрактов. Государство, во всяком случае, запаслось арсеналом правовых инструментов, позволяющих ему более жестко контролировать деятельность недропользователей и не упускать своих экономических выгод.

**Ж.Е. Досманова: Қазақстан Республикасының құқығы бойынша жерқойнауын пайдалану саласындағы мемлекет мүдделерін қорғау жөніндегі шаралар.**

Мемлекет жер қойнауын пайдалану келісімшарттарында мемлекет тарапынан келісімшартты біржақты тоқтату мүмкіндігі, жер қойнауын пайдалану құқығын сатып алудың басым құқығы, экологиялық қауіпсіздікті қамтамасыз ету талаптары, «жергілікті қамтуға» қойылатын талаптар және т.б. сияқты барлық жаңа заңнамалық құралдарды пайдалана отырып, өз ұстанымдарын ұдайы нығайтады. Әдебиетте осындай шараларды енгізу жер қойнауын пайдалануға арналған келісімшартты реттеудің қоғамдық сипатын күшейтуге әкелгені атап көрсетіледі. Мемлекеттік пікірге сәйкес, бұл реттеуші механизмдер мүдде теңгерімін өз пайдасына қалпына келтіреді, бұрын тиімсіз келісімшарттардың салдарынан шетелдік инвесторлар басым түсетін еді. Осы мақалада автор осы механизмдердің әрқайсысын, сондай-ақ инвестиция тарту үшін оларды пайдаланудың ықтимал салдарларын қарастырады. Мақаланың екінші бөлігінде салыстырмалы-құқықтық аспект ретінде осындай ұқсас құралдардың неміс заңнамасында бар екендігі қарастырылады.

*Түйінді сөздер: жерқойнауын пайдалану келісімшарты, тұрақтандыру жайлы ескертпе, бір жақты тәртіпте келісімшартты бұзу, айрықша құқық, басым құқық, энергетикалық қауіпсіздік, экологиялық қауіпсіздік, ұлттық қауіпсіздік, жергілікті қамту, құқықтар концентрациясы, мүдделер теңестірілуі.*

**Zh. Dosmanova: Measures To Protect the Interests of the State in the Subsoil Use According To the Law of the Republic of Kazakhstan.**

The state consistently consolidates its position in regards to the subsoil use contracts using the newest legal instruments such as the ability to terminate the contract unilaterally by the state, the priority right to purchase the subsoil use rights by the state, requirements to ensure the environmental safety, requirements for the “local content”, etc. According to the literature, the introduction of these measures has led to an increased public regulation of the contracts for subsoil use. According to the state, these mechanisms restore the balance of interests in favor of the government, which previously outweighed towards the foreign investors, due to unfavorable conditions of the contracts. In this article, the author examines each of these mechanisms and the possible consequences of their use in order to attract investments. In the second part of the article the author considers the

same mechanisms in German legislation in order to compare them with the ones used in Kazakhstan.

*Keywords: contract for subsoil use, stabilization clause, unilateral termination of contract, preemptive right, priority right, energy security, environmental safety, national security, local content, centralization of rights, balance of interests.*

#### **Библиография:**

1. Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). Алматы. 2006.
2. Зиманов С.З. Государство и контракты в сфере нефтяных операций: научно-практическое пособие. Алматы: Жеті жарғы. 2007.
3. Право и иностранные инвестиции в Республике Казахстан / Под ред. М.К. Сулейменова. Алматы: Жеты Жаргы. 1997.
4. Сулейменов М.К., Жусупов Е.Б., Утегенова Г.Т. Вещные права на недра // Сулейменов М.К. Избранные труды по гражданскому праву / науч. ред. Ем С.В. М.: Статут, 2006.
5. Мауленов К.С. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Республике Казахстан. Алматы: Ғылым. 1998.
6. Мороз С.П. Актуальные проблемы инвестиционного права: Курс лекций. Алматы: НИЦ КОУ. 2013.
7. Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции. Алматы. 29-30 мая 2008 / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ. 2008.
8. Мухитдинов Н.Б., Мороз С.П. Горное право Республики Казахстан. Учебное пособие. Алматы: Юрист. 2004.
9. Мороз С.П. Инвестиционное право Республики Казахстан: научное издание. Алматы: НИИ частного права КазГЮУ. 2006.
10. Вознесенская Н.Н. Правовое регулирование и защита иностранных инвестиций в России. М.: Волтерс Клувер. 2011.
11. Инвестиционное право. Учебное пособие / И. В. Ершова [и др.]. Москва: Проспект. 2014.
12. Джаналеева А.А. Проблема определения классификационных признаков видовой характеристики инвестиций // Право и государство. № 4 (65) 2014. С. 68-73.

#### **References (transliterated):**

1. Sulejmenov M.K. Pravovoe regulirovanie inostrannyh investitsij i nedropol'zovaniya v Kazahstane (Izbrannye trudy). Almaty. 2006.
2. Zimanov S.Z. Gosudarstvo i kontrakty v sfere nef'tjanyh operatsij: nauchno-prakticheskoe posobie. Almaty: Zhety zhar'gy. 2007.
3. Pravo i inostrannye investitsii v Respublike Kazahstan / Pod red. M.K. Sulejmenova. Almaty: Zhety Zhargy. 1997.
4. Sulejmenov M.K., Zhusupov E.B., Utegenova G.T. Veschnye prava na nedra // Sulejmenov M.K. Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu / nauch. red. Em S.V. M.: Statut, 2006.
5. Maulenov K.S. Pravovoe regulirovanie inostrannyh investitsij v Respublike Kazahstan. Almaty: Gylym. 1998.

6. Moroz S.P. Aktual'nye problemy investitsionnogo prava: Kurs leksij. Almaty: NITs KOU. 2013.

7. Gosudarstvo i grazhdanskoe pravo: Materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferentsii. Almaty. 29-30 maja 2008 / Otv. red. M.K. Sulejmenov. Almaty: NII chastnogo prava KazGYUU. 2008.

8. Muhitdinov N.B., Moroz S.P. Gornoe pravo Respubliki Kazahstan. Uchebnoe posobie. Almaty: Jurist. 2004.

9. Moroz S.P. Investitsionnoe pravo Respubliki Kazahstan: nauchnoe izdanie. Almaty: NII chastnogo prava KazGYUU. 2006.

10. Voznesenskaja N.N. Pravovoe regulirovanie i zaschita inostrannyh investitsij v Rossii. Moskva: Volters Kluver. 2011.

11. Investitsionnoe pravo. Uchebnoe posobie / I. V. Ershova [i dr.]. Moskva: Prospekt. 2014.

12. Dzhanaleeva A.A. Problema opredelenija klassifikatsionnyh priznakov vidovoj harakteristiki investitsij // Pravo i gosudarstvo. № 4 (65) 2014. S. 68-73.



### НОВЫЕ КНИГИ

**Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан. Аналитический доклад «Актуальные проблемы защиты прав трудящихся-мигрантов и жертв торговли людьми в Республике Казахстан».** Под общей ред. Куаныша Султанова, Тастемира Абишева. Астана, 2017. – 196 с.

Предлагаемый аналитический доклад Комиссии по правам человека при Президенте Республики Казахстан «Актуальные проблемы защиты прав трудящихся-мигрантов и жертв торговли людьми в Республике Казахстан» (далее – доклад) посвящен комплексному анализу ситуации с правами трудящихся-мигрантов и жертв торговли людьми в Казахстане.

Доклад одобрен резолюцией Президента Республики Казахстан Нурсултана Назарбаева от 2 декабря 2016 года № 32-43.309.

В докладе дана сравнительная оценка ситуации с правами трудящихся-мигрантов и жертв торговли людьми, приведены рекомендации по защите гражданских, социальных, трудовых, экономических и культурных прав трудящихся-мигрантов и жертв торговли людьми в Казахстане, а также отражены результаты специальных исследований по реализации рекомендаций предыдущих специальных докладов Комиссии.

В частности, выявлены пробелы в законодательстве и правоприменительной практике в сферах противодействия незаконной миграции, торговли людьми, оказания специальных социальных услуг жертвам трафика, а также в уровне социально-правовой защищенности трудящихся-мигрантов, жертв торговли людьми и путях их решения.

Доклад основан на результатах правозащитной деятельности самой Комиссии по правам человека и ее специальных исследованиях за истекший период времени. В нем широко привлечены данные государственных органов, правозащитных НПО, кризисных центров, Представительства Международной организации по миграции (МОМ) в Казахстане, Офиса Программ ОБСЕ в Астане, других международных организаций.