

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РФ О НЕДРАХ

Становление концессионно-договорных отношений в Российском недропользовании: проблемы и перспективы формирования нового законодательства

*Сосна С.А.**

Договор на право пользования недрами – отнюдь не новый феномен в России. Горная концессия как договорная форма недропользования известна в России еще с дореволюционных времен. И в СССР в ранний период его существования достаточно широко практиковались горные концессии (нефтяные, угольные, золотодобывающие, марганцевые). Уже в постсоветский период российский законодатель принял закон о соглашениях о разделе продукции (СРП) – еще одной договорной форме недропользования, распространенной прежде всего в нефтегазовой отрасли. СРП не совсем отвечает признакам классической горной концессии, но по своему главному признаку – по предмету договора (предоставление государством пользователю исключительных прав на использование участка недр) – СРП близок к горной концессии.

Таким образом, есть все основания говорить не о внедрении в российское недропользование совершенно нового, неизвестного договорно-правового института, а о восстановлении прерванной традиции договорного недропользования, о возрождении давно известной, оправдавшей себя, но по многим причинам забытой горной концессии. Тем более что российский законодатель, наконец, осознал неэффективность действующей в нашем недропользовании административ-

* Сосна Сергей Андреевич – к.ю.н., старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук.

но-разрешительной системы и ныне готовит новый вариант закона «О недрах», предусматривающий перевод российского недропользования на договорную основу.

Преимущества договора в форме горной концессии перед лицензией в России совершенно очевидны. Концессионер, обладающий всеми необходимыми финансовыми и материально-техническими ресурсами, нацелен на своевременное выполнение своих договорных обязательств по срокам и объемам инвестирования, по технологическим операциям. Потому что при неисполнении или недолжном исполнении им своих обязательств государство вправе потребовать от него возмещения не только убытков, но и упущенной выгоды (ибо потеряно время, государство не получило запланированной горной ренты и налогов). Лицензия же в силу российских условий, как показала почти 15-летняя практика лицензирования недропользования, привила пользователям совсем иную мотивацию поведения: они лишь стремятся «застолбить» за собой участок недр, а затем, не имея собственных ресурсов, пассивно ждут появления подходящего инвестора, тем более что рыночная конъюнктура в последние годы способствует росту их капитализации. Не особенно пугает их и угроза потерять лицензию (аннулирование недропользовательских лицензий практикуется в России лишь в единичных случаях, да и то в самое последнее время). Все равно государство не может привлечь их к имущественной ответственности, даже если в лицензии были указаны сроки реализации проекта. В результате государство несет миллиардные убытки.

При всей необходимости перехода недропользования на договорную основу Россия сильно отстала от других государств СНГ в выработке договорно-концессионного законодательства. Хотя работа над таким законодательством началась в России еще в 1991 г., оно до сих пор так и не появилось. Другие страны СНГ уже давно приняли законодательство концессионного типа, и такие, например, добывающие страны, как Казахстан и Азербайджан, успешно его используют. Препятствием к принятию концессионного законодательства в нашей стране долгое время было широко распространенное предубеждение против концессий, разделявшееся многими парламентариями. Предубеждение понятное, но непростительное. Чтобы уяснить это, необходим небольшой экскурс в прошлое.

ИЗ ИСТОРИИ ГОРНЫХ КОНЦЕССИЙ¹

История недропользовательских концессий делится на два этапа. Первый этап – это период, когда в мире не существовало горного законодательства либо оно было фрагментарным, находилось в зачаточном состоянии. Основой концессии служил договор. Сторонами вырабатывались индивидуальные условия концессии, как правило, более выгодные для концессионера. Классическим примером таких концессий могут служить колониальные горные концессии, речь о которых пойдет ниже.

Второй этап – это период законодательного регулирования горных отношений. Первые законодательно урегулированные горные концессии появились еще в конце XVIII века, в частности, во Франции. Их-то, на мой взгляд, и можно было бы считать традиционными горными концессиями. Но получилось иначе. В обиходном представлении традиционные концессии ассоциируются не с концессиями конца XVIII века, а со скандально известными колониальными горными концессиями начала XX века. В те годы многие колониальные и зависимые страны предоставляли иностранным концессионерам неограниченные права на использование своих природных ресурсов. Эта неограниченность является характерной чертой заключенных в те годы концессионных договоров.

Их история насчитывает более 100 лет. Первой подобного типа концессией стала известная концессия Вильяма Д'Арси, которому она была предоставлена тогдашней Персией (ныне Иран) в 1901 г. Правда, встречаются упоминания и о более ранних концессиях этого типа. Наряду с длительным периодом действия (вплоть до 99 лет) подобной концессии присущи другие отличительные особенности, характерные для той исторической эпохи. Это фактическая передача концессионеру права собственности на недра на территории, отданной в концессию. То есть имелось в виду не только право собственности на добытое минеральное сырье, но и на ископаемые, еще не извлеченные из недр. Таким образом, концессионные участки были как бы изъяты из сферы суверенных прав государства. Конечно, термин «суверенный» в данном случае использован условно. Колонии и полуколонии не были суверенными государствами. Но и после завоевания ими национального суверенитета характер горных концессий первое время оставался пре-

¹ В этом разделе статьи частично использованы материалы кандидатской диссертации С.В. Колдаева «Договорные формы недропользования», защищенной в 2005 г.

жним. На концессионной территории фактически действовали правовые нормы колониальной метрополии или собственные правила, установленные концессионером. Такая территория, по сути, представляла собой государство в государстве. Она иногда охватывала значительную часть территории страны.

В договоре часто отсутствовало положение о досрочном возврате в собственность государства неиспользуемых и бесперспективных концессионных участков. Концессионер осуществлял незначительные финансовые отчисления от своих доходов в пользу государства – они сводились, как правило, лишь к символической плате за право пользования недрами (роялти), размер которой, как правило, не зависел от прибыльности операций концессионера.

Очевидно, что концессии того времени, навязывавшиеся колониальными метрополиями местным правителям, были откровенно грабительскими. Подобные концессии существовали в Иране, Саудовской Аравии, Бахрейне, Абу-Даби и других странах этого региона. Мало отличались от них и концессии в других регионах земного шара, богатых нефтью, бокситами, железной рудой, в частности в Латинской Америке. Отечественная история тоже знает горные концессии колониального типа, хотя Россия никогда не была колонией. Например, концессия «Лена Голдфилд Майнз», которая печально известна нещадной эксплуатацией рабочих, вызвавшей их забастовку и расстрел царскими войсками на Ленских золотых приисках (1912). Концессии колониального типа просуществовали без каких-либо существенных изменений достаточно долгое время вплоть до 1948 г., когда одной из нефтедобывающих стран – Венесуэле удалось модифицировать концессионный договор, введя в практику деление прибылей между концессионером и государством в соотношении 50:50. Это было достигнуто посредством налога на прибыль добывающих иностранных компаний.

В настоящее время тип традиционной концессии практически перестал существовать. Однако сама концессионная система сохранилась в разных странах, хотя во многих из них она видоизменилась, приняв облик т.н. лицензионного соглашения, аренды, разрешения и т.п.

Ныне в Великобритании, Норвегии, США, Австралии, странах Ближнего Востока и Латинской Америки широко используются так называемые «модернизированные» концессионные соглашения. В государствах Ближнего Востока, где, как правило, по-прежнему

не существует специального концессионного законодательства, концессионные соглашения предоставляются в каждом индивидуальном случае на основе прямых переговоров сторон. В большинстве других добывающих стран основные условия «модернизированной» концессии определяются прежде всего национальным законодательством. Это значит, что современное государство законодательно регулирует и контролирует отношения недропользования.

«Модернизированная» концессия имеет ряд существенных отличий от своего предшественника – традиционной концессии. Одно из них заключается в резком сокращении концессионной территории. Так, площадь концессии, как правило, не превышает ограниченного числа участков, на которые разбита нефтеносная территория страны, включая шельфовую зону. В Великобритании, например, концессионер получает права лишь на 250 кв км, в США – на 25 кв км (на внешнем континентальном шельфе). Возможность получения прав на более обширные участки сохраняется лишь в отношении малоизученных и не проверенных на предмет наличия нефтяных запасов территорий. Как правило, оговаривается досрочный возврат неиспользуемых и бесперспективных участков, а если месторождение не обнаружено, то концессионное соглашение может быть расторгнуто. Законодательство Великобритании и Норвегии требует поэтапного возврата по крайней мере 50% первоначально переданной в концессию территории до истечения срока действия соглашения.

Существенно сокращены сроки действия горной концессии. Обычно они достигают 25-30 лет и только в отдельных случаях – 50 лет. В случае необходимости концессия может быть возобновлена на прежних или новых условиях. Обычно все подобные вопросы оговариваются в договоре.

Другое отличие «модернизированных» концессий касается контроля над концессионной деятельностью. Существенно то, что восстановлен полный суверенитет принимающего государства над концессионной территорией. Государство контролирует деятельность концессионера обычно в рамках регулярного государственного контроля над всякой предпринимательской деятельностью. Нередко оно осуществляет контроль и благодаря собственному участию в активах концессионного предприятия, приобретая, например, определенную долю акционерного капитала, либо прямо участвует в создании совместного с концессионером предприятия. Вместе с тем значение такого контро-

ля не следует переоценивать, когда например, в малую страну приходит мощная транснациональная корпорация, активы которой соизмеримы, а иногда и превышают бюджет принимающего государства.

Важно также отметить, что современные, «модернизированные» концессии наделяют концессионера правом собственности на добываемое сырье лишь с момента извлечения сырья из недр. Титул собственника ископаемых, залегающих в недрах, остается за принимающим государством, которое наделяет концессионера только правом пользования недрами.

«Модернизированная» концессия стала результатом уравнивания прав государства и концессионера (разумеется, в отношениях по коммерческому обороту). Она позволяет четко сформулировать права, обязанности и ответственность сторон по договору, добиться прозрачности недропользовательского бизнеса, обеспечить более рациональное и эффективное использование недр. В российском недропользовании эти задачи все еще не решены.

Экономический механизм «модернизированной концессии» прост и выражается краткой формулой «налог плюс роялти». Формула означает, что концессионер, получающий в свою собственность все добытое сырье (если иное не предусмотрено договором), уплачивает государству горную ренту (роялти) и, как и прочие предприниматели, – налог на прибыль, а также все иные установленные законом налоги и платежи. Рентные платежи включают также арендную плату за земельные участки (ренталз) или акваторию, а также т.н. бонусы – единовременные платежи, приуроченные к различным этапным событиям концессионного процесса.

В начальный период использования «модернизированных» концессий ренталз и бонусы условиями соглашений обычно не предусматривались, а роялти и налоги на прибыль начислялись концессионеру по фиксированным ставкам. В настоящее время ставки платежей за право пользования недрами (роялти) и отчислений от дохода концессионера нередко устанавливаются по скользящей шкале в зависимости от условий разработки месторождения, увеличиваясь с ростом добычи сырья или цен на него. Дифференцируя ставку роялти для месторождений с разными возможностями для добычи сырья, государство тем самым создает оптимальные условия для концессионера и условия для рациональной эксплуатации месторождения.

Разовые платежи концессионера государству (бонусы) являются разновидностью платежей за пользование недрами. К ним обычно относят бонус, выплачиваемый при подписании соглашения, при появлении первого извлеченного сырья или при достижении определенных последующих объемов добычи сырья и др.

Ренталз – это, как говорилось выше, плата за использование земельных участков и акваторий, в целях проведения поисковых и разведочных работ, которая обычно взимается за единицу площади используемой территории.

В современной зарубежной концессионной практике совокупные поступления государства-концедента (government-take) от горной концессии нередко достигают 80 и более процентов от общих доходов концессионера, полученных от реализации добытого им минерального сырья. На размеры government-take, разумеется, сильно влияют горно-геологические и природно-климатические условия, продуктивность месторождения, качество сырья и многие другие факторы.

В целом можно сказать, что «модернизированные» концессии в корне преобразили прежние представления о концессионных отношениях недропользования. С колониальными горными концессиями они имеют разве что только общее наименование. Добавлю, что современная горная концессия – это, как правило, очень крупный инвестиционный проект, реализация которого вызывает т.н. мультипликационный эффект – оживление сопряженных отраслей экономики (машиностроительных, инфраструктурных, энергетических и др.), появление новых рабочих мест, реализацию территориальных и социальных программ развития. Так, практика реализации соглашений о разделе продукции показывает, что один рубль, вложенный инвестором по СРП, имеет своим результатом вложение 5-6 рублей в других отраслях экономики, выполняющих заказы, подряды и субподряды для СРП.

Предубеждение против концессий, которое, надо надеяться, теперь осталось в прошлом, не единственное обстоятельство, которое тормозило принятие в России концессионного законодательства. Есть и другие, причем существенные. Одним из них является феномен долговременного, беспрецедентного роста мировых цен на энергоносители, в меньшей степени – на цветные и драгоценные металлы, драгоценные камни и некоторые другие виды минерального сырья. Быстро растущие доходы госбюджета от экспорта минерального сырья позволяли в последние годы закрывать глаза на недостатки лицензионного

порядка недропользования, порождали настроения типа «не надо ничего трогать, пусть все остается как есть». Это опасное заблуждение, игнорирующее признаки углубляющегося кризиса российского недропользования, прежде всего его нефтегазовой отрасли.

Наконец, принятие концессионного законодательства в России сдерживалось и сдерживается отсутствием у законодателя четкого представления о правовой природе договора недропользования вообще и горной концессии в частности. Между тем этот вопрос имеет существенное значение не только для законодательства и правоприменительной практики. Он очень важен и для правовой теории, в которой отсутствует единое мнение по этому вопросу. Вот почему на нем следует остановиться подробнее.

АРЕНДА НЕДР ИЛИ ГОРНАЯ КОНЦЕССИЯ?

Установить правовую природу концессионного договора означает прежде всего сравнить его с общераспространенными, хорошо известными гражданско-правовыми договорами, выявить черты его сходства с ними и отличия от них. Очевидно, что ближайшим гражданско-правовым аналогом концессии является договор аренды недвижимого имущества (земельных участков и других обособленных природных объектов, предприятий как имущественных комплексов, зданий, сооружений, оборудования и других вещей, которые, как говорится в ст. 607 Гражданского кодекса РФ, не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования (непотребляемые вещи).

Представители цивилистической науки обычно так и толкуют концессию – как договор аренды или найма государственного имущества. Эта точка зрения, казалось бы, подтверждается и зарубежным законодательством. Известно, например, что в некоторых странах (США, Канаде и др.) договор недропользования прямо именуется горной арендой – *mining Lease, mineral Lease*. Правда, при ближайшем рассмотрении обнаруживается, что под этим наименованием, возникшим во многом в силу особенностей и традиций англосаксонского и американского общего права, понимаются отношения сторон, которые по своему содержанию очень близки к концессионным или, по сути, являются таковыми².

Отвечают ли недра признакам объектов арендного договора, как они сформулированы в ст. 607 ГК? Повторю, что ст. 607 требует, чтобы это

² Сосна С.А. Концессионные соглашения. Теория и практика. М., 2002. С. 96-98.

были непотребляемые вещи, не утрачивающие в процессе их использования своих первоначальных натуральных свойств. Недра не отвечают этому требованию. Содержимое участка недр потребляется в процессе использования, причем безвозвратно, невосполнимо. Иными словами, участок недр как «вещь», как недвижимое имущество утрачивает свои первоначальные натуральные свойства, так как полезные ископаемые, составляющие его содержание, перестают существовать в результате использования участка недр. Да и сами недра не могут и не должны рассматриваться как вещи, как рядовое имущество, сдаваемое в аренду. Недра – это невозобновляемое, невосстановимое общественное национальное достояние, которое уже в силу своей уникальности и невоспроизводимости выпадает из ряда обычных, рядовых объектов гражданских прав.

Учитывая особую социальную и экономическую роль недр (по определению Конституции РФ, это «основа жизни и деятельности народов»), государство, распоряжаясь ими, не может выступать только как их собственник, т.е. только как субъект гражданских прав. Оно неизбежно выступает одновременно и как орган публичной власти, призванный организовать рациональное использование и надежную защиту общественного достояния, в т.ч. и опосредованно, через договор недропользования.

В зарубежных странах с четким делением права на публичное и частное государственное имущество в зависимости от его общественного назначения и социальной роли тоже делится на две категории: публично-правовое имущество (*domaine public d'État*) и частноправовое имущество государства (*domaine privé d'État*). Природные ресурсы по своему реальному правовому статусу примыкают к публично-правовым имуществам, хотя прямо таковыми в законодательстве не именуется. Правовой статус недр в целом соответствует статусу публично-правовых имуществ государства: последние неотъемлемы и неотчуждаемы, их оборот регулируется особыми правилами, отличными от гражданско-правовых. Публично-правовое имущество – это имущество общего пользования. Оно по определению не может быть в чьей-либо частной собственности и принадлежит всем сообща и никому в отдельности. *Domaine public*, собственно говоря, это и есть общественное достояние. В странах континентального права такое имущество представляется государством не в аренду, а в концессионное пользование. В сфере недропользования это горная концессия.

В России подобной категории имущества пока не существует. Но Гражданский кодекс РФ все же говорит об объектах гражданских прав (подчеркнуто мной. – С.С.), которые могут принадлежать лишь определенным участникам оборота либо нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению. Это ограничено оборотоспособные объекты гражданских прав (ст. 129). Эта норма излагает языком гражданского права особый статус той категории государственных имуществ, которые используются «по специальному разрешению», т.е. в негражданском порядке.

В последние годы и в российском праве отчетливо проявляется тенденция к оценке природных ресурсов как особой, отличной категории государственной собственности, не укладывающейся в традиционные цивилистические представления о государственном имуществе. Одним из проявлений этой тенденции стали постановления Конституционного суда РФ № 1-п от 09.01.1998 г. и № 10-п от 07.06.2000 г., в которых, в частности, подчеркивалось, что природные ресурсы РФ – это «собственность особого рода» и что такая собственность «подлежит специальному регулированию». Эти постановления – еще один шаг к признанию публично-правовой природы естественных богатств России.

Другим основанием, определяющим природу договора, является природа субъекта прав, который предоставляет в пользование свое имущество. В данном случае это государство. В российском праве государство приравнивается к другим субъектам гражданских прав, т.е. презюмируется, что в отношениях по обороту государство обладает только гражданской и никакой иной правоспособностью. Правда, часть авторов считает, что правоспособность государства имеет ограниченный или особый либо специальный характер, но это обстоятельство не рассматривается как препятствие для гражданско-правовой трактовки правоспособности государства³. По-иному понимается правоспособность государства в странах, где право четко делится на публичное и частное. Там и правоспособность государства в отношениях по обороту может быть как гражданской, так и публичной. В частности, в сфере ресурсопользования государство выступает как лицо публичного права.

Имеются и другие существенные основания отличать концессию от договора аренды. Наиболее крупным, своего рода обобщающим раз-

³ Сосна С.А. Указ. соч. С. 137-141.

личием между ними следует считать существенно разные трактовки прав арендатора и прав концессионера в отношении прежде всего недвижимого имущества, в частности природных ресурсов. Так, ГК РФ придает, как представляется, заметно иной смысл правам арендатора, чем тот, который придается правам концессионера по горной концессии. Согласно ст. 606 ГК РФ, арендатору предоставляется имущество (подчеркнуто нами. – С.С.) во временное владение и пользование или во временное пользование. Речь, таким образом, идет о передаче арендатору имущества как такового. В том случае, когда арендатору имущество передается во владение и пользование, он становится титульным владельцем арендованного имущества. Когда имущество передается только в пользование, его владельцем остается арендодатель.

В отличие от арендных прав, по концессионному договору концессионеру предоставляется не само имущество, а право пользования имуществом (подчеркнуто мной. – С.С.). Причем это всегда титульное право пользования, потому что концессионеру предоставляется также правомочие владения участком недр. Кроме того, концессионные права имеют исключительный характер, тогда как аренда вообще не знает таких прав. У арендатора обычные, простые права на арендованное имущество. Это отличает концессионные права от арендных не только формально-юридически, но и по существу. Исключительное право концессионера – это особое, монопольное право, которое принадлежит одному лишь государству и которое оно уступает концессионеру не столько как собственник недр, сколько как орган публичной власти, как суверен. Собственников в стране может быть много, суверен же всегда только один, и его суверенные исключительные права – это вовсе не те исключительные права, которые, например, частные правообладатели предоставляют пользователям по договору коммерческой концессии (глава 54 ГК РФ) в сфере интеллектуальной собственности.

Уступая недропользователю часть своих монопольных, исключительных прав, государство тем самым в необходимой степени освобождает пользователя от ограничений, которые может содержать национальное право и законодательство. Надо сказать, что концессия вообще как таковая изначально и повсеместно толковалась как изъятие из общего (т.е. частного) права страны. Исторически концессия возникла как некая привилегия, дарованная концессионеру властью для выполнения каких-либо специальных, нетрадиционных задач, которые невозможно было осуществить в рамках общего права и действующего

законодательства. И поныне сохраняется взгляд на концессию как на особый род деятельности, осуществляемой в порядке изъятия из общего права, хотя процесс расширения сферы правового, законодательного регулирования общественных отношений, свойственный современной эпохе, объективно сужает рамки такого изъятия для концессий.

В силу отмеченных обстоятельств права концессионера заведомо весомее, полнее, «качественнее» арендных прав. По горной концессии пользователю обычно предоставляются исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья и связанную с этим деятельность, а также на транспортировку, переработку, хранение, использование, реализацию или распоряжение сырьем иным образом. Именно так, в частности, формулирует исключительные права пользователя российский закон о соглашениях о разделе продукции. Напомню, что СРП близок к концессии прежде всего по объему и характеру предоставляемых пользователю прав. Конечно, арендатор в принципе может получить столь же широкий набор прав в отношении, например, распоряжения сельскохозяйственной продукцией, полученной им на арендованном участке земли. Но у таких арендных прав нет ничего специфически «государственного» (хотя арендодателем может быть и государство), никаких изъятий или монополий.

Права арендатора и права недропользователя – это имущественные права. Но они существенно разнятся между собой. По российскому гражданскому законодательству аренда относится к категории обязательственных прав. Права же пользователя по горной концессии теория склонна рассматривать как права вещной разновидности. Как считает один из видных российских теоретиков горного права Б.Д. Ключкин, права пользования участками недр и месторождениями полезных ископаемых реализуют вещные права недропользователей⁴. Как вещные права характеризует права недропользователя и законодательство отдельных стран, и намного чаще – судебная практика. Нет нужды объяснять существенную разницу между правами обязательственной (арендной) и вещной (концессионной) разновидностей.

Еще одно отличие аренды от концессии становится очевидным из ст. 613 ГК РФ, согласно которой передача имущества в аренду не является основанием для прекращения или изменения прав третьих лиц на это имущество. Концессионная практика исходит из противополож-

⁴ Ключкин Б.Д. Горное законодательство в странах Западной Европы и Америки. М., 2000. С. 42.

ной посылки: имущество, право пользования которым предоставляется концессионеру, как правило, должно быть предварительно очищено от любых чужих прав на него. Концессионное имущество, если стороны не предусмотрели в договоре иное, не должно иметь обременений.

Согласно ст. 608 ГК арендодателями, кроме собственника, могут быть также лица, уполномоченные законом или собственником сдавать имущество в аренду. Концессионная практика, как говорилось, знает только одного концедента – государство, от имени которого предоставляется концессия (заключается концессионный договор). Правда, в последние годы в ряде нефтедобывающих стран концессии от имени государства стали предоставлять уполномоченные коммерческие организации типа национальных нефтяных компаний. Но и здесь нет места арендным или субарендным отношениям, потому что третьим лицам – пользователям предоставляется право пользования «свободными» участками недр, т.е. не находящимися в пользовании у самой уполномоченной компании. Обычно такая компания наделяется некоторыми функциями государственного органа, имеет статус уполномоченной государственной организации.

Не выдерживает сравнения с концессионными условиями и положение ст. 616 ГК, согласно которому арендодатель обязан производить за свой счет капитальный ремонт переданного им имущества. По концессионному договору недропользования, который обязательно предусматривает реализацию инвестиционного проекта, все капитальные затраты возлагаются на концессионера – инвестора. Надо признать, что ст. 616 ГК содержит необходимую оговорку, что законом может быть установлен иной порядок оплаты капитального ремонта, т.е. допускается его оплата арендатором. Но оговорка не меняет сути дела. Инвестиционный проект – это не ремонт, даже капитальный. Это комплексная программа инвестиционного обеспечения концессионного объекта с возложением на концессионера всех предпринимательских и непредпринимательских рисков (если иное не предусмотрено в договоре). Отмечу также, что к концессионному договору имущественный налог взимается не с собственника, а с пользователя, и амортизация начисляется тоже на последнего.

Также в отличие от аренды, в частности от положений ст. 621 ГК, предусматривающей преимущественное право добросовестного арендатора на заключение договора на новый срок, как и право этого

арендатора на возмещение убытков, если арендодатель заключил договор аренды с новым лицом, концессионное законодательство аналогичных положений не знает. В принципе преимущественное право концессионера может признаваться, но оно действует в случаях, когда, например, концессионер, производивший разведку недр, открыл месторождение и хочет его эксплуатировать, но его концессия предусматривала только право на разведку недр. В этом случае он может получить концессию на добычу ископаемых либо без торгов, либо на торгах при прочих равных условиях с другими участниками торгов. Но если концессия достанется другому пользователю, первый концессионер всегда получит возмещение за произведенные им затраты и, разумеется, разумную прибыль либо от нового концессионера, либо от государства, если последнее решило осваивать месторождение собственными силами.

Наконец, в отличие от аренды государственного имущества, горная концессия учреждается на основании акта органа публичной власти – закона или административного решения. Иными словами, концессионный договор между государством и концессионером заключается во исполнение закона или постановления правительства (либо утверждается ими). Предоставление государственного имущества в аренду обычно тоже осуществляется решением государственного органа, но по сути это не акт публичной власти, а односторонняя сделка публичного юридического лица.

Если аренда государственного имущества означает известное самоограничение субъективных прав государства как собственника имущества, то концессия помимо этого предполагает известное самоограничение прерогатив государства как органа публичной власти. Особенно отчетливо оно проявляется в отношениях с иностранным концессионером, когда государство добровольно отказывается от части своих суверенных иммунитетов. Как известно, принцип суверенных иммунитетов означает, что государству как субъекту международного права и обладателю суверенных прав не может быть предъявлен иск в суде иностранного государства. Иммунитет распространяется и на собственность государства. Понятно, что иммунитетом обладают прежде всего те имущества государства, которые по закону неотчуждаемы и неотъемлемы. Это природные ресурсы.

Принцип абсолютных иммунитетов государства уже давно пришел в противоречие с потребностями международного экономического

оборота и, в частности, с быстрым развитием договорных экономических отношений государства с иностранными «элементом» – частным инвестором, пользователем, концессионером и т.п. предпринимателем. Вот почему во многих странах принцип абсолютных иммунитетов государства давно уступил место принципу т.н. функциональных иммунитетов, в соответствии с которым государство добровольно отказывается от части своих иммунитетов, гарантируя частному иностранному лицу равные права в области исполнительного производства.

В России, в отличие от ряда других стран, закона о суверенных иммунитетах, предусматривающего возможность добровольного отказа российского государства от своих иммунитетов, пока не существует. В отдельных федеральных законах (в частности, о СРП) возможность такого отказа предусматривается. Но в остальном природоресурсном и во внешнеэкономическом законодательстве этот вопрос не поднимается. Но даже если российское государство законом ограничит свои суверенные иммунитеты, природные ресурсы никогда не станут объектом распоряжения по гражданскому праву или по международному частному праву. Это, как говорилось выше, неотчуждаемое и неотъемлемое общественное достояние. Государство не вправе исполнять свои обязанности перед концессионером за счет такой собственности.

Все сказанное выше приводит к выводу, что горная концессия – это не договор аренды и что само понятие аренды недр юридически несостоятельно. Горная концессия, как представляется, вообще не может рассматриваться как один из видов гражданско-правовых договоров. Для современного российского права это новый тип договора, отношения сторон которого регулируются законодательством о недропользовании, и только в той их части, которая остается неурегулированной этим законодательством, отношения сторон подпадают под действие норм гражданского права. Какова все же правовая природа горной концессии, а в более широком плане – договора недропользования?

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ДОГОВОРА НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ

В современной российской правовой теории не сложилось единого представления о такой природе. Группа ученых-юристов, специализирующихся на правовых вопросах природо- и недропользования (Б.Д. Клюкин, Ю.М. Козлов, А.В. Демин, Д.В. Хаустов и др.) рассматривает отношения в этой сфере и, следовательно, договорные отноше-

ния как публично-правовые⁵. С другой стороны, некоторые известные ученые-цивилисты (В.Ф. Яковлев, В.В. Витрянский, М.И. Брагинский и др.) по-прежнему исходят из гражданско-правовой трактовки всей сферы природопользования и, как следствие, таким же образом трактуют договорные отношения в этой сфере⁶.

О необоснованности этой второй трактовки уже сказано выше. Вместе с тем, как говорилось, нельзя отрицать, что в концессионном договоре присутствуют определенные гражданско-правовые элементы. Но является ли вместе с тем договор недропользования публично-правовым, и что это вообще такое – публично-правовой договор? В российском законодательстве понятия такого договора не существует. Оно есть в законодательстве ряда зарубежных государств. Вот как, например, определяет публично-правовой договор административно-процессуальный кодекс ФРГ. Это договор, который: 1) служит исключительно исполнению публично-правовых норм; 2) содержит обязанность по изданию властного акта или осуществлению властных служебных действий; 3) относится к публично-правовому полномочию или обязанности частных лиц⁷. Из этого определения можно сделать вывод, что публично-правовой договор обладает по меньшей мере двумя особенностями, чуждыми гражданскому договору: во-первых, он допускает властные (т.е. негражданско-правовые) отношения между сторонами и, во-вторых, наделяет частную сторону договора публично-правовыми полномочиями или обязанностями по отношению к третьим лицам.

В юридической литературе Германии и Франции – стран, наиболее выпукло представляющих соответственно германскую и романскую ветви континентального права, детально разработаны критерии публично-правовых и административных договоров, их правовой режим, порядок разрешения споров, общие и специальные типовые (существенные) условия, прерогативы администрации, а также гарантии от произвола с ее стороны.

⁵ См., например: Клюкин Б.Д. О развитии договорной основы прав пользования недрами // Нефть, газ и право. 2003. № 6; Демин А.В. Основные теории административного договора. Красноярск, 1998.

⁶ См. Яковлев В.Ф. Россия: экономика и гражданское право (вопросы теории и практики). М., 2000; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 2002.

⁷ Приводится по: Стариллов Ю.Н. Административный договор: опыт законодательного Регулирования // Государство и право. 1996. № 12. С. 40-52.

Признаки публично-правового договора, сформулированные в германском АПК, действительно свойственны концессии, но не столько горной, сколько т.н. концессии публичной службы, о которой будет коротко сказано ниже. Безусловно считать договор недропользования публично-правовым не позволяет и то обстоятельство, что единого и единственного типа такого договора, как правило, не существует. В частности, в нефтегазовой сфере недропользования мировая практика применяет договорные формы концессии СРП, т.н. сервисного контракта с риском или без риска и их различные комбинированные разновидности. Сервисный контракт – это вообще подрядный договор, он имеет выраженную гражданско-правовую природу. СРП тоже рассматривается теорией как гражданско-правовой договор, хотя публично-правовые элементы в нем, несомненно, есть. Таким образом, основной «груз публичности» выпадает на долю горной концессии. Но и концессия концессии рознь. Ее природа может заметно различаться в зависимости от того, на какой вид недропользования она предоставляется: на геологические исследования недр, на поиски и разведку месторождения, на его разработку или на все эти операции сразу (т.н. совмещенные права недропользования).

Но даже если согласиться с тем, что горная концессия – это договор публичного права, то все равно придется сделать существенные оговорки. Прежде всего следует иметь в виду, что в современную эпоху даже чисто властные, «вертикальные» отношения очень часто уже не имеют тотального односторонне-субординационного характера. Это обстоятельство признается и правовой теорией, и судебной практикой, правда, пока только зарубежной. Так, в одном из своих разъяснений Федеральный административный суд Германии отметил, что современная административная деятельность в силу многогранности не может больше ограничиваться односторонней реализацией государственного суверенитета только через разработку и осуществление административных актов. По мнению Федерального административного суда, к этому важному признанию ведут присущие современному публичному праву принципы учета взаимного доверия, соблюдения правил соразмерности и добросовестного выполнения полномочий органами власти. Признание административной деятельности в форме публично-правового договора отвечает изменению правового положения частного лица, который в правовом государстве не может рассматриваться только в качестве объекта управления.

Следует также иметь в виду, что в любом договоре, в т.ч. публично-правовом, органически, по определению заложено «врожденное» цивилистическое начало. Прежде всего потому, что договор – это отношения сторон (т.е. хотя бы формально равных партнеров), а не субординационные отношения субъекта и объекта управления. Иными словами, договор (даже административный) означает согласование воли сторон, а не полное подчинение одной воли другой. Договор подразумевает свободу определения сторонами его условий, разумеется, за исключением той части существенных условий договора, которая может быть указана в законе. Условия договора неизменны. Поскольку стороной договора выступает орган публичной власти (государство), то на случай принятия им нового законодательства, ущемляющего интересы концессионера, в договор обычно включается т.н. «дедушкина оговорка». Это специальный договорный механизм, позволяющий сохранить его условия неизменными, стабильными.

Экономика концессионного договора тоже подчинена одному из фундаментальных цивилистических принципов коммерции – принципу эквивалентно-возмездных отношений сторон. Применительно к концессии он формулируется как принцип баланса (равновесия) имущественных интересов сторон. Конкретно для концессионера он означает, что любые дополнительные затраты, возникшие у него в результате каких-либо властных, односторонних действий государства (при условии добросовестного выполнения концессионером его обязанностей по договору), должны компенсироваться ему государством, причем без обращения в суд.

Существует еще одно обстоятельство, которое применительно к горной концессии существенно ослабляет аргументацию в пользу публично-правовой трактовки ее природы. Оно заключается в том, что горная концессия, как и другие природоресурсные концессии, за отдельными исключениями, находятся за пределами сферы т.н. публичного интереса. Поясню, что это означает.

В современных экономически развитых странах существует обширная сфера общественных отношений, при регулировании которых государство руководствуется прежде всего общественными интересами, социальными приоритетами. Это сфера особой социальной ответственности государства. В нее входят отрасли экономики, которые ориентированы на удовлетворение повседневных, жизненно необходимых потребностей населения. В первую очередь это отрасли водо-, электро-,

тепло- и газоснабжения, общественный транспорт, городское хозяйство, другие коммунальные услуги, социальные учреждения и многое другое.

Договорные отношения (в т.ч. концессионные) в сфере социальной ответственности государства подчинены в основном нормам публичного права. Именно здесь ярко проявляется публичный интерес, сосредоточена публично-правовая собственность, а конфликты разрешаются в органах административной юстиции. Здесь преобладает тип выраженного административного договора: упомянутая концессия публичной службы (*concession de service public*) и концессия на общественные работы (*concession de travaux publics*). Основная часть таких концессий создается на муниципальном уровне.

Несмотря на то что и муниципальные, и природоресурсные концессии относятся за рубежом к типу публично-правового договора, они фундаментально различаются между собой. Характерно, что и регулируются они совершенно различным законодательством: первые – административными регламентами или законодательством о местном самоуправлении; вторые – законодательством о природных ресурсах (горным, земельным, лесным, водным и т.п.). В сфере ресурсопользования, как правило, отсутствуют императивы публичного интереса, общественно необходимых потребностей и т.п. Как следствие, в концессионном договоре ресурсопользования очень редко можно встретить условия, которые направлены на обеспечение таких императивов (например, условия об односторонних правах государства, о применении к концессионеру несудебных санкций и т.п.). Конфликты по договорным отношениям в сфере ресурсопользования обычно подлежат юрисдикции судов общего права или арбитражных судов по предпринимательским спорам.

Надо упомянуть и еще одно важное обстоятельство. Природные ресурсы как имущества, ограниченные в обороте, встраиваются в рыночные отношения не так естественно и легко, как другие (частноправовые) имущества государства. А без рыночных отношений рациональная эксплуатация природных ресурсов в современных условиях невозможна. Государство потому и привлекает частных концессионеров к использованию ресурсов, что они способны быстрее и эффективнее наладить рыночные механизмы в этих отраслях экономики (не говоря уже о привлечении частных инвестиций). Но рынок – это частное, гражданское право. Вот почему в современном концесси-

онном договоре, опосредующем отношения рыночного ресурсопользования, неуклонно и объективно усиливается цивилистическая составляющая.

С учетом всех этих обстоятельств представляется, что, характеризуя правовую природу договора в сфере ресурсопользования, целесообразнее говорить не о том или ином однозначно понимаемом типе договора (публичном или гражданско-правовом), а о договоре, сочетающем, комбинирующем в себе элементы совершенно разной правовой природы. Понятно, почему невозможно рассматривать этот договор как гражданско-правовой. Но и характеризовать его как публично-правовой, по моему убеждению, еще не пришло время. Пока российская правовая система не имеет четко оформившегося, институционализированного публичного права, пока публично-правовой договор не признан законодательством и (или) судебной практикой, преждевременно говорить о нем как о реально существующем, состоявшемся договоре. Преждевременно и по той причине, что российское право в целом, как и экономика страны, находится в переходном состоянии: ряд отраслей права, правовых институтов и норм еще не сформировался, идет непростой, иногда противоречивый процесс их вызревания, укрепления и в конечном счете признания.

Часть условий такого комбинированного, гибридного договора недропользования имеет выраженную гражданско-правовую природу и регулирует в основном экономические отношения сторон (сроки и объекты концессии, объемы инвестиций, имущественные обязательства, отношения с третьими лицами, порядок разрешения споров и т.п.). Другая часть условий воплощает в себе публичные требования концедента. Это т.н. регламентарные (или типовые) условия: экологические нормативы, правила техники безопасности, служебные инструкции, разного рода административные регламенты и предписания. Надо подчеркнуть, что речь в данном случае идет не об общих нормах законодательства, обязательных к исполнению всеми субъектами хозяйствования в отрасли (хотя, безусловно, есть и такие нормы), а именно о договорных нормах, которые хотя и имеют своим источником общее законодательство, но вырабатываются и адресуются только данному, конкретному договору. Регламентарные условия договора в принципе могут пересматриваться государством в одностороннем порядке.

ЗАДАЧИ НОВОГО РОССИЙСКОГО ЗАКОНА «О НЕДРАХ»

Появившийся весной 2005 г. проект нового закона «О недрах» подтверждает, что российский законодатель правильно оценил неэффективность лицензионного порядка недропользования в российских условиях и решил создать законодательную основу для его перевода на договорные отношения.

В настоящей статье не оценивается законопроект в целом. Это тема отдельного обсуждения. В рамках же данной статьи логичнее попытаться уяснить, какими представляются законодателю будущие договорные отношения и сам договор недропользования.

Прежде всего надо отметить, что законодатель отказался от горной концессии как одной из договорных форм недропользования. Взамен концессии он предлагает единую, универсальную договорную конструкцию, которую он именует договором недропользования. Плохо это или хорошо? Однозначно ответить на этот вопрос невозможно. С одной стороны, определения договора недропользования и его основные параметры, как они сформулированы в законопроекте, в целом соответствуют принципам горной концессии. Но концессия, как говорилось, это лишь одна из договорных форм недропользования, хотя и наиболее «объемная» в смысле охвата отношений недропользования. С другой стороны, единый договор недропользования, который предусматривается законопроектом, претендует на опосредование любых отношений недропользования. А это нереально, учитывая многообразие видов недропользования, каждый из которых имеет свои особенности.

Уместно в этой связи отметить, что в ряде крупных добывающих стран (в частности, в США и Канаде) договор горной аренды используется не во всех видах недропользования, а только тогда, когда пользование имеет целью добычу полезных ископаемых либо когда пользователь получает совмещенные права (на несколько видов пользования, включая добычу ископаемых). Если же речь идет, скажем, только о праве на геологические исследования недр или на их разведку либо на иное «дозэксплуатационное» использование недр, то такое право может предоставляться не по договору, а по лицензии. Бывает и так, что договорный или лицензионный порядок пользования недрами устанавливается в зависимости от видов полезных ископаемых и их значения для национальной экономики, а иногда и для разных регионов стра-

ны. Таким образом, лицензия и договор нередко параллельно действуют в сфере недропользования в одной и той же стране.

Что касается договорных отношений, связанных с добычей нефти и газа, то во многих странах они регулируются не только концессионным договором, но и такими сравнительно новыми видами договоров недропользования, как СРП, сервисный контракт (договор на обслуживание) с риском или без риска, а также различными комбинациями или модификациями названных договоров. Отдельный федеральный закон о СРП в России действует уже почти 10 лет, правда, пока без особого успеха. Нынешний закон о недрах не распространяется на отношения сторон по СРП. В то же время закон о СРП содержит положение, согласно которому инвестору по СРП должна быть предоставлена лицензия на право пользования участком недр в порядке, предусмотренном законом о недрах. Это нелепое положение (потому что правооснование пользования недрами по СРП – само соглашение) в известном смысле связывает законы о недрах и о СРП. С ликвидацией лицензионного порядка недропользования оно утратит силу, и закон о СРП станет совершенно независимым актом, регулирующим свою, специфическую сферу отношений недропользования.

Если же еще будут приняты и закон о сервисных контрактах (что вполне вероятно) или о каких-либо еще договорных формах недропользования, то предусматриваемый нынешним законопроектом договор недропользования окажется вовсе не универсальным, а так или иначе займет в системе договорного недропользования примерно то же место, которое обычно занимает горная концессия. Так не правильнее ли изначально именовать предусматриваемый законопроект договор концессионным (горной концессией), чтобы «расчистить место» для возможных других договорных форм недропользования? Другой вариант: ввести в законопроект положение, согласно которому при наличии особенностей недропользования, которые не отвечают предмету и условиям договора недропользования, предусмотренных законопроектом, может быть принят федеральный закон (или законы), предусматривающий иные договорные формы, учитывающие эти особенности. Тем самым договор недропользования по будущему закону «О недрах» приобретет характер «рамочного» договора, формулирующего общие принципы договорного недропользования, а горная концессия, существующее СРП, сервисный контракт и другие возможные договорные формы недропользования станут играть роль специаль-

ных договоров, рассчитанных на более узкие и специфические отношения недропользования.

В любом случае, однако, «договорная» часть законопроекта (не говоря о других частях) нуждается в существенной доработке. Прежде всего это касается природы законодательства, регулирующего отношения недропользования и, в конечном счете, природы самого договора, о которой так много говорилось выше. В законопроекте есть положение, согласно которому имущественные отношения, связанные с недропользованием и не имеющие административного или иного властного характера, регулируются гражданским законодательством РФ. Понятно, что положение имеет благую цель усилить гражданско-правовые начала в регулировании недропользования. Но оно должно, во-первых, относиться не к недропользованию вообще, а к отношениям сторон договора недропользования, и, во-вторых, его следует формулировать по-иному. По моему мнению, оно должно звучать так: отношения сторон договора недропользования, не урегулированные настоящим федеральным законом, регулируются гражданским законодательством РФ. Такая формулировка отводит гражданскому законодательству в целом субсидиарную роль при регулировании отношений сторон, но у разных видов договоров эта роль, как подчеркивалось выше, может быть очень разной. Так, сервисный контракт – это вообще договор частного (гражданского) права, СРП близок к такому же типу договора, а горная концессия более традиционно тяготеет к публично-правовому типу.

Принципиальное значение имеет законодательное определение договора недропользования, грамотное понимание предмета договора, его сторон и объекта договорных отношений. В законопроекте «О недрах» правильно говорится, что участок недр не может быть объектом оборота и что таким объектом является право пользования участком недр. Следовательно, предмет договора недропользования можно сформулировать как предоставление права пользования участком недр. Только при такой трактовке предмета договора он становится концессионным. Но в законопроекте говорится, что в пользование предоставляется участок недр. А это – арендная трактовка договора. Арендные права, как говорилось выше, относятся российским гражданским законодательством к категории обязательственных прав. Что касается концессионных прав (горная концессия), то они обычно относятся к категории прав вещной природы. Вот почему законопроект «О недрах», от-

казавшийся от горной концессии и к тому же неверно формулирующий предмет договора недропользования, оставляет пользователя в неведении относительно того, к какой разновидности относятся права, предоставляемые ему государством – к вещной или обязательственной.

Понятно, что для пользователя характер таких прав имеет первостепенное значение. От этого зависят их объем, способы защиты, уровень защищенности. Молчание закона ставит в трудное положение суды, которым неизбежно придется давать оценку юридической природы таких прав, учитывая, что в России практически нет судебной практики по такой оценке.

Отсутствует в законопроекте и четкое определение сторон договора недропользования. В нем почему-то вообще нет традиционной статьи «Стороны договора». Взамен нее введена целая глава о субъектах отношений недропользования. Среди них в принципе могут быть и такие субъекты, которые непосредственно в договоре не участвуют, т.е. не являются его сторонами (например, парламент, который в некоторых странах в законодательном порядке разрешает или утверждает предоставление горной концессии). В законе же должны быть четко указаны стороны договора. Законопроект говорит только о юридических и физических лицах. Несомненно, в нем должны быть указаны также объединения лиц, создаваемые без образования юридического лица (простые товарищества или консорциумы), чрезвычайно широко распространенные в мировом недропользовании, особенно при реализации сложных и дорогостоящих недропользовательских проектов. Действуют они и в России. Напротив, из законопроекта должны быть исключены малопонятные положения о «группе юридических и (или) физических лиц, признаваемых группой лиц в соответствии с антимонопольным законодательством». Антимонопольное законодательство не содержит определения недропользователя, оно применяется только в случае, если последний нарушил это законодательство.

Кроме того, в законопроекте должны быть сформулированы критерии (или требования), которым должен соответствовать недропользователь в отношении его юридического, профессионального и финансово-экономического статуса, а также оценки его технико-технологического потенциала. На основе этих критериев принимаются заявки на участие в торгах на право заключения договора недропользования.

Что касается государственной стороны договора недропользования,

которая представлена Российской Федерацией либо субъектом РФ, то в законопроекте должен быть, наконец, решен давно обсуждаемый вопрос о возможности (или невозможности) использования в качестве такой стороны особой, т.н. уполномоченной государственной организации (типа государственной нефтяной компании «Статойл» в Норвегии или национальных нефтяных компаний во многих других странах мира). Участие подобной уполномоченной организации в договоре взамен государства имеет определенные преимущества. Считается, в частности, что инвестор (пользователь) охотнее заключает договор с независимой государственной компанией, нежели с государством: она обладает собственным имуществом, на которое проще обратиться взыскание при возникновении имущественных споров; она обособлена от государственной бюрократии и является лучшим деловым партнером, чем чиновник. Эти же возможности в конечном счете способны обернуться и на пользу государства.

Вместе с тем договор с уполномоченной организацией ставит ряд непростых проблем: каким должен быть ее законодательный статус («агента Правительства» с отдельными контрольно-регулирующими полномочиями или что-то иное); могут ли при наличии уполномоченной организации предоставляться государственные гарантии прав пользователя, что зачастую предусматривается для горной концессии; каким образом разрешается проблема монополизма уполномоченной организации, которая сама является недропользователем и обладает заведомыми конкурентными преимуществами перед другими пользователями, с которыми она подписала договор. Напомню, что классическая горная концессия всегда получала горные права по договору непосредственно от государства.

Законопроект выделяет несколько отдельных, самостоятельных видов недропользования, а значит, пользователь может получить права не только на весь цикл недропользования (т.н. совмещенные права), но и на отдельные фазы такого цикла, предшествующие добыче минерального сырья (например, право на региональные геологические исследования или на поиск и разведку месторождения). Возникает вопрос: кто и в каком порядке возместит такому предшествующему пользователю затраты, если его исследования либо операции по поиску и разведке месторождения оказались результативными? Имеет ли он исключительное право на заключение договора на последующие фазы недропользования, включая добычу минерального сырья? Или, может

быть, ему предоставляется приоритетное право, согласно которому он становится победителем на новых торгах, если предложит равные с другими участниками условия договора? Практика российского недропользования знает пока только совмещенные права, но так может быть не всегда. Предоставление «дробных» прав на отдельные виды недропользования расширяет круг соискателей прав пользования недрами, что выгодно государству. Сам факт появления в сфере нефтегазового бизнеса большого числа специализированных исследовательских, поисково-разведочных и т.п. сервисных компаний подтверждает наличие за рубежом практики предоставления отдельных горных прав.

В действующем российском недропользовательском законодательстве нет ответов на эти вопросы. Не отвечает на них и проект нового закона «О недрах».

В законопроекте «О недрах» впервые в новейшей истории российского недропользования предусматривается возможность залога недропользовательских прав, а также уступки таких прав третьим лицам. Действующее законодательство о недрах безусловно запрещает залог и допускает передачу прав только в порядке очень сложной процедуры реорганизации юридического лица – пользователя с последующим переоформлением лицензии. Наиболее болезненно для пользователя отсутствие возможности залога прав. Общеизвестно, что практически всякий крупный недропользовательский проект может быть реализован только с помощью заемных инвестиционных ресурсов. В России, где преобладающая часть углеводородного сырья сосредоточена в месторождениях с очень сложными горно-геологическими и природно-климатическими условиями, привлечение заемных инвестиционных ресурсов тем более необходимо и неизбежно. Понятно, что для кредиторов лучшим средством обеспечения предоставляемых кредитов являются права недропользования.

Вот почему представляется оправданной попытка ввести в российское недропользование институты залога прав. Отмечу попутно, что в мировой практике недропользования вопрос о залоге таких прав не находит однозначного решения: в одних странах он допускается, в других нет.

Но в законопроекте «О недрах» положения о залоге прав изложены нечетко и неполно. На мой взгляд, в нем необходимо прежде всего сформулировать три неперемennых условия: 1) залог прав пользования участком недр допускается только с согласия государства; 2) заложен-

ное право пользования участком недр сохраняется за залогодателем и может перейти к залогодержателю только в случае невозвращения залогодателем в обусловленный срок предоставленного ему кредита; 3) договор залога прав не может быть заключен на срок, который истекает после истечения срока действия договора недропользования. В законопроекте эти положения отсутствуют.

Вызывает недоумение односторонняя ориентация законопроекта на аукцион как на единственный способ определения победителя среди соискателей права на заключение договора недропользования. Такая ориентация объясняется не слишком убедительным аргументом о меньшей «взяткостности» аукционного отбора по сравнению с конкурсным. Не касаясь обоснованности этого аргумента, отмечу, что при осуществлении сложных, комплексных недропользовательских проектов, включающих градообразующие и другие социальные составляющие проекта, стоимостная (аукционная) оценка далеко не всегда служит надежным критерием достоинств того или иного проекта. А в России в силу ее социально-экономических, географических, климатических и иных условий многие недропользовательские проекты потребуют от соискателей горных прав состязаться не только и не столько в предложении наибольшей аукционной цены проекта, сколько в предлагаемых ими программах социально-экономического развития региона или иной территории. Вот почему в законопроекте «О недрах» необходимо предусмотреть также и конкурсный метод определения победителя, тем более что механизм конкурсного отбора позволяет дополнять его аукционным отбором, тогда как только аукционный отбор совершенно исключает конкурсную оценку. Право выбора того или иного метода определения победителя в каждом конкретном случае должно принадлежать Правительству РФ.

Наконец, в законопроекте «О недрах» совершенно отсутствуют крайне необходимые положения о порядке разрешения споров сторон договора недропользования, о юрисдикционной подчиненности таких споров. Эти вопросы волнуют прежде всего иностранных недропользователей. Действующий закон «О недрах», как и законы о континентальном шельфе РФ и исключительной экономической зоне РФ, а также новый Арбитражно-процессуальный кодекс РФ устанавливают безусловную юрисдикцию российских судебно-арбитражных учреждений в отношении имущественных и инвестиционных споров с участием иностранных предпринимателей (пользователей). С дру-

гой стороны, законы об иностранных инвестициях в РФ, об инвестиционной деятельности в форме прямых капиталовложений, о соглашениях о разделе продукции разрешают сторонам договора при взаимном согласии обращаться не только в российские, но и в иностранные арбитражные или третейские суды. Такая же позиция изложена в многочисленных (их более 50) двухсторонних соглашениях России с иностранными государствами о взаимном поощрении и защите иностранных инвестиций.

Как известно, при противоречии российского законодательства международным договорам с участием России Конституция, ГК РФ и федеральные законы устанавливают приоритет норм международного права над законодательством РФ. Тем не менее молчание будущего закона «О недрах» по этому чрезвычайно важному вопросу договорных отношений чревато дезориентацией арбитражной практики.

Можно было бы привести еще ряд серьезных замечаний и претензий к той части законопроекта «О недрах», которая призвана регулировать договорные отношения в недропользовании. Но, думается, достаточно и тех, которые приведены в настоящей статье, чтобы убедиться, что российского законодателя ожидает еще очень большая работа над законопроектом. Если же он будет принят в настоящем виде или в него будут внесены лишь косметические поправки (что вполне возможно), то существует опасность полной дискредитации договорного порядка недропользования в России.

Такая же опасность существует и в отношении вопроса о горной ренте. Пока российская экономика сохраняет свою сырьевую направленность, вопрос о ренте будет иметь критически важное значение для страны. Надо, правда, оговориться, что он непосредственно с законопроектом «О недрах» не связан.

Сложность решения этого вопроса в том, что ныне горная рента «упрятана» в Налоговом кодексе РФ и взимается с пользователя в составе единого уравнительного («плоского», недифференцированного) налога на добычу полезных ископаемых (НДПИ). Между тем горная рента (плата за право пользования недрами) – это сугубо индивидуальный нефискальный платеж, дифференцированный для каждого пользователя в зависимости от качества месторождения (его продуктивности, доступности, условий эксплуатации и множества других конкретных особенностей). Величина рентного платежа устанавливается по договору сторон с учетом этих особенностей, разумеется,

в пределах, установленных законом (в России – от 6 до 16% от валовой стоимости добытого минерального сырья), что позволяет создать оптимальные экономические условия для рационального недропользования в каждом конкретном случае.

Замена горной ренты единым уравнительным НДПИ влечет за собой деформацию и разрушение экономического механизма рационального недропользования. Именно такой процесс ныне развивается в его важнейшем, нефтегазовом, секторе. Начало ему было положено в 2002 г., когда под тем же предлогом ликвидации «взяткоемкого» дифференцированного рентного платежа были объединены в единый «плоский» НДПИ плата за право пользования недрами (рента), налог на восстановление минерально-сырьевой базы недропользования (ВМСБ) и налог на доходы пользователя. Печальные последствия введения уравнительного НДПИ не заставили себя ждать. Мощные вертикально интегрированные нефтяные компании (ВИНК), обладающие наиболее богатыми месторождениями углеводородов и широкими возможностями экспорта сырья, стали необоснованно обогащаться за счет сверхприбыли. Сверхвысокие цены на нефть, с одной стороны, и отсутствие целевого налога на ВМСБ, с другой, заставляют их торопиться «снять сливки» со своих месторождений, пока не упали цены на нефть, не утруждаясь поисками и разведкой новых месторождений.

Что касается мелких и средних нефтяных компаний, обладающих, как правило, более бедными месторождениями и не имеющих выхода на международные рынки, то для них даже усредненный, «плоский» НДПИ оказывается непосильным, т.к. он не учитывает бедность их месторождений и, как следствие, более высокую себестоимость добываемого сырья. Поэтому даже при желании выделять средства на ВМСБ такие компании не в состоянии это делать. В итоге у одних пользователей (ВИНК) нет заинтересованности, у других – возможностей для рационального недропользования. В результате бум в нефтяной промышленности России, спровоцированный сверхвысокими ценами на нефть и стимулируемый единым, уравнительным НДПИ, вот-вот обернется крахом: промышленных запасов нефти, по мнению многих специалистов, хватит еще на 3-5 лет. А крупных разведанных и доказанных запасов нефти в последние годы, по существу, не выявлено.

Вот почему договор в сфере недропользования, как и законопроект «О недрах» сами по себе не в состоянии решить задачи рационального недропользования в России. Необходимо одновременно с работой над

законом «О недрах» реформировать систему платежей в этой области экономики. В частности, следует изъять из Налогового кодекса нефискальную по своей экономической природе плату за пользование недрами и преобразовать ее в дифференцированный рентный платеж, размер которого устанавливается сторонами договора в соответствии с законом «О недрах». Следует также восстановить отдельный, целевой налог на ВМСБ.

ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Рассмотрение Государственной Думой РФ законопроекта «О недрах» состоится, по-видимому, в осенне-зимнюю сессию 2005 г. Но принятие закона не будет означать полной и автоматической отмены лицензионного порядка недропользования. Из переходных положений законопроекта (изложенных, кстати говоря, тоже недостаточно четко) можно понять, что ныне действующие лицензии сохранят свою силу до истечения срока их действия, если только их обладатели не пожелают досрочно заключить с государством договоры на право пользования участками недр. И только еще не введенные в пользовательский оборот (в том числе вновь открытые) участки недр будут передаваться в пользование по договору сразу после принятия нового закона «О недрах». Этот переходный период понадобится для огромной работы по подготовке т.н. механизма реализации закона, т.е. в первую очередь для пересмотра и изменения действующего законодательства с целью обеспечения его соответствия новым условиям недропользования.

Как обычно, такая работа подразумевает несколько этапов. После принятия самого закона «О недрах» вносятся изменения в большое число других федеральных законов, так или иначе связанных с вопросами недропользования. Понятно, что такие изменения должны выражаться не только и не просто в замене «лицензионной» терминологии на «договорную», но должны стать результатом переосмысления самого характера отношений между государством и пользователем. Затем должны последовать постановления и другие нормативные правовые акты Правительства РФ по конкретным вопросам договорной практики недропользования. Не исключено, что среди таких документов могут быть типовые (или модельные) договоры на отдельные права пользования участками недр в зависимости от видов недропользования или видов используемых минералов. После этого этапа насту-

пит очередь ведомственных нормативных актов, принимаемых органами исполнительной власти, ответственными за недропользование.

От того, насколько качественно и своевременно будут осуществлены все эти изменения, во многом зависит успех (или неуспех) договорного недропользования. Во многом, но не во всем. Уже неоднократно подчеркивалось, что сам по себе договор – не панацея. Во многих странах мира давно и успешно действует не договорный, а разрешительный (лицензионный) порядок недропользования. В экономически развитых государствах со стабильной общественно-экономической системой, развитым рынком, фундаментально защищенным правом собственности и другими предпринимательскими правами выбор одной из двух систем – лицензионной или договорной – не имеет принципиального значения. В современной России иная ситуация. Все еще сохраняющаяся экономическая нестабильность, непрочность права собственности и гарантий предпринимательской деятельности, произвол чиновничества, массовая коррупция и другие негативные проявления заставляют отдать предпочтение тому порядку недропользования, который реально способен стать более надежным инструментом обеспечения рационального недропользования даже в существующих ныне условиях. Именно договор с заложенными в нем цивилистическими принципами равенства и взаимной ответственности сторон, судебной-процессуальной гарантии их прав и интересов обещает стать таким инструментом.