

# Государство как сторона договора: ограничение регулятивных функций при недропользовании на условиях лицензионного соглашения и соглашения о разделе продукции

**Л. Скайнер**, к.ю.н., научный консультант факультета права Университета Осло, ассоциированный юрист юридической компании «Викборг Рейн», Осло

**В.Н. Кокин**, к.ю.н., действительный член Международной академии минеральных ресурсов, преподаватель Российской академии государственной службы при Президенте РФ, представитель компании «Норск Гидро» в Москве по связям с правительством и промышленностью

## Введение

В начале 2003 г. в средствах массовой информации появилась первая информация о крупнейших инвестициях, произведенных одной из иностранных компаний в России. А в июне 2003 г. компания «Бритиш Петролеум» объявила о заключении инвестиционной сделки размером в 6,75 млрд. долл. США по покупке 50 % акций в Тюменской нефтяной компании, в результате чего была создана нефтяная компания с рыночной капитализацией в 18,1 млрд долл. США. Представляется, что структура состоявшейся сделки иллюстрирует темпы и направление реформ в России: обе стороны получили во вновь созданном Совете директоров равное количество мест и право вето в отношении главных решений. Эта сделка была воспринята в России положительно как с точки зрения пользы для внутренней экономики, так и с правовой точки зрения. Кроме того, в 2003 г. в Россию поступили прямые иностранные инвестиции в размере 6,5 млрд долл. США, почти половина из которых была вложена в нефтяные и газовые проекты на Сахалине. Летом 2003 г. прогнозировалось, что Россия продолжит накопление валютных резервов, используя высокие цены на нефть на мировом рынке.

Однако оптимизм иностранных инвесторов, вызванный указанной сделкой, быстро улетучился после событий, в водоворот которых лишь шесть месяцев спустя попала другая крупнейшая нефтяная компания — «ЮКОС». Решение об отмене результатов конкурса по проекту «Сахалин-3», месторождения которого подлежали освоению на основе соглашения о разделе продукции (далее — СРП), также не способствовало восстановлению доверия. 3 октября 2003 года компания «ЮКОС» приобрела 92 %

акций компании «Сибнефть» в обмен на 3 млрд долл. США и часть своих акций. Однако 30 октября по инициативе Генеральной прокуратуры Российской Федерации был наложен арест на 44 % акций вновь образованной компании «ЮКОС — Сибнефть», что было сделано под предлогом «гарантии по обеспечению возмещения материального ущерба», причиненного уклонением Ходорковского от уплаты налогов. Шесть месяцев спустя, 16 апреля 2004 г., судебным решением «ЮКОСу» на период расследования, проводимого налоговыми органами, была запрещена продажа или уступка третьим лицам активов компании.

## 1. Страховка от действительности: развитие законодательства по СРП

Аналогичные противоречия можно отметить и в развитии как политики, так и законодательной базы регулирования нефтегазовой промышленности, что осложняется меняющимся характером отношений между иностранными инвесторами, крупными российскими нефтяными компаниями и органами государственной власти на федеральном и региональном уровнях. Проще говоря, иностранные инвесторы столкнулись с политическим климатом, который формируется как прогрессивными, ориентированными на рыночные отношения силами, так и консервативными, националистическими. Имевшие место в прошлом приглашения и радушный прием иностранных инвестиций в сферу нефтяной и газовой промышленности в последующем, однако, сменились заявлениями о политической и экономической важности сохранения национального контроля над российскими

минеральными ресурсами. Подобная неопределенность усилилась последовавшей неопределенностью, вызванной конфликтом между федеральными и региональными органами государственной власти в отношении положений п. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации<sup>1</sup> о совместном ведении Российской Федерации и субъектов Федерации по вопросам владения, пользования и распоряжения недрами и природными ресурсами.

Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции»<sup>2</sup> (далее — Закон «О СРП»), принятый в 1995 г., реализовал попытку создания специального правового режима, который ограждал инвесторов от таких рисков, как изменения в политике налогообложения и в законодательстве. (Процессу положило начало издание 24 декабря 1993 г. Указа Президента РФ «Вопросы соглашений о разделе продукции при пользовании недрами». Для иностранных инвесторов данным указом был создан режим, не предусмотренный Законом РСФСР «Об иностранных инвестициях» от 1991 г. Указ разрешал российским и иностранным инвесторам заключать с государством соглашения о разделе продукции. Этим указом официально признана возможность такой формы организации инвесторов, как консорциум, чему в российском законодательстве соответствовало понятие группы юридических лиц без создания нового юридического лица, хотя и оставались некоторые вопросы о соотношении понятий «консорциум» и «простое товарищество» по российскому гражданскому праву.) Закон «О СРП»<sup>3</sup> создал принципиально новую правовую базу для разведки и разработки месторождений полезных ископаемых по сравнению с той системой лицензионных соглашений, которая могла использоваться совместными предприятиями в соответствии с Законом Российской Федерации «О недрах»<sup>4</sup> (далее — Закон «О недрах»), принятом в 1992 г. Разногласия в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации (далее — Государственная Дума) и различие интересов федеральных и региональных органов исполнительной власти сделали законодательство в данной сфере противоречивым. Тем не менее, когда Государственная Дума в декабре 1995 г. приняла Закон «О СРП», внутренние конфликты в органах власти привели к тому, что был принят законодательный акт, которым вводилась договорная система, регулировавшая инвестиции в контексте административного права, что в большой мере повторяло положения лицензионного режима недропользования.

Теоретически фундаментальное различие режимов недропользования, предоставляемых на основе лицензионного соглашения и соглашения о разделе продукции, состоит в том, что первый предоставляет право пользования недрами на основе административного права, а второй — на основе гражданского. Важный момент состоит в том, что инвестор, пользующийся недрами на основе лицензионного соглашения, может подвергаться риску изменения ключевых условий, таких, например, как ставки налогов, в результате чего он может лишиться экономической выгоды, на которую рассчитывал. В отличие от этого по Закону «О СРП» право пользования недрами предоставляется инвестору на основе соглашения о разделе продукции, который является договором, заключенным между инвестором и государством. Хотя инвестору по СРП также выдается лицензия, она является просто подтверждением полученного права пользования недрами, а не самостоятельным источником прав и обязанностей. Закон «О СРП» содержит ряд обязательных условий, которые должны быть включены в СРП, об остальных же условиях стороны договариваются самостоятельно.

На практике, однако, режим СРП сочетает в себе нормы как гражданского, так и административного законодательства. Такое сочетание представляется противоречивым. Стороны могут определить свои гражданско-правовые взаимоотношения в любом договоре. Следовательно, изменение гражданского законодательства не должно автоматически вызывать соответствующие изменения в договоре. И наоборот, изменения в административном законодательстве автоматически действуют с момента их вступления в силу. Кроме того, с точки зрения исполнения договора государство — с одной стороны, является участником гражданско-правового договора, а с другой — исполняет регулятивные функции, которые влияют на исполнение самого договора.

В самом деле, решение проблемы того, до какой степени СРП должно находиться в сфере действия административного или гражданского права, отразилось на развитии как законодательства о СРП, так и законодательства о недрах. В феврале 2001 г. по решению Правительства Министерству экономического развития и торговли РФ было поручено разработать нормативно-правовую базу СРП таким образом, чтобы обеспечить эффективность применения таких соглашений. Правительство одобрило план 16 срочных законодательных инициатив, нацеленных на улучшение

<sup>1</sup> Конституция Российской Федерации // Российская газета. 1993. 25 декабря.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 30.12.1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» (в ред. от 26.06.2004 г.) // СЗ РФ, 1996, № 1, ст. 18; СЗ РФ, 1999, № 2, ст. 246; СЗ РФ, 2001, № 26, ст. 2579; СЗ РФ, 2003, № 23, ст. 2174; СЗ РФ, 2004, № 27, ст. 2711.

<sup>3</sup> Закон «О СРП» вступил в силу 11 января 1996 г.

<sup>4</sup> Закон РФ от 21.02.1992 г. № 2395-1 «О недрах» (в ред. от 26.06.2004 г.) // СЗ РФ, 1995, № 10, ст. 823; СЗ РФ, 1999, № 7, ст. 879; СЗ РФ, 2000, № 2, ст. 141; СЗ РФ, 2001, № 21, ст. 2061; СЗ РФ, 2001, № 33 (часть I), ст. 3429; СЗ РФ, 2003, № 23, ст. 2174; СЗ РФ, 2004, № 27, ст. 2711.

ние координации между органами государственной власти, в чью компетенцию входили вопросы СРП, решение вопросов налогообложения и отработки механизма компенсации понесенных затрат. Наконец, Государственная Дума создала специальную комиссию по проблемам СРП, которая рассмотрела поправки, предлагаемые для внесения в базовый закон, кульминацией данной работы стало принятие 6 июня 2003 г. нового варианта Закона «О СРП»<sup>5</sup>. Однако изменения в Законе «О СРП» привели лишь к ограничению возможности заключения таких соглашений, что стало возможным только в случае отсутствия инвесторов, готовых разрабатывать месторождения на иных условиях пользования недрами, отличных от условий раздела продукции. Кроме того, был значительно сокращен перечень месторождений, которые могли разрабатываться на условиях СРП.

Кажущаяся невозможность работы иностранных инвесторов в России на условиях СРП подтолкнула их к рассмотрению возможности работы на условиях лицензионных соглашений. Хотя 30 проектов были утверждены для освоения на условиях СРП, только три из них осваиваются, причем по всем работы начались до принятия Закона «О СРП», а в Законе в отношении них была сделана «дедушкина оговорка». Недавно Европейский банк реконструкции и развития (далее — ЕБРР) принял решение предоставить финансирование по проекту освоения месторождения Приразломное<sup>6</sup>. ЕБРР в качестве инвестора предоставляет существенное снижение рисков, как политического риска, так и в отношении обменного курса валют. Как будет отмечено в четвертой части статьи, посвященной анализу регулирования деятельности по пользованию недрами на основе лицензионного соглашения, такое снижение рисков приобретает критическую важность. Рейтинговое агентство «Муди» предоставило России в ноябре 2003 г. инвестиционный уровень рейтинга, однако другое рейтинговое агентство «Стандарт и Пурс» снизило его из-за озабоченности могуществом крупных монополий, концентрации собственности добывающих активов и недостаточной защиты прав собственности. В отношении инвестиций в нефтегазовый сектор, предполагалось, что СРП будет средством ограничения многих из этих рисков. Однако, как будет показано в статье далее, и нормы законодательства, и практика неизменно терпят неудачу из-за двойственности роли государства, выступающего как в качестве стороны договора, так и регулирующего органа.

## 2. Условия СРП

Первоначальный вариант Закона «О СРП» 1995 года, как представляется, ввел правовые нормы, которые можно было бы ожидать для любого режима СРП в части, касающейся правового регулирования заключения, исполнения и прекращения соглашений. Хотя, с одной стороны, Закон «О СРП» содержит определенные обязательные условия, с другой — он предоставляет сторонам значительную гибкость в выработке условий соглашения. Каждое конкретное СРП содержит особый набор условий, в число которых входят условия разведки, разработки и добычи минерального сырья и условия раздела продукции. (В качестве примера обязательных условий можно отметить требования ст. 7.2 Закона «О СРП» о том, что инвестор должен предоставить российским юридическим лицам преимущественное право на участие в работах по соглашению в качестве подрядчиков, поставщиков, перевозчиков и что инвестор должен привлекать работников — граждан Российской Федерации, количество которых должно составлять не менее чем 80 % состава всех привлеченных работников.)

Процедура начала работы по СРП состоит в следующем. Вначале проводится аукцион на получение права пользования недрами на основе лицензионного соглашения. Если аукцион признается не состоявшимся в силу отсутствия участников (ст. 2.4 Закона «О СРП»), государство имеет право заключить СРП с победителем второго специализированного аукциона, договор должен быть подписан в сроки, согласованные с инвестором<sup>7</sup>. Но перед этим участок недр федеральным законом должен быть включен в перечень участков недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции (ст. 2.3). После заключения СРП государство автоматически выдает инвестору лицензию на исключительное право проведения поисков, разведки и добычи минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении (ст. 4.2). Соглашение содержит все необходимые условия, определяющие пользование участком недр, включая условия и порядок определения стоимости добываемой продукции, ее раздела между сторонами.

СРП предусматривает условия и порядок определения общего объема произведенной продукции и ее стоимости (ст. 8.1). Определенную часть добываемой продукции инвестор имеет право получить в собственность для возмещения своих затрат на выполнение работ по СРП, т.е. инвестор получает так называемую компенсационную продукцию. Состав затрат, подле-

<sup>5</sup> Федеральный закон от 06.06.2003 г. № 65-ФЗ «О внесении дополнения в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации, внесении дополнений и изменений в некоторые другие законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации» (в ред. от 29.07.2004 г.) // СЗ РФ, 2003, № 23, ст. 2174; Российская газета. 2004. 3 августа.

<sup>6</sup> Лицензия на месторождение Приразломное, которой владеет компания «Севморнефтегаз», созданная в 2003 г. как совместное предприятие компаний «Роснефть» и «Газпром». Общий объем добычи за 22 года предполагается в объеме 74,6 млн т.

<sup>7</sup> Согласно ст. 6.1 Закона «О СРП» такое соглашение должно быть заключено не позднее одного года с момента создания специальной комиссии для ведения переговоров с инвестором.

жащих возмещению инвестору за счет компенсационной продукции, определяется соглашением в соответствии с законодательством. Кроме того, инвестор получает в собственность часть прибыльной продукции, другую часть этой продукции получает государство (ст. 8.1). Минеральное сырье, поступающее в соответствии с условиями соглашения в собственность инвестора, может быть вывезено с территории Российской Федерации на условиях и в порядке, которые определены СРП, без количественных ограничений экспорта (ст. 9.2).

Для предотвращения озабоченности инвестора непредсказуемостью изменений законодательства в России авторы Закона «О СРП» включили в него положение о том, что условия соглашения сохраняют свою силу в течение всего срока его действия. Более того, Закон «О СРП» позволяет инвестору и государству вносить изменения в соглашение, если коммерческие результаты инвестора ухудшатся в результате изменений в законодательстве. Соотношение между ст. 17.1 и 17.2 Закона «О СРП», которые предохраняют инвестора от неблагоприятных изменений в законодательстве, будет проанализировано далее. И наконец, если инвестор или государство нарушит условия соглашения, пострадавшая сторона имеет право на защиту своих прав в соответствии с условиями соглашения, в том числе путем обращения в международные арбитражные институты в третьих странах (ст. 22).

В отношении налоговых платежей законодательство устанавливает, что на период действия СРП инвестор уплачивает платежи, определенные условиями соглашения (ст. 13.2). Критическое значение имеет действующая ставка налога на прибыльную продукцию, под которой понимается произведенная при выполнении соглашения продукция за вычетом части этой продукции, стоимостный эквивалент которой используется для уплаты налога на добычу полезных ископаемых, и компенсационной продукции (ст. 8.1). Ставка налога на прибыль вносится в соглашение и применяется в течение всего срока действия соглашения. Кроме того, инвестор освобождается от уплаты региональных и местных налогов и сборов, принимаемых решением соответствующих законодательных органов власти.

Однако независимо от условий СРП взимаются следующие ключевые налоги и сборы: налог на добавленную стоимость (далее — НДС), единый социальный налог, таможенные сборы, налог на добычу полезных ископае-

мых. Но оператор работ по соглашению, так же как и поставщики оборудования и услуг, освобождается от уплаты НДС на все товары и услуги, импортированные для выполнения работ по СРП, и на продукцию, экспортируемую инвестором в соответствии с условиями соглашения. Кроме того, не облагаются импортными пошлинами товары, импортируемые в Россию для выполнения работ по соглашению и в соответствии с проектной документацией, и произведенная по СРП продукция, экспортируемая из России. Налог на имущество не уплачивается на основные средства производства, нематериальные активы, денежные средства и затраты, находящиеся на балансе налогоплательщика, используемые исключительно для целей выполнения соглашения. Кроме того, не уплачивается налог на транспортные средства, которые принадлежат налогоплательщику и используются исключительно для целей выполнения соглашения. Наконец, не облагаются налогом дивиденды, выплачиваемые инвесторам, как российским, так и иностранным.

Поправки в Закон «О СРП» от 1995 г. были внесены в январе и феврале 1999 г. после принятия федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции»<sup>8</sup> и «О внесении в законодательные акты Российской Федерации изменений и дополнений, вытекающих из Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции»<sup>9</sup>. Исправленный закон ясно определил основания, по которым месторождения могли разрабатываться на условиях СРП:

**!** обусловленная объективными факторами убыточность для недропользователя и государства продолжения разработки являющихся градообразующими месторождений полезных ископаемых, если разработка таких месторождений может обеспечить существенный объем добычи полезных ископаемых, а прекращение разработки повлечет за собой негативные социальные последствия;

**!** отсутствие финансовых и технических средств для освоения новых крупных месторождений полезных ископаемых, за счет освоения которых обеспечивается поддержание необходимого для социального развития и экономической безопасности Российской Федерации уровня добычи полезных ископаемых в целом по Российской Федерации, а также для строительства объектов производственной инфраструктуры (в том числе

<sup>8</sup> Федеральный закон от 07.01.1999 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции // СЗ РФ, 1999, № 2, ст. 246.

<sup>9</sup> Федеральный закон «О внесении в законодательные акты Российской Федерации изменений и дополнений, вытекающих из Федерального закона от 10.02.1999 г. № 32-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции (в ред. от 08.12.2003 г.) // СЗ РФ, 1999, № 7, ст. 879; СЗ РФ, 2000, № 32, ст. 3341; СЗ РФ, 2001, № 33 (часть I), ст. 3413; СЗ РФ, 2003, № 23, ст. 2174; СЗ РФ, 2003, № 50, ст. 4850.

объектов транспортировки полезных ископаемых) в первую очередь на континентальном шельфе Российской Федерации, в удаленных и слабоосвоенных районах;

- ! необходимость привлечения специальных высокозатратных технологий разработки трудноизвлекаемых значительных по объему запасов полезных ископаемых, находящихся в сложных горно-геологических условиях и являющихся остаточными для разрабатываемых месторождений, а также необходимость предотвращения потерь топливно-энергетического и минерального сырья в недрах;
- ! необходимость привлечения дополнительных финансовых и технических средств для обеспечения экологической безопасности и охраны недр при разработке расположенных на особо охраняемых природных территориях крупных месторождений полезных ископаемых;
- ! необходимость обеспечения регионов собственным топливно-энергетическим сырьем, создания новых рабочих мест, обеспечения благоприятных социально-экономических условий в дотационных регионах и районах, занятость населения в которых находится на низком уровне;
- ! наличие обязательств Российской Федерации о проведении переговоров об условиях соглашений, а также наличие результатов проведения конкурсов или аукционов по предоставлению участков недр в пользование на условиях раздела продукции<sup>10</sup>.

Закон также определил 30 %-ную квоту разведанных и учтенных государственным балансом запасов полезных ископаемых, которые разрешается предоставлять на условиях раздела продукции. Введено положение о том, что условиями аукциона должно быть предусмотрено участие российских юридических лиц в реализации СРП в долях, определенных Правительством Российской Федерации и соответствующими органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в каждом конкретном случае. И наконец, поправки установили четкий порядок правового регулирования всех этапов работы, начиная с получения лицензии на геологоразведку и до начала добычи. В соответствии с положениями Закона наличие лицензии на геологическое изучение не гарантирует автоматического получения ее владельцем лицензии на добычу, хотя при решении вопроса о получении права на добычу полезных ископаемых существенно

повышены шансы пользователя недр, открывшего месторождение.

Важно, что специальный стабильный режим налогообложения по СРП, зафиксированный в ст. 13 Закона «О СРП», был юридически закреплен в налоговом законодательстве путем поправок в соответствующие налоговые нормативные правовые акты<sup>11</sup>. Данные поправки очень важны, поскольку введение налогов, предоставление налоговых льгот может осуществляться только налоговым законодательством. Это подтверждается положением ст. 18 Налогового кодекса Российской Федерации<sup>12</sup>, в соответствии с которым специальные налоговые режимы должны устанавливаться данным Кодексом. Поэтому положения ст. 13 Закона «О СРП» не предоставляли инвестору реальной стабильности, поскольку в ст. 14.1 того же закона делалась ссылка на российские законы, как определяющие порядок учета финансово-хозяйственной деятельности. Таким образом, следовало, что, несмотря на фиксированную ставку налогов, размер уплачиваемых налогов мог изменяться при изменении правил учета финансово-хозяйственной деятельности, определяющих, на какую часть дохода инвестор будет уплачивать налоги. Еще большую неопределенность вызывал тот факт, что первоначальный Закон «О СРП» многими оценивался как нарушение Конституции Российской Федерации, поскольку узурпировал силу налогового законодательства. Поэтому в Налоговый кодекс РФ была внесена глава о налогообложении при выполнении СРП.

Указанные нормы, а также система налогообложения в целом вызвали вопросы до принятия Налогового кодекса Российской Федерации, обеспечившего более ясную и понятную систему и лучшее соответствие между федеральными и региональными налогами. 5 января 2002 г. вступили в силу положения части второй Налогового кодекса Российской Федерации<sup>13</sup> (далее — Налоговый кодекс), устанавливающие принципиально новые правила уплаты НДС, акцизов и социальных налогов. Нормы Налогового кодекса подтвердили исключение из общих правил налогообложения проектов на основе СРП и искоренили упущения в предыдущих налоговых нормативных правовых актах, которые им заменялись. Статья 178 подтверждала право инвесторов и операторов по СРП оплачивать получаемые товары и услуги поставщиков и подрядчиков без включения НДС, а также получать от государства соответствующий возврат сумм НДС, ранее уплаченных по контрактам. Статья 206 освобождала от уплаты акцизного сбора минеральное сырье и про-

<sup>10</sup> Эти основания сохранились в ст. 1.1 Федерального закона от 07.01.1999 г. № 19-ФЗ.

<sup>11</sup> Согласно ст. 10 Федерального закона «О внесении в законодательные акты Российской Федерации изменений и дополнений, вытекающих из Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» от 10.02.1999 г. № 32-ФЗ уровень налога на прибыль, уплачиваемый инвестором, не должен меняться в течение всего срока соглашения о разделе продукции и быть на уровне ставок налога, действовавших на дату подписания соглашения.

<sup>12</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (в ред. от 29.07.2004 г.)

<sup>13</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 г. № 117-ФЗ (в ред. от 29.07.2004 г.)

дукты переработки, которые по условиям соглашения принадлежат инвестору<sup>14</sup>.

Юридический механизм обеспечения права инвестора на оплату счетов от поставщиков и подрядчиков без НДС чрезвычайно важен для проектов по СРП, поскольку в 2001 г. Правительство накопило несколько миллионов долларов США, подлежащих возврату инвесторам, работающим по первым трем СРП. Кроме того, значительный практический эффект имело положение о том, что после начала добычи минерального сырья долг государства инвестору в части уплаченных сумм НДС возмещается за счет уменьшения доли, получаемой государством. Это предполагает, что инвесторы и операторы по СРП могут компенсировать уплату НДС путем неуплаты части рента.

Основные положения, содержащиеся в Налоговом кодексе, нашли отражение уже в поправках к Закону «О СРП» в 1999 г. Повторение их, тем не менее, было важно, поскольку нормы о налогообложении в обновленном Законе «О СРП» часто воспринимались лишь как декларация о намерениях. Они позднее были подтверждены внесением 6 июня 2003 г. в Налоговый кодекс главы 26.4, устанавливающей особый режим налогообложения при выполнении СРП<sup>15</sup>. Были внесены важные изменения в порядок определения размера налогооблагаемого дохода на основе объема добываемой продукции и ее стоимости, а также пределы возмещаемых и компенсируемых затрат при определении базы налогообложения прибыли. Кроме того, были определены особенности расчета и уплаты инвесторами по СРП налога на прибыль, НДС и на добычу минерального сырья. Однако, несмотря на эти нужные изменения, правовой режим имел недостатки, связанные с невозможностью точно определить содержание и объем прав инвестора в соответствии с нормами данной и других отраслей законодательства. Еще более важным стало то, что при создании законодательной базы не был определен, ни внедрен точный объем компетенции федеральных, региональных и местных органов государственной власти.

### 3. Проблемы реализации СРП

Практический опыт инвесторов, работающих по СРП, возможно, наилучшим образом иллюстрирует противоречия между измененным законодательством и сохраняющимся неразграничением функций государства, выступающего как в роли стороны договора, так и регулятив-

ного органа. Управляющий комитет, состоящий из представителей сторон соглашения, утверждает программу работ и смету затрат на каждый год. Оператор не может их менять без предварительного согласия управляющего комитета для того, чтобы иметь право на возмещение понесенных затрат. И только тогда, когда результаты внешнего аудита утверждены управляющим комитетом, и при условии, что все работы строго соответствуют утвержденной программе работ, добытая продукция может быть разделена на компенсационную и прибыльную. Решение об утверждении годовой программы работ и сметы затрат должно на практике приниматься управляющим комитетом единогласно. Таким образом, на практике оказывается, что представители федерального правительства и органа исполнительной власти субъекта Федерации действуют по соглашению как два отдельных участника<sup>16</sup>.

Обычно споры при исполнении СРП возникают вокруг вопроса о том, какие затраты являются возмещаемыми, что происходит из-за отсутствия соответствующих указаний в Законе «О СРП», которые могли бы использоваться управляющим комитетом. Возмещаемые затраты попросту увязываются с программой работ и сметой затрат. По Хьюстонскому СРП оператор «Тоталь» прибегнул к арбитражной процедуре. Управляющим комитетом проекта не были утверждены прошедшие аудит затраты за 2001 г., поскольку представители органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации проголосовали против. От утверждения программы работ и сметы затрат за 2002 г. отказались представители органов исполнительной власти, как федерального, так и регионального уровня. Так как затраты, прошедшие аудит, не были утверждены, оператор получил налоговое уведомление, поскольку вся добытая продукция рассматривалась Министерством по налогам и сборам как прибыльная, а следовательно, подлежащая налогообложению. (Еще одной практической проблемой, которая потенциально может перерасти в спор, является случай, когда СРП не ограничивает объем добываемой продукции, которая может использоваться в качестве компенсационной, и рента рассчитывается как часть прибыльной продукции. Тогда рента не будет уплачиваться, и государство лишится своей части прибыльной продукции до момента возмещения затрат.)

Государство действует в СРП в качестве стороны гражданско-правового договора, но в то же время исполняет регулятивные функции, которые влияют на работы по соглашению. Ранее

<sup>14</sup> Статьи 178 и 206 утратили силу с введением главы 26.4 «Система налогообложения при выполнении соглашений о разделе продукции» в Налоговый кодекс Российской Федерации Федеральным законом от 06.06.2003 г. № 65-ФЗ «О внесении дополнения в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации, внесении дополнений и изменений в некоторые другие законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации».

<sup>15</sup> Федеральный закон «О внесении дополнения в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации, внесении дополнений и изменений в некоторые другие законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации» от 06.06.2003 г. № 65-ФЗ.

<sup>16</sup> Это противоречит тому, что в соответствии со ст. 3.1 Закона «О СРП» стороной договора является Российская Федерация.

было отмечено, что в соответствии со ст. 7.7 стороны могут создать управляющий комитет, в состав которого входит равное число представителей от каждой стороны. Права и обязанности данного органа определяются соглашением между сторонами. Такой договорный механизм позволяет государству участвовать в принятии решений по вопросам исполнения СРП. Но с другой стороны это дополняется правом государства издавать указания в качестве регулятивного органа. Согласно ст. 19 Закона «О СРП» органы государственной власти в соответствии со своей компетенцией могут осуществлять контрольные функции, в частности, это относится к налоговым, таможенным и органам валютного контроля. Органы, в чью компетенцию входят данные вопросы, имеют право доступа к документации инвестора, они могут проводить инспекции и контролировать деятельность инвестора. В реальности это означает, что инвестор, будучи субъектом административного права, вынужден в процессе реализации проекта иметь дело с представителями многочисленных органов государственной власти. Представители этих органов для эффективного осуществления своих контрольных функций должны понимать суть СРП и особенности его регулирования. Упомянутые выше противоречия, вытекающие из практики, будут проанализированы далее.

В качестве общего принципа Закон «О СРП» установил норму о том, что отношения, возникающие в процессе заключения, исполнения и прекращения соглашений о разделе продукции, подлежат регулированию данным законом (ст. 1.1). С другой — сам Закон «О СРП» по многим вопросам делает отсылки к российским законам, входящих в сферу административного права. Это относится к вопросам пользования землей и другими природными ресурсами (ст. 1.2), организации порядка проведения аукционов на право получения лицензии (ст. 6.1), порядка определения объема компенсационной продукции (ст. 8.1), транспортировки минерального сырья (ст. 12), расчета налога на прибыль (ст. 13.2) и до недавнего времени — экспорта добытой продукции (ст. 9.2). Соглашение также регулируется гражданским законодательством в общем (ст. 1.3) и, в частности, в отношении порядка его заключения, изменения и прекращения (ст. 6.1, 17, 21).

Многие из указанных вопросов, такие как определение объема компенсационной продукции, налогообложение, экспорт продукции, имеют существенное значение для принятия решения об инвестициях. Ссылка на другие сферы российского законодательства, как на регулирующие

права и обязанности сторон соглашения в том или ином случае, означает, что основные условия инвестирования определяются не только СРП, но и регулируются государством. В качестве примера можно отметить, что в соответствии со ст. 9.2 Закона «О СРП» инвестор имеет право экспортировать за пределы Российской Федерации минеральное сырье, поступающее в соответствии с условиями соглашения в собственность инвестора, без количественных ограничений. В то же время в соответствии со ст. 15 действовавшего до недавних пор Федерального закона «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности»<sup>17</sup> могли вводиться количественные ограничения экспорта, в целях обеспечения национальной безопасности государства и защиты внутреннего рынка Российской Федерации. В феврале 1999 г. в ст. 15 был добавлен абзац 3 о том, что введение количественных ограничений экспорта осуществляется с учетом выполнения Российской Федерацией своих обязательств по соглашениям в части обеспечения экспорта минерального сырья, являющегося собственностью инвестора. И все же было не ясно, как этот механизм должен был работать на практике в случае возникновения конфликта интересов.

Поскольку изменения в административном законодательстве будут оказывать влияние на исполнение СРП, в ст. 17.2 Закона «О СРП» сохранился механизм обеспечения стабильности соглашения. Однако остается неясным, к каким категориям нормативных правовых актов относятся эти стабилизационные нормы и как они будут действовать. Несмотря на то, что Закон «О СРП» предоставляет возможность корректировать экономические условия соглашений таким образом, что каждое одностороннее изменение условий со стороны государства может быть компенсировано, и несмотря на то, что это ограничивает возможность органов исполнительной власти изменять условия инвестирования, нельзя говорить о том, что договорная система воплощена в жизнь.

Во-первых, неясно, принятие каких нормативных правовых актов дает право инвестору требовать внесения изменений в соглашение, и какие вновь принимаемые нормативные правовые акты распространяются на инвестора вообще. В ст. 17.2 Закона «О СРП» говорится о том, что в соглашение вносятся изменения, когда законодательством Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации и правовыми актами органов местного самоуправления будут установлены нормы, ухудшающие коммерческие результаты деятельности инвестора.

<sup>17</sup> Утратил силу с 18.06.2004 г. в связи со вступлением в силу Федерального закона от 08.12.2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗ РФ, 2003, № 50, ст. 4850.

Второе замечание касается стабилизационного механизма заключенной в ст. 17.2, устанавливающей, что если коммерческие условия ухудшаются вследствие изменения законодательства, то соглашение подлежит изменению. Закон «О СРП» не дает критериев, по которым можно определить, что коммерческие условия ухудшаются. Статья 17.1 содержит норму о том, что изменения в условии соглашений, внесенные по согласованию сторон, вводятся в действие в том же порядке, что и исходные соглашения. На практике с государством должно быть достигнуто соглашение по факту, что условия ухудшились, до какой степени и на протяжении какого периода времени они ухудшились. Критерии ухудшения, как представляется, необходимо определить отдельным правовым актом на соответствующем уровне органов государственной власти.

Что касается средств защиты инвестором своих прав от нарушений условий соглашения, то поскольку Закон «О СРП» содержит нормы о компенсации в случае ухудшения коммерческих результатов деятельности инвестора вследствие изменения федерального, регионального или местного законодательства (ст. 17.2), из этого следует, что спор по поводу такой компенсации может рассматриваться как спор в отношении договорных обязательств государства, а потому как подлежащий рассмотрению в судебном или арбитражном порядке.

Закон «О СРП» не дает инвестору механизма прекращения СРП в случае, если с государством не достигнуто соглашения об изменении условий СРП в вышеприведенных обстоятельствах. Основания для такого изменения соглашения или его прекращения должны быть четко определены в Законе «О СРП». В соответствии с п. 3 ст. 450 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>18</sup> (далее — Гражданский кодекс) инвестор должен обладать правом отказа от исполнения договора при возникновении подобных обстоятельств. Однако данная норма Гражданского кодекса напрямую не относится к СРП ввиду особого регулятивного статуса последнего.

Тот принцип, что для интерпретации договора и разрешения спора между его сторонами выбирается нейтральный орган, публичные или гражданские интересы которого не совпадают с интересами государства — стороны договора, достаточно хорошо признан, поэтому разрешение споров по многим договорам происходит в международном арбитраже. Закон «О СРП» воспринял данный принцип только ча-

стично. Во-первых, его ст. 23 устанавливает, что в соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения. В этой статье, однако, делается ссылка, что происходит это может в соответствии с законодательством Российской Федерации, которое пока отсутствует, что создает неопределенность в отношении условий и степени такого отказа от суверенитета до принятия соответствующего закона.

Во-вторых, хотя ст. 22 определенно разрешает передачу спора о выполнении СРП в арбитраж, сам арбитраж является таким методом разрешения спора, который может использоваться только для договорных и других гражданско-правовых отношений. Деятельность по использованию природных ресурсов по аналогии с положениями главы 17 Гражданского кодекса можно квалифицировать как деятельность, имеющую гражданско-правовой характер. Однако, как уже отмечалось, Закон «О СРП» во многих случаях делает отсылку к другим областям законодательства, которые превалируют над ним и носят административный характер. Поскольку в ст. 1.3 указано, что «права и обязанности сторон соглашения о разделе продукции, имеющие гражданско-правовой характер, определяются в соответствии с настоящим Федеральным законом и гражданским законодательством Российской Федерации», неясно, подразумевается ли под этим, что некоторые отношения в ходе выполнения СРП носят административный характер и регулируются российским административным законодательством.

Поскольку существенные условия инвестирования, такие как возмещение понесенных затрат, налогообложение и право экспорта, регулируются и договорными обязательствами, и государством, остается неясным, нужно ли эти аспекты рассматривать в контексте административного права. Но поскольку многие юристы спорят на тему возможности их рассмотрения в контексте гражданского права, Правительство считает, что такие споры не подлежат арбитражу и, следовательно, существует вероятность того, что любое арбитражное решение по данному предмету будет признано недействительным. Федеральный закон «О международном коммерческом арбитраже»<sup>19</sup> (ч. 2 п. 1 ст. 36) ясно говорит о том, что в исполнении арбитражного решения может быть отказано, если суд найдет, что предмет спора не подлежит арбитражному разбирательству по закону

<sup>18</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 29.06.2004 г., с изм. от 29.07.2004 г.). Пункт 3 ст. 450 установил норму: «В случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответствующим расторгнутым или измененным».

<sup>19</sup> Федеральный закон от 07.07.1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // СЗ РФ, 1993, № 32, ст. 1240.

Российской Федерации. Хотя в ст. 50 Закона «О СРП» говорится о том, что споры по вопросам пользования недрами на условиях раздела продукции разрешаются согласно условиям указанных соглашений, т.е. они могут передаваться в международный арбитраж, другие споры по вопросам административного характера находятся за пределами компетенции международного арбитража

Анализ действенности СРП с точки зрения защиты инвестиций был бы, однако, неполным, если не принимать в расчет доступность заключения такого рода соглашений. В статье уже отмечалось, что поправки, внесенные в Закон «О СРП» 6 июня 2003 г. ограничили возможность заключения СРП, оно может заключаться только при отсутствии возможности геологического изучения, разведки и добычи полезных ископаемых на иных предусмотренных законодательством Российской Федерации условиях пользования недрами, отличных от условий раздела продукции. Статья 2 содержит определенные требования к применению СРП. Месторождение можно осваивать на условиях СРП только после аукциона на право пользования участком недр на иных условиях, чем раздел продукции, и признания аукциона не состоявшимся в связи с отсутствием участников; данное месторождение должно соответствовать по крайней мере одному из критериев, предъявляемых п. 4 ст. 2; оно должно быть включено в перечень месторождений, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции<sup>20</sup>.

Если недропользователь имеет лицензию на пользование недрами, но желает заключить с государством СРП, то в соответствии со ст. 2.4 Закона «О СРП» он должен сначала заявить о досрочном прекращении права пользования участком недр, после чего государство проведет аукцион, в котором могут принять участие и другие инвесторы. Только после того, когда будет проведен аукцион на право пользования участком недр на иных условиях, чем раздел продукции, и он будет признан не состоявшимся в связи с отсутствием участников, государство может включить месторождение в перечень месторождений, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции, после чего проводится соответствующий аукцион.

Процедура заключения СРП в результате поправок также изменилась. В соответствии со ст. 6 Закона «О СРП» аукцион является единственным способом приобретения права на заключение СРП инвестором. Статья 6.2, которая

разрешала проведение в определенных случаях прямых переговоров по заключению СРП, была исключена. После проведения аукциона федеральные органы исполнительной власти с участием органа исполнительной власти соответствующего субъекта Российской Федерации создают комиссию для проведения переговоров о заключении СРП.

Введение системы аукционов может сделать предоставление участков недр в пользование на условиях СРП более прозрачным. Ранее владельцы лицензий при административной поддержке могли перевести свою лицензию на условия СРП путем переговоров. Именно такая непрозрачность вызвала перетолки в отношении получения компанией «Эксон» права освоения проекта «Сахалин-3». В данном примере право освоения месторождений на условиях СРП было получено в результате конкурса. Участник, выигравший конкурс, попытался заключить СРП с федеральными и региональными органами исполнительной власти. Однако, как отмечалось выше, лицензия автоматически выдается только после заключения СРП. Компании «Эксон» не удалось заключить СРП. Но поскольку лицензия должна была предусматривать пользование недрами на условиях СРП, данное месторождение не может осваиваться на других условиях<sup>21</sup>. Те трудности, которые сопутствовали проекту «Сахалин-3», объясняются неудачей попытки внесения поправок в Закон «О СРП», которые решили бы проблемы, долгое время стоящие на повестке дня. Для создания полноценного режима СРП необходимо разработать четкую процедуру заключения СРП и создать эффективный порядок проведения аукционов на право разведки и разработки месторождений на условиях СРП.

Создается впечатление, что последние законодательные изменения снижают возможности инвестиций в недропользование на условиях СРП, и в то же время они вызывают раздумья, не является ли пользование недрами на условиях лицензионного соглашения лучшей альтернативой. Такие мысли появляются в связи с последними правовыми решениями, дающими основания полагать, что пользование недрами на условиях, отличных от СРП, могут гарантировать права инвестора. Так, правовой режим улучшило принятие нового Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>22</sup>, который облегчил возможность получения финансирования, гарантировав кредиторам первоочередное удовлетворение их требований, обеспеченных залогом. Новый Федеральный закон «О валютном регулировании и валютном

<sup>20</sup> Закон не говорит о том, что органы государственной власти будут делать, если инвесторы, желающие осваивать месторождение на условиях лицензионного соглашения, отсутствуют, но месторождение не отвечает установленным критериям для освоения на условиях СРП.

<sup>21</sup> Поскольку месторождение включено в перечень месторождений, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции, на основании федерального закона, оно может быть убрано из данного перечня только на основании нового федерального закона.

<sup>22</sup> Федеральный закон от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ, 2002, № 43, ст. 4190.

контроле»<sup>23</sup> облегчил правила валютных переводов, а поправки к Федеральному закону «Об акционерных обществах»<sup>24</sup> улучшили защиту прав акционеров.

Изменение отдельных частей законодательства о недропользовании привело к недостаткам при выдаче лицензий, возникающим либо при их первоначальной выдаче, либо при передаче и при переоформлении, либо при выявлении невыполнения лицензионных условий, о чем речь пойдет далее.

#### 4. Проблемы лицензионного режима недропользования

Закон «О недрах» содержит нормы, определяющие основания выдачи лицензий на право пользования недрами (ст. 10.1), максимальные сроки пользования участками недр (ст. 10), порядок проведения конкурсов и аукционов на право получения лицензии на пользование недрами (ст. 13.1). Хотя статья 10.1 Закона «О недрах» четко определяет, что лицензия должна выдаваться по результатам аукциона, зачастую компании получают лицензии без аукциона и на месторождения, не разведанные на основании ранее выданной лицензии. Более того, ст. 13.1 не дает четкой детальной процедуры проведения конкурсов или аукционов, особенно с точки зрения оценки поданных заявок. В результате неясно, какие органы должны проводить конкурсы и аукционы.

Решение о проведении конкурсов или аукционов на право пользования участками недр, определение условий их проведения в отношении каждого участка недр или группы участков недр, а также решение об утверждении результатов таких конкурсов или аукционов принимаются органами, предоставляющими право пользования участками недр. На практике, однако, территориальные органы Министерства природных ресурсов РФ в определенной степени узурпировали их подготовку и проведение, что подтверждается результатами определения перечня участков недр для выставления на конкурс или аукцион. Широко распространена практика приложений с дополнительными условиями конкурсов или аукционов, что не соответствует положениям ст. 13 Закона «О недрах». Хотя данная статья со ссылкой на ст. 10.1 предоставляет территориальному органу управления государственным фондом недр совместно с органом исполнительной власти соответствующего субъекта Российской Федерации право определять порядок и условия конкурсов и аукционов, такие действия должны

осуществляться в пределах положений Закона «О недрах».

Серьезные проблемы на практике возникают при выдаче лицензий, такие как неправильное оформление лицензии соответствующим органом, невключение в лицензию всех требуемых законом условий, нерегистрация выданных лицензий в соответствующем фонде, в нарушениях при оформлении горного и земельного отводов. Озабоченность вызывает тот факт, что с точки зрения правовой защиты в случае, если лицензия оформлена ненадлежащим образом, инвестор должен довольствоваться лишь формальной уверенностью в том, что органы, выдающие или регистрирующие лицензию, делают это в соответствии с законом.

На деле оказывается, что, даже пройдя через многие этапы конкурса или аукциона, победитель может не получить лицензию. Организаторы зачастую используют белые пятна в законодательстве для того, чтобы отменить результаты аукционов или конкурсов. Итоги судебных дел не дают ясного ответа на вопрос, должны ли МПР России и органы исполнительной власти соответствующего субъекта Российской Федерации безусловно утверждать результаты аукционов или конкурсов и выдавать победителю лицензию.

Составной частью недропользования на условиях лицензионного соглашения является оформление отвода соответствующего земельного участка. В соответствии с положениями Закона «О недрах» предоставление лицензий на пользование недрами осуществляется при наличии предварительного согласия органа управления земельными ресурсами либо собственника земли на отвод соответствующего земельного участка. Отвод земельного участка в окончательных границах и оформление земельных прав пользователя недр производится до начала работ после утверждения проекта работ по недропользованию (ст. 11). Однако содержание договора аренды земельного участка регулируется нормами Земельного кодекса Российской Федерации<sup>25</sup>. На практике местные органы власти безнаказанно затягивают решение о заключении договора аренды в связи с отсутствием в законодательстве единого порядка выдачи других необходимых разрешений в дополнение к праву пользования участком недр. Это говорит об отсутствии каких-либо гарантий того, что необходимые разрешения последуют автоматически после получения лицензии на пользование недрами, что сохраняет нестабильность в функционировании лицензионного режима недропользования.

<sup>23</sup> Федеральный закон от 10.12.2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» (ред. от 29.06.2004 г.) // СЗ РФ, № 50, ст. 4859.

<sup>24</sup> Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (в ред. от 06.04.2004 г.) // СЗ РФ, 1996, № 1, ст. 1; СЗ РФ, 1996, № 25, ст. 2956; СЗ РФ, 1999, № 2, ст. 2672; СЗ РФ, 2001, № 33 (часть I), ст. 3423; СЗ РФ, 2002, № 12, ст. 1093; СЗ РФ, 2002, № 45, ст. 4436; СЗ РФ, 2003, № 9, ст. 805; СЗ РФ, 2004, № 11, ст. 913; СЗ РФ, 2004, № 15, ст. 1343.

<sup>25</sup> Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 г. № 136-ФЗ (в ред. от 29.06.2004 г.) // СЗ РФ, 2001, № 44, ст. 4147; СЗ РФ, 2003, № 27, ст. 2700 (ч. 1); СЗ РФ, 2004, № 27, ст. 2711.

Еще одной серьезной проблемой, с которой сталкивается инвестор, является гарантия того, что право пользования недрами на условиях лицензионного соглашения не подвергнется одностороннему прекращению со стороны государства. Поскольку государство обладает таким правом, необходимо, чтобы инвестор не понес ущерба из-за неисполнения лицензионных обязательств предыдущим владельцем лицензии. При работе на основе лицензионного соглашения данное соглашение определяет обязательства недропользователя. В ст. 17.1 Закона «О недрах» говорится, что при переходе права пользования участком недр условия, установленные прежней лицензией, пересмотру не подлежат, что означает, что на нового недропользователя переносятся обязательства предыдущего. В противоположность этому по СРП инвестор имеет гражданско-правовые обязательства. И инвестор не несет обязательств по предыдущей лицензии, если таковая выдавалась, поскольку данная лицензия не переоформляется на нового пользователя, а выдается автоматически.

Лицензионное соглашение накладывает на недропользователя большое количество обязательств, на практике с их выполнением всегда возникают проблемы. По российскому законодательству владелец лицензии на пользование недрами кроме, уплаты соответствующих налогов и сборов, должен предоставлять федеральным и региональным органам исполнительной власти определенные годовые отчеты о проведении геологических работ и отчет о финансовой деятельности, а также передавать данные о запасах полезных ископаемых в пределах лицензионного участка в федеральный и соответствующий территориальный фонды геологической информации, в органы государственной статистики. Более затруднительными для выполнения являются некоторые обязательства соблюдать требования технических проектов, планов и схем развития горных работ и не наносить вреда окружающей среде (ст. 22 Закона «О недрах»). Невыполнение существенных условий лицензии, перечень которых приведен в ст. 12 Закона «О недрах» и которые относятся к существенным на основании п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса, может привести к штрафным санкциям, приостановке добычи, а в случае нарушения пользователем существенных условий лицензии — к прекращению права пользования недрами, чем зачастую угрожает Министерство природных ресурсов.

Правовая форма участия в проекте имеет одно из решающих значений для организации его финансирования. По СРП иностранные компании могут работать на основе соглашения о совместной деятельности. При недропользовании на условиях лицензионного соглашения для участия в проекте приходится создавать дочернюю российскую структуру<sup>26</sup>.

Статья 17.1 Закона «О недрах» в качестве общего правила устанавливает, что право пользования участком недр не может быть передано третьим лицам, в том числе в качестве обеспечения обязательств. Но из этого правила сделаны исключения, и тот факт, что данные исключения со временем менялись, вызывает противоречивую интерпретацию того, может ли осуществляться уступка права пользования недрами. Закон «О недрах» 1992 г. не разрешал переоформление лицензий. Закон «О недрах» в варианте 1995 г. разрешал переоформление лицензий только в случаях реорганизации юридического лица — пользователя недр, слияния его с другим юридическим лицом или в случае его банкротства. Однако переуступка права третьим лицам не разрешалась. Однако Комитет по геологии и использованию недр Российской Федерации приказом № 65 от 18.05.1995 г. издал Инструкцию (далее — Инструкция № 65) с целью создать исключение из данного правила<sup>27</sup>. Пункт 17 Инструкции № 65 устанавливал, что в случае, когда предприятие — пользователь недр выступает учредителем нового юридического лица (в том числе предприятия с долевым участием иностранных инвестиций), специально создаваемого для продолжения деятельности в соответствии с условиями лицензии на участке предприятия — пользователя недр, лицензия может быть переоформлена на такое юридическое лицо при условии, что прежнему пользователю недр принадлежит не менее половины уставного капитала этого юридического лица.

Для российских нефтяных компаний стала обычной практикой передача прав пользования недрами в качестве вклада в уставный капитал совместных предприятий, хотя действительность такой передачи находилась под вопросом ввиду того, что эти права базировались на лицензионном режиме недропользования, т.е. имели административную основу. Когда действительность передачи лицензий на основе положений п. 17 Инструкции № 65 оспаривалась заинтересованными лицами в российских судах, те обычно признавали такую передачу недействительной

<sup>26</sup> Наиболее типичным способом участия иностранного инвестора являлось создание совместного предприятия.

<sup>27</sup> Приказ Роскомнедра от 18.05.1995 г. № 65 (ред. от 21.01.2000 г.) «Об утверждении инструкции «О порядке переоформления лицензий на пользование недрами» // Российские вести. 1995. 29 июня. Приказ утратил силу в связи с изданием приказа МПР России от 19.11.2003 г. № 1026.

ввиду противоречия пункта 17 Инструкции № 65 Закону «О недрах» в варианте 1995 г. Пункт 17 Инструкции № 65 был отменен приказом Министерства природных ресурсов РФ от 22.04.1999 г. № 89<sup>28</sup>. Поправки к ст. 17.1 Закона «О недрах», решающие эту проблему, вступили в силу в январе 2001 г. Они узаконили переоформление лицензии новому юридическому лицу в случае, когда предприятие — пользователь недр выступает учредителем нового юридического лица и владеет в нем на момент передачи лицензии не менее 50 % уставного капитала.

Таким образом, основной проблемой, связанной с механизмом передачи прав недропользования, является то, что передача и переоформление лицензии может быть признана не соответствующей действующим на момент передачи правилам. Это действительно реальный риск, если иметь в виду, сколько лицензий было передано третьим лицам в период действия положений пункта 17 Инструкции № 65. Неясно также, что должно происходить с точки зрения закона в случае признания переоформления лицензии незаконным, тогда как в большинстве случаев на практике лицензии возвращались первоначальному владельцу, т.е. происходило восстановление их права пользования недрами.

Неадекватность существующего правового режима недропользования, который сегодня регулируется как законодательными, так и административными актами, вынуждает Правительство РФ приступить к подготовке нового законодательства о недропользовании. 22 августа 2003 г. Министерство природных ресурсов РФ подготовило проект нового Закона «О недрах» (далее — проект МПР от 22.08.2003 г.) и направило его в Комитет Государственной Думы по природным ресурсам и природопользованию. Свой проект разработало и Министерство экономического развития и торговли РФ. В связи с изменениями в структуре федеральных органов исполнительной власти проект нового закона не проходил официального чтения в Государственной Думе. Кроме него, разработаны два проекта Горного кодекса, один — Министерством природных ресурсов, другой — группой депутатов. Различия между проектами отражали те противоречия, которые сопутствовали развитию лицензионного режима недропользования. Проект Министерства экономического развития и торговли в противовес проекту МПР России от 22.08.2003 г. базировался на принципах гражданского права. Среди наиболее радикальных мер, предложенных в нем,

следует отметить предложение об отмене одностороннего прекращения соглашения органами власти, выдающими лицензию, право держателя лицензии на залог права пользования недрами, что облегчало механизм организации проектного финансирования.

Хотя после реорганизации структуры федеральных органов исполнительной власти Министерству природных ресурсов было поручено разработать новый проект Закона «О недрах», небезынтересно остановиться на некоторых положениях проекта МПР от 22.08.2003 г. Из числа наиболее важных положений отметим, что ст. 45 проекта содержала положение о том, что лица, проводившие работы по поискам и оценке месторождений полезных ископаемых за счет собственных средств и открывшие месторождение полезных ископаемых, имеют право на разведку и добычу полезных ископаемых из этого месторождения. В действующем Законе «О недрах» говорится, что установление факта открытия месторождения полезных ископаемых пользователем недр, проводившим работы по геологическому изучению участков недр за счет собственных средств, может быть основанием получения права пользования участком недр<sup>29</sup>. Под термином «собственные средства» проект закона подразумевал: собственные средства пользователя недр; кредитные средства; заемные и привлеченные средства и средства, безвозмездно и безвозвратно полученные пользователем недр в собственность. Если доля государственных средств в общем объеме затрат на ведение работ, связанных с открытием месторождения полезных ископаемых, превышает 50 %, то такое открытие не может признаваться сделанным за счет собственных средств.

Аналогично в действующем законе, что срок действия лицензии может быть продлен по инициативе пользователя недр при необходимости завершения разработки месторождения полезных ископаемых. Статья 18 проекта закона содержала положение о том, что срок пользования участками недр продлевается по заявлению недропользователя при выполнении им установленных условий пользования недрами: при геологическом изучении — на срок до трех лет; при добыче полезных ископаемых — на срок, необходимый для завершения разработки месторождения<sup>30</sup>.

В проекте закона предлагалась норма о том, что участки недр не могут быть предметом гражданско-правовых сделок, в том числе договоров купли-продажи и залога или отчуждаться в иной форме (п. 4 ст. 8 проекта МПР

<sup>28</sup> Приказ Министерства природных ресурсов РФ от 22.04.1999 г. № 89 «Об отмене пункта 17 Инструкции» // Российская газета. 1999. 4 июня.

<sup>29</sup> Факт открытия месторождения должен быть зарегистрирован в соответствии со специальной процедурой, утвержденной приказом Министерства природных ресурсов РФ от 10.04.2000 г. № 93 «Об утверждении Инструкции о порядке установления факта открытия месторождения полезных ископаемых» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 25, 19.06.2000 г.

<sup>30</sup> Порядок продления срока пользования участками недр на условиях СРП должны определяться указанными соглашениями.

от 22.08.2003 г.). Однако в отличие от норм действующего закона предлагалось, чтобы права пользования участками недр могли отчуждаться или переходить от одного лица к другому. Как уже отмечалось выше, ст. 17.1 разрешает переход права пользования участками недр в порядке правопреемства в случаях: реорганизации, прекращения деятельности юридического лица и при учреждении недропользователем нового юридического лица.

Однако именно отсутствие четко определенных регулятивных функций, а не несовершенство законодательных актов можно определить как главное препятствие на пути создания правовой базы, которая улучшила бы инвестиционную активность. Как в действующем Законе «О недрах», так и в проекте МПР России от 22.08.2003 г. содержатся нормы о возможности того, что право пользования недрами может быть досрочно прекращено, приостановлено или ограничено органами, предоставившими лицензию (ст. 20 Закона «О недрах»). В предлагавшемся проекте количество таких случаев было сокращено, убраны такие основания прекращения права недропользования, как: систематическое нарушение пользователем недр установленных правил пользования недрами и непредставление пользователем недр отчетности, предусмотренной законодательством о недрах (ст. 29 проекта МПР от 22.08.2003 г.).

Среди наиболее важных предложений в проекте МПР России от 22.08.2003 г. можно отметить попытку решить вопрос о взаимоперекрывающихся и неудачно определенных пределах компетенции федеральных и региональных органов исполнительной власти, что является источником многих проблем при применении законодательства, о которых шла речь в данной статье. По действующему законодательству, в подавляющем числе случаев для получения права пользования участками недр требуются совместные решения федеральных и региональных органов исполнительной власти (ст. 10.1 Закона «О недрах»). В проекте МПР России от 22.08.2003 г. предлагалось, чтобы основная роль в выдаче прав пользования недрами принадлежала федеральным органам власти. Вместо совместного решения федеральных и региональных органов исполнительной власти в проекте предлагалось, что при решении вопроса о выдаче лицензии решения федеральных органов исполнительной власти согласовываются с региональными органами исполнительной власти (ст. 23 проекта МПР от 22.08.2003 г.).

Конституционное значение имеет попытка проекта МПР России от 22.08.2003 г. ввести

норму о том, что недра являются федеральной собственностью (п. 2 ст. 8 проекта МПР от 22.08.2003 г.). В п. 3 той же статьи собственность субъектов Российской Федерации ограничивается участками недр, имеющими местное значение. В действующем Законе «О недрах» говорится о том, что недра являются государственной собственностью. Государственная собственность — родовое понятие, которое включает в себя и собственность Российской Федерации, и собственность субъектов Федерации. Таким образом, в проекте МПР России от 22.08.2003 г. была предпринята попытка отрицания принципа, закрепленного в п. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации о совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации по вопросам владения, пользования и распоряжения недрами. Непонятно, как такой отход от конституционной нормы может быть обоснован, и будет ли подобная норма эффективно работать на практике в случае ее принятия.

Аналогично, вряд ли отразится на существующих реалиях предлагаемая проектом Горного кодекса система договорного недропользования. Данный проект предлагает лицензионную систему заменить договорной, по которой право пользования недрами предоставлялось бы на основе специального договора, заключенного между государством и инвестором<sup>31</sup>. Такие контракты регулировались бы принципами гражданского права и устанавливали права и обязанности инвестора и государства в отношении конкретного участка недр, являющегося объектом договора. Выдача лицензии, как административный акт, предоставляет лицу, ее выдающему, почти неограниченную власть выдать ее или отозвать. И нереально было бы рассчитывать на то, что договорная система сама по себе уничтожит коррупцию. Те же чиновники, которые отвечают за выдачу лицензий, будут участвовать в составлении проекта договора на пользование недрами. Преимущество отказа от лицензии как административного акта, состоит в том, что при договорной системе инвестор теоретически получит больше средств защиты в случае нарушения государством условий договора. Но договор также подвержен бюрократическому произволу, и уровень защиты, предоставляемый им, в основном зависит от договорных условий и практических ограничений его применимости.

До тех пор, пока данные положения не будут узаконены и, что более важно, эффективно применяться на практике, лицензионный режим по-прежнему будет оставаться недей-

<sup>31</sup> См.: глава 5 Федерального законопроекта «Горный кодекс Российской Федерации» № 218732-2.

ственным из-за противоречий между интересами федеральных и региональных органов исполнительной власти. Эти противоречия, в свою очередь, подпитываются и усиливаются изменяющимися взаимосвязями между государственными структурами и бизнесом, как в Москве, так и в регионах. Для иллюстрации такой точки зрения можно отметить, что предложения о предоставлении участков недр в пользование и их разработке на условиях СРП, как правило, исходят от региональных органов исполнительной власти. Кроме того, именно региональные подразделения федеральных органов исполнительной власти принимают участие в выдаче лицензий и расчетах уплаты рента по конкретным СРП. Но, как свидетельствует ход дела в отношении компании «ЮКОС», роль крупных компаний в данной сфере, их возможность влиять на позицию региональных властей сделали невыполнимыми такие методы работы ввиду различных интересов множества конкретных людей и органов.

## Заключение

После вступления в должность Президента РФ В.В. Путина его Администрация предприняла многочисленные попытки снять озабоченность западных инвесторов. В числе таких шагов было выступление Президента на конференции по СРП на Сахалине в сентябре 2000 г., в котором он подчеркнул необходимость привлечения иностранных инвестиций для увеличения добычи нефти и газа. Создание более последовательного и работоспособного правового режима, который обеспечил бы гарантии и прибыльность иностранных инвестиций в нефтегазовый сектор, было объявлено Министром экономического развития и торговли частью новой национальной стратегии. Но создание эффективного правового климата по-прежнему зависит и многогранно связано с кристаллизацией личных, корпоративных и институциональных взаимоотношений.

В феврале 2003 г. во время встречи премьер-министра М.М. Касьянова с руководителями российских нефтяных компаний было предложено ограничить налоговые и административные гарантии, которые применялись для привлечения иностранных инвестиций в нефтегазовую промышленность. Представители нефтяных компаний высказали пожелание, чтобы будущие гарантии давались только в отношении самых крупных и капиталоемких проектов. Такое предложение свидетельствовало не только о явном изменении мнения в сторону позиции, что национальная нефтегазовая промышлен-

ность сама способна разработать свои ресурсы, но и о распространяющемся влиянии крупных нефтяных компаний и на политику, и на законодательство. Год назад после сделки «Бритиш Петролеум — ТНК» стало ясно, что иностранные инвестиции в России должны происходить в форме приобретения долей участия в российских нефтяных компаниях. Но год спустя все еще непонятно, кто в конечном счете будет контролировать акции в этих российских нефтяных компаниях, а фокус внимания сдвигается от конкуренции между иностранными просителями к исходу судебной тяжбы.

Для того чтобы понять споры вокруг развития законодательства по СРП, нужно четко представлять, как данный режим воспринимается в обществе и какова его сущность. В январе 2003 г. президент «Объединенных машиностроительных заводов» выступил на слушаниях в Государственной Думе, посвященных данной проблеме. Он уравнивал налоговый режим в России с норвежским и канадским. Если баррель нефти продается за 12,50 долл. США, то нефтяная компания платит налог в размере 27,3 %, если цена выше 22,50 долл. США, то налог составляет 40,4 %, а если цена выше 30 долл. США, то — 60 %. По его словам, налоговая нагрузка при СРП находится на уровне от 12,5 до 25 %, и он сравнил этот режим с позорно известным оффшорным райским режимом, который не несет инвестиций в национальную экономику.

На практике же, однако, иностранные инвесторы на Сахалине, участвующие в проектах СРП, с каждой добытой тонны нефти уплачивают роялти в размере 6–8 %. Они также уплачивают корпоративные налоги на прибыль на уровне 32–35 %. По сравнению с национальными компаниями, налог на прибыль для которых составляет 24 %. И что важно, инвесторы по СРП уплачивают налоги по конкретным проектам в местах, где они проводят работы. А российские нефтяные компании, работающие по обычному режиму налогообложения, уплачивают их по месту юридической регистрации и могут манипулировать уплатой налогов путем перевода налоговой нагрузки с одной структуры на другую и с помощью регистрации филиалов в квази-оффшорных зонах России или Казахстана.

Новой отправной точкой в политике является то, что ни какая-либо группа, ни внутренние производители нефти, ни потенциальные иностранные инвесторы не должны определять интересы государства. Это необходимо ввиду того, что интересы государства являются

объектом такой же борьбы частных и корпоративных интересов, которая проявляется между государственными и частными компаниями, добывающими нефть. Счетная палата в декабре 2003 г. объявила, что она проверит результаты продажи государственных активов, а также уплату налогов в таких крупных нефтяных компаниях, как «ЮКОС», «ЛУКОЙЛ» и «Сибнефть». После того как В.В. Путин предложил установить новый уровень налога на прибыль, основные проводники рыночных реформ — Министерство экономического развития и торговли и Министерство финансов — присоединились к кампании по борьбе с уклонением от уплаты налогов. В том числе с так называемыми схемами оптимизации налогообложения — легального инструмента уклонения от уплаты налогов.

Нетрудно понять, почему, несмотря на то, что иностранные компании в России владеют пакетами акций различных размеров в примерно 40 нефтяных компаниях, очень немногие из этих российских компаний осваивают свои месторождения на условиях СРП. Как показывает сделка о покупке компанией «Бритиш Петролеум» российской компании «ТНК», будущие инвестиции в нефтегазовую отрасль будут связаны с формированием стратегического партнерства и приобретения долей участия в российских компаниях. Такие шаги предпринимаются, несмотря на тот факт, что правовой и деловой климат

в стране характеризуется недостаточной прозрачностью и надежностью договорного права и охраной прав собственности, а также непредсказуемостью административных рисков.

Поэтому несомненную важность в обеспечении гарантий инвестиций имеют объем и существо поправок к корпоративному и налоговому законодательству наряду с развитием последовательной юридической практики. Однако еще более важным являются гарантии, предоставляемые государством, а не нормы законодательства. Для осуществления нефтегазовых проектов ключевой является возможность экспорта продукции. Экспорт является заложником непрозрачной системы регулирования доступа к транспортной инфраструктуре. Проекты по строительству трубопроводов подвержены административному и политическому рискам, поскольку структура таких проектов во многом зависит от политического консенсуса между частными нефтяными компаниями и государством. Пока еще единоличный контроль над системой трубопроводов страны дает Правительству значительное влияние на эту отрасль промышленности. Попытка одного человека подчинить интересы страны своим собственным привела к тому, что восприятие надежности инвестиций в Россию, будь то на условиях СРП или обычного лицензионного режима, будет в большой степени зависеть от исхода суда над ним.