

# Правовое регулирование инвестиционного сотрудничества при разработке участков недр федерального значения



**А.А. Бардин,**  
руководитель группы юридического сопровождения новых проектов компании «Шелл» в России, председатель Юридического комитета Нефтяного совещательного форума



**Е.С. Кувшинов,**  
аналитик по законодательству Нефтяного совещательного форума, кандидат юридических наук

Новые правила осуществления иностранных инвестиций в сфере недропользования, установленные в апреле 2008 г. поправками<sup>1</sup> к Закону Российской Федерации от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»<sup>2</sup>, а также новым Федеральным законом от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»<sup>3</sup>, фактически исключили иностранные компании из деятельности по освоению крупных российских месторождений в качестве самостоятельных игроков. Участие иностранных инвесторов в освоении участков недр федерального значения континентального шельфа в настоящее время возможно только в качестве младших партнеров компаний, контролируемых Российской Федерацией. Что касается остальных участков недр федерального значения, то разведка и добыча полезных ископаемых на таких участках недр с участием иностранных компаний возможны только на основании специального решения Правительства Российской Федерации. Представляется, что на практике такие решения также будут приниматься только в отношении совместных предприятий с участием российских и иностранных компаний.

В принципе такая практика распространена во многих нефтедобывающих государствах и является приемлемой для крупных международных нефтегазовых компаний, однако на сегодняшний день возникают определенные трудности при юридиче-

ском оформлении сотрудничества иностранных инвесторов с российскими партнерами по разработке недр Российской Федерации. Настоящая статья посвящена правовым моделям, которые могут использоваться для юридического оформления партнерских отношений, прежде всего при совместном освоении участков недр федерального значения. Впрочем, при разработке любых участков недр совместно с иностранными компаниями всегда существует «риск» совершить коммерческое открытие, которое приведет к изменению статуса участка недр — признанию его участком федерального значения со всеми вытекающими последствиями. Соответственно, при выборе правовой модели сотрудничества представляется целесообразным во всех случаях учитывать риски, связанные с возможностью присвоения участку недр статуса участка федерального значения.

При обсуждении совместных проектов российских и иностранных компаний часто используется слово «консорциум». Однако толкование этого термина неоднозначно и вызывает определенные проблемы.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 58-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1941.

<sup>2</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 16. Ст. 834 (действует с изм. и доп.).

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

## Что такое консорциум?

Термин «консорциум» неизвестен российскому гражданскому законодательству, однако, несмотря на это, он получил весьма широкое распространение как в правовой литературе, так и в различных официальных документах, включая правовые акты (правда, в основном ненормативного характера).

Трактовка этого термина в литературе более или менее однозначна. Приведем два примера: один из литературы по корпоративному праву, другой из специальной литературы по недропользованию.

Учебник «Корпоративное право» под редакцией И.С. Шиткиной относит консорциум к числу *объединений, образованных на основе договора простого товарищества* (курсив наш. — Авт.). Консорциум, соответственно, определяется исходя из традиционного понимания как способ организации совместной деятельности нескольких коммерческих организаций (в том числе банков, инвестиционных структур), добровольно объединившихся на долевых началах на определенный срок для выполнения определенного бизнес-проекта, осуществления крупных инвестиционных, научно-технических, экологических, социальных программ, требующих значительных материальных и организационных затрат<sup>4</sup>. В том же учебнике совершенно справедливо отмечается, что основной целью создания консорциумов является реализация крупномасштабных проектов, когда требуется объединение ресурсов нескольких коммерческих организаций<sup>5</sup>.

Другой пример. Широко известный учебник А.И. Перчика «Горное право» определяет консорциум как временное объединение нескольких субъектов предпринимательской деятельности для выполнения, как правило, крупномасштабных проектов, требующих объединения усилий раз-

нопрофильных организаций. Отмечается также, что консорциум соответствует по правовому статусу простому товариществу<sup>6</sup>. Таким образом, термин «консорциум», несмотря на его отсутствие в российском гражданском праве, интерпретируется аналогично устоявшемуся в международной практике пониманию. Между тем до недавнего времени ни в одной стране мира не было специального нормативного регулирования договора о консорциуме. Ввиду широкого распространения консорциальных отношений в деловой практике национальными и международными организациями разработан ряд рекомендаций и материалов в отношении заключения такого договора, не являющихся, однако, проформами и имеющих рекомендательный характер. К таким документам относятся, например, руководства по составлению контрактов, разработанные Европейской экономической комиссией ООН в 1973 и 1979 гг.<sup>7</sup>

Приведем интересный пример инкорпорации института консорциума в законодательство государства, правовая система которого имеет много об-

Новые правила осуществления иностранных инвестиций в сфере недропользования... фактически исключили иностранные компании из деятельности по освоению крупных российских месторождений в качестве самостоятельных игроков.

щих черт с российской. Статья 233 Гражданского кодекса Республики Казахстан<sup>8</sup> определяет кон-

сорциум как временный добровольный равноправный союз (объединение) на основе договора о совместной хозяйственной деятельности, в котором юридические лица объединяют те или иные ресурсы и координируют усилия для решения конкретных хозяйственных задач. Гражданское законодательство Казахстана рассматривает консорциальное соглашение как разновидность договора о совместной хозяйственной деятельности, в котором участвуют только юридические лица. Предложения об аналогичном выделении в российском гражданском праве договора о создании консорциума в качестве разновидности договора простого товарищества с участием только коммерческих организаций встречаются и в отечественной правовой литературе<sup>9</sup>.

Как мы уже отмечали, несмотря на отсутствие соответствующего института в российском гражданском праве, термин «консорциум» встречается в правовых актах Российской Федерации, а также в международных договорах, заключенных Россией с иностранными государствами. Одним из первых правовых актов, в котором употребляется этот термин применительно к сотрудничеству в области недропользования, является постановление Правительства Российской Федерации от 16 июня 1994 г. № 672 «О заключении

<sup>4</sup> Корпоративное право / Под ред. И.С. Шиткиной. М., 2008. С. 149.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Перчик А.И. Горное право. М., 2008. С. 274.

<sup>7</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1993. С. 360–361.

<sup>8</sup> Введен в действие постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1994. № 23–24 (прил.). Действует с изм. и доп.

<sup>9</sup> См.: Корпоративное право / Под ред. И.С. Шиткиной. С. 150.

Соглашения между Российской Федерацией и компанией «Сахалин энерджи инвестмент компани, лтд.», учрежденной консорциумом «ММММШ», о разработке Пильтун-Астохского и Лунского месторождений нефти и газа на условиях раздела продукции»<sup>10</sup>. Уже из самого названия этого постановления видно, что практика явно разошлась с теорией. Под термином «консорциум» здесь понимается вовсе не договор простого товарищества, а договор о создании юридического лица, определяющий порядок осуществления учредителями совместной деятельности по учреждению нового юридического лица.

Упоминание термина «консорциум» в классическом его значении появится только в следующем, 1995 г. в постановлении Правительства Российской Федерации от 10 июля 1995 г. № 684 «О заключении Соглашения между Российской Федерацией и консорциумом в составе государственного предприятия «Роснефть», акционерного общества открытого типа «Сахалинморнефтегаз», корпорации «Эксон нефтегаз лимитед» и корпорации «Сахалин ойл девелопмент корпорейшен компани, лтд.» о разработке Чайвинского, Аркутун-Дагинского и Одоптинского месторождений нефти и газа на условиях раздела продукции»<sup>11</sup>. Причем этот консорциум до сих пор остается единственным примером классического консорциума в российской нефтегазовой отрасли.

Однако термин «консорциум» употреблялся в этом постановлении вовсе не в последний раз. В 1997 г. появляется постановление Правительства Российской Федерации от 25 апреля 1997 г. № 486 «Вопросы Каспийского Трубопроводного Консорциума»<sup>12</sup>. В пункте 1 указанного постановления мы читаем: «Одобрить Договор от 6 декабря 1996 г. «О создании закрытого акционерного общества «Каспийский трубопроводный консорциум — Р» и закрытого акционерного общества «Каспийский трубопроводный консорциум — К», Договор «О реорганизации Каспийского Трубопроводного Консорциума» и Договор акционеров». Что же это получается: консорциум в форме юридического лица?

Этот пример не единственный. 18 августа 2004 г. в г. Сочи подписано Соглашение между Правительством Российской Федерации и Кабинетом Министров Украины «О мерах по обеспечению стратегического сотрудничества в газовой отрасли»<sup>13</sup>. Соглашение предусматривает создание между-

народного консорциума по управлению газотранспортной системой Украины и реализацию проекта строительства и дальнейшей эксплуатации газопровода Богородчаны — Ужгород. В статье 2 указанного соглашения читаем: «Реализация строительства и последующая эксплуатация Газопровода осуществляется субъектом хозяйствования Украины — обществом с ограниченной ответственностью «Международный консорциум по управлению и развитию газотранспортной системы Украины» (далее — Консорциум), которое создано ОАО «Газпром», Российская Федерация, и НАК «Нафтогаз Украины», Украина». В статьях 3 и 4 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о сотрудничестве в сфере энергетики (Каракас, 26 ноября 2008 г.)<sup>14</sup> упоминается российское общество с ограниченной ответственностью «Национальный нефтяной консорциум».

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что в правовых актах Российской Федерации под термином «консорциум» далеко не всегда понимается существующая в международной практике, а также в законодательстве отдельных иностранных государств форма совместного осуществления предпринимательской деятельности несколькими субъектами без образования нового юридического лица. (В российском законодательстве, как мы выяснили, аналогом этой формы является простое товарищество.) Все более широкое распространение получает другое (широкое) понимание этого термина — сотрудничество между российскими и иностранными компаниями при осуществлении совместных проектов, юридическое оформление которого может осуществляться с использованием различных моделей, зачастую предполагающих создание одного или нескольких новых юридических лиц. В этом случае слово «консорциум» употребляется в качестве синонима другого широко распространенного термина — «совместное предприятие», причем этот термин, так же как и «консорциум», не используется в российском законодательстве в качестве формы осуществления предпринимательской деятельности в гражданско-правовом смысле.

<sup>10</sup> СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 891.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2821.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 1997. № 18. Ст. 2151 (действует с изм. и доп.).

<sup>13</sup> Бюллетень международных договоров. 2007. № 7.

<sup>14</sup> Бюллетень международных договоров. 2009. № 11.

## Компания специального назначения

Необходимо отметить, что использование формы простого товарищества для юридического оформления сотрудничества российских и иностранных компаний в нефтегазовой сфере невозможно, поскольку в соответствии с действующей редакцией Закона Российской Федерации «О недрах» простое товарищество не может являться пользователем недр на участках недр федерального значения. Между тем крупные совместные проекты целесообразно реализовывать именно на таких участках. Впрочем, есть вполне адекватная замена консорциуму — простому товариществу, инструмент тоже заимствованный из мировой практики, однако не требующий никаких изменений в гражданском законодательстве России. Мы говорим о компании специального назначения<sup>15</sup>, или проектной компании. Под этим термином понимается новое юридическое лицо (одно или несколько), специально созданное на определенный срок для реализации конкретного проекта. Это юридическое лицо создается, как правило, на достаточно долгий срок, однако по завершении проекта может быть ликвидировано.

Полагаем, что этот инструмент может с успехом заменить консорциум — простое товарищество, тем более что, как мы уже убедились, компания специального назначения также вполне может называться консорциумом.

Итак, сравним консорциум — простое товарищество и компанию специального назначения. В качестве отправной точки мы взяли характеристику консорциума из упомянутого выше учебника «Корпоративное право» под редакцией И.С. Шиткиной<sup>16</sup> (см. табл. 1).

Как мы видим, различия затрагивают лишь формальную сторону правового оформления сотрудничества. Экономические цели, ради которых обычно и создается консорциум, легко могут быть достигнуты посредством использования такой формы, как компания специального назначения. Правда, следует оговориться, что без изменения действующего законодательства о недрах использовать этот инструмент можно при разра-

ботке недр Российской Федерации, за исключением континентального шельфа. В настоящее время реализация совместных проектов на континентальном шельфе с использованием формы компании специального назначения (впрочем, как и простого товарищества) невозможна в силу обязательности наличия у недропользователя не менее чем пятилетнего опыта освоения участков недр континентального шельфа Российской Федерации: как известно, вновь созданное юридическое лицо по определению не может иметь такого опыта, соответственно, реализация проекта через компанию специального назначения (проектную компанию) не представляется возможной. Этот вопрос неоднократно ставился как российскими, так и зарубежными компаниями.

## Что нужно иностранному инвестору?

Система ведения бизнеса международными нефтегазовыми компаниями предполагает их участие

в разработке месторождений как в качестве инвесторов, так и в качестве

операторов проектов. При этом обязательными условиями являются наличие прав на долю в лицензии на разработку соответствующего участка недр и отсутствие у российского партнера юридической возможности исключить иностранного участника из проекта в одностороннем порядке, что должно подтверждаться как действующим законодательством Российской Федерации, так и международной практикой.

Единственным вариантом, отвечающим указанным требованиям и полностью соответствующим действующему законодательству Российской Федерации, является владение долей (пусть и миноритарной) в компании — владельце лицензии на разработку соответствующего участка недр. Предпочтительный размер такой доли — 50 % минус одна акция. Минимальным размером доли является 25 % плюс одна акция. Это связано с тем, что такая доля участия позволит компаниям рассматривать данные инвестиции как значительные и отражать запасы разрабатываемых месторождений на своем балансе.

Как известно, размер балансовых запасов является одним из важнейших критериев оценки работы нефтегазовой компании и оказывает огромное влияние на все показатели, публикуемые компаниями в своей отчетности. Кроме того,

Экономические цели, ради которых обычно создается консорциум, легко могут быть достигнуты посредством использования такой формы, как компания специального назначения.

<sup>15</sup> В англоязычной правовой терминологии — special purpose vehicle (SPV).

<sup>16</sup> См.: Корпоративное право / Под ред. И.С. Шиткиной. С. 150.

Таблица 1

**Основные черты консорциума – простого товарищества и компании специального назначения**

| <b>Консорциум – простое товарищество<br/>(по книге «Корпоративное право» под редакцией И.С. Шиткиной)</b>                     | <b>Компания специального назначения</b>  |
|---|--|
| Согласованность цели участников в реализации инвестиционного проекта  | Аналогично   |
| Временный характер создания, определяемый сроком договора или достижением поставленной цели – реализацией конкретного проекта | Аналогично   |
| Договорный характер взаимоотношений между участниками и между консорциумом и заказчиком, а также третьими лицами              | Договорный характер взаимоотношений возможен при использовании нового института гражданского права Российской Федерации – договора об осуществлении прав участников (акционеров) |
| Отсутствие статуса юридического лица  | Наличие статуса юридического лица  |
| Сохранение участниками, являющимися субъектами предпринимательской деятельности, юридической самостоятельности                | Участие учредителей нового юридического лица в управлении им на основе норм корпоративного права   |

доля участия 25 % плюс одна акция — это тот порог, который гарантирует участие представителя миноритарного партнера в совете директоров совместной компании, что необходимо для получения инвестором полной информации о ходе реализации проекта и предоставляет инвестору минимальные блокирующие права по ключевым вопросам функционирования компании. Несмотря на преобладающее влияние мажоритарного российского партнера, иностранный миноритарный партнер в соответствии с российским законодательством<sup>17</sup> сможет заблокировать решения, принимаемые общим собранием акционеров компании специального назначения по таким вопросам, как внесение изменений и дополнений в устав или утверждение устава в новой редакции, реорганизация и ликвидация юридического лица, увеличение (уменьшение) уставного капитала и т.д.

Можно выделить следующие **модели юридического оформления сотрудничества между российскими и иностранными компаниями**, которые могут использоваться на практике.

**Модель 1**

Данная модель полностью соответствует действующему законодательству Российской Федерации и, как представляется, является эффективной формой взаимовыгодного сотрудничества российских и иностранных партнеров.

Для реализации проекта предлагается создать следующую холдинговую структуру. Российский

и иностранный партнеры создают два новых юридических лица — компании № 1 и № 2 (см. схему 1).

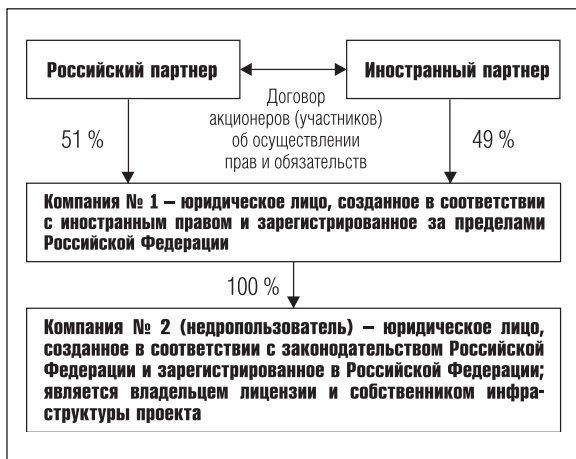
Компания № 1 является юридическим лицом, созданным в соответствии с иностранным правом и зарегистрированным за пределами Российской Федерации. Партнеры могут согласовать выбор наиболее подходящей юрисдикции. Предполагается, что российский партнер становится мажоритарным акционером нового юридического лица, зарегистрированного за рубежом,

а иностранный партнер — миноритарным акционером такой компании с предпочтительной долей участия 50 % минус одна акция (минимальная доля — 25 % плюс одна акция).

Компания № 2 является юридическим лицом, созданным в соответствии с законодательством Российской Федерации и зарегистрированным в Российской Федерации. Единственным учредителем (акционером, собственником) этой компании является Компания № 1. Компания № 2 является недропользователем — владельцем лицензии на пользование недрами, выданной Роснедрами, а также собственником инфраструктуры, создаваемой для реализации проекта.

Представляется, что подобная структура является эффективной как с точки зрения привлечения средств для реализации проекта (этим будет заниматься Компания № 1), так и с точки зрения

<sup>17</sup> Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ "Об акционерных обществах" (ст. 29, 39, 48, 49) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1 (действует с изм. и доп.).

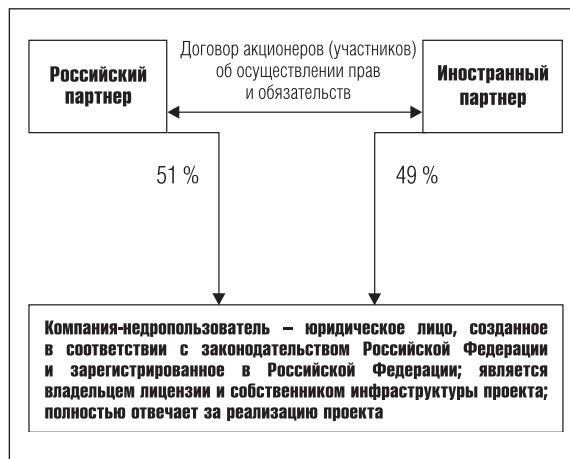


**Схема 1**

собственно реализации проекта в Российской Федерации (этим будет заниматься Компания № 2).

Гибкость норм корпоративного права, существующая в ряде юрисдикций, позволит структурировать отношения партнеров в полном соответствии с потребностями конкретного проекта (например, можно использовать разные классы акций, непропорциональное распределение дивидендов и т.д.). Являясь иностранным юридическим лицом, Компания № 1 сможет рассчитывать на значительно более выгодные условия по привлечению заемных средств на международных рынках капиталов, а Компания № 2 будет являться недропользователем, полностью отвечающим за реализацию проекта.

В качестве примера сотрудничества, реализуемого по этой схеме, можно привести созданное в 2005 г. на базе ООО «Нарьянмарнефтегаз» совместное предприятие, в котором доля российской компании ОАО «ЛУКОЙЛ» составляет 70 %, а доля американской нефтегазовой компанией «Коноко-Филлипс» (ConocoPhillips) — 30 %. ООО «Нарьянмарнефтегаз» владеет несколькими лицензиями на право пользования недрами с целевым назначением — геологическое изучение, разведка и добыча углеводородного сырья с месторождений на территории Ненецкого автономного округа<sup>18</sup>. Реализация проекта была начата до 2008 г., когда тридцатипроцентное участие иностранной компании было возможно без согласования с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации.



**Схема 2**

## Модель 2

Если по каким-либо причинам Модель 1 неприемлема, можно использовать более простую модель, предполагающую создание одной компании — юридического лица, созданного в соответствии с российским законодательством и зарегистрированного в Российской Федерации (см. схему 2). Российский партнер становится мажоритарным акционером нового юридического лица, зарегистрированного в Российской Федерации, а иностранный партнер — миноритарным акционером такой компании с предпочтительной долей участия — 50 % минус одна акция (минимальная доля — 25 % плюс одна акция). Компания является владельцем лицензии, собственником инфраструктуры и, соответственно, принимает на себя всю ответственность за финансирование и реализацию проекта.

При использовании этой модели отношения партнеров будут регулироваться в основном российским правом. Несмотря на развитие гражданского права Российской Федерации и появление в нем новых, современных, прогрессивных институтов, таких как договор об осуществлении прав участников (акционеров), нельзя не отметить тот факт, что невозможность выбора наиболее удобной юрисдикции сужает возможности партнеров при структурировании своих отношений, возникающих в связи с реализацией проекта.

В качестве примера проекта, реализуемого по этой схеме, можно привести разработку Западно-Малобалыкского месторождения, расположенного в Ханты-Мансийском автономном округе. Лицензией на разработку этого месторождения владеет ООО «Западно-Малобалыкское». Этой компанией владеют на паритетных началах (50 на 50 %) рос-

<sup>18</sup> Использована информация из открытых источников. См.: <http://www.conocophillips.ru/RU/project-russia/naryanmarneftegas/Pages/index.aspx>; <http://www.nmng.ru/About.aspx?Lang=ru>.

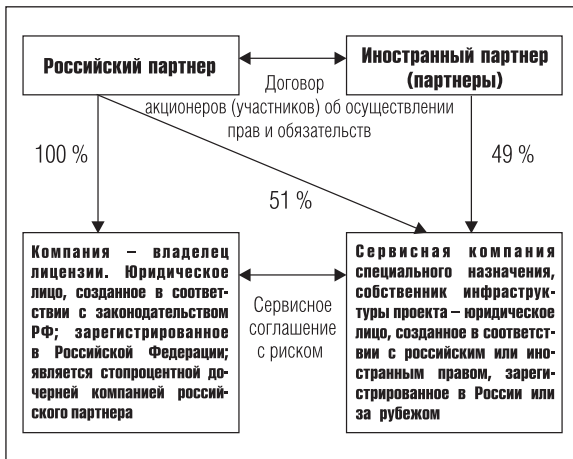


Схема 3

сиейская компания ОАО НК «РуссНефть» и венгерская нефтяная и газовая компания МОЛ (MOL)<sup>19</sup>. Реализация проекта была начата до 2008 г., когда еще была возможна реализация схемы «50 на 50%» без согласования с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации.

### Модель 3

Можно также отметить возможность заключения соглашения о разделе продукции между Российской Федерацией и консорциумом в составе российской компании (основного партнера) и иностранной компании (миноритарного партнера). В таком консорциуме могут участвовать несколько российских и иностранных компаний. В принципе все необходимое законодательство для использования этой, по нашему мнению, хорошо зарекомендовавшей себя модели имеется, однако серьезным препятствием является чрезвычайно сложный механизм получения права на использование этой модели сотрудничества. Общеизвестно, что в соответствии с этой моделью в Российской Федерации реализуются три проекта: «Сахалин-1», «Сахалин-2» и разработка Харьягинского нефтяного месторождения).

### Модель 4

Эта модель сотрудничества между российскими и иностранными компаниями при разработке недр Российской Федерации юридически является наиболее сложной, ее можно условно называть сервисной моделью сотрудничества. В этом случае предполагается использование

сервисного соглашения — договора особого типа, который является частью системы договоров, заключаемых партнерами при реализации проекта. Графически такая модель представлена на схеме 3. Для реализации проекта партнеры (российская компания и одна или несколько иностранных компаний) создают компанию специального назначения особого типа. Мы предлагаем использовать для характеристики такой компании термин «проектно-сервисная компания» (далее — ПСК). ПСК не является владельцем лицензии на пользование недрами, но является собственником инфраструктуры проекта и фактически осуществляет всю работу по реализации проекта на основании договора с компанией — владельцем лицензии, которая является стопроцентной дочерью российского партнера. По содержанию такой договор очень похож на известное праву ряда иностранных государств сервисное соглашение с риском. Разница заключается в том, что в качестве сторон такого договора выступают не государство и подрядчик-инвестор, а компания — владелец лицензии и ПСК, созданная участниками проекта и входящая в одну группу лиц с компанией — владельцем лицензии и российским партнером.

В рамках такой модели участники проекта могут заключить следующие договоры:

- 1) генеральное рамочное соглашение между российским партнером и иностранным партнером (иностранными партнерами) о реализации проекта в целом;
- 2) соглашение акционеров о создании ПСК специального назначения;
- 3) сервисное соглашение с риском между ПСК и российской компанией — владельцем лицензии, являющейся стопроцентной дочерней компанией российского партнера.

В качестве примера сотрудничества, реализуемого по этой схеме, можно привести первую фазу освоения Штокмановского газоконденсатного месторождения. В проекте участвуют российская компания ОАО «Газпром», французская компания Total и норвежская Statoil<sup>20</sup>.

Использование этой модели сотрудничества российских и иностранных партнеров при реализации проектов по разработке недр достаточно широко

<sup>19</sup> Использована информация из открытых источников. См.: [http://www.russneft.ru/structure/info\\_7298.stm](http://www.russneft.ru/structure/info_7298.stm); <http://www.russneft.ru/pressreleases/files/file0123.doc>; [http://www.mol.hu/en/business\\_centre/exploration\\_and\\_production/worldwide\\_activities/russia/](http://www.mol.hu/en/business_centre/exploration_and_production/worldwide_activities/russia/).

<sup>20</sup> Использована информация из открытых источников. См.: <http://www.gazprom.ru/production/projects/deposits/shp/>.

обсуждается в последнее время, однако применение ее на практике связано с определенными трудностями. Дело в том, что сервисное соглашение российскому гражданскому праву неизвестно. Мы предприняли попытку разобраться в правовой природе договоров подобного типа.

## Что такое сервисное соглашение?

Термин «сервисное соглашение» нуждается в определенном прояснении. Российскому гражданскому законодательству подобный тип договора неизвестен. Вместе с тем статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)<sup>21</sup> предусматривает, что стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Можно заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Сразу отметим, что использование в правоприменительной практике договоров, не предусмотренных законом, и (или) смешанных договоров предполагает наличие определенных рисков, особенно при разрешении споров: чрезвычайно возрастает роль судебного усмотрения и падает предсказуемость выводов суда или арбитража. При решении проблемы правовой природы отношений возможен дифференцированный подход,

Использование в правоприменительной практике договоров, не предусмотренных законом, и (или) смешанных договоров предполагает наличие определенных рисков, особенно при разрешении споров...

при котором суд квалифицирует не весь договор в целом, а отдельные предусмотренные в нем обязательства. В результате к одному и тому же договору могут применяться различные системы норм, относящиеся, например, к договору подряда, к договору найма, к договору купли-продажи и т.д., в зависимости от того, о каком обязательстве идет речь<sup>22</sup>.

В отечественной правовой литературе по недропользованию указанный термин встречается, причем подчеркивается его использование в двух значениях — применительно к договорам двух различных типов.

1. Под **контрактом на предоставление услуг, или сервисным соглашением**, понимается дого-

вор между государством и компанией (инвестором), в соответствии с которым компания на условиях рис-

ка осуществляет работы по поиску и разведке, а в случае открытия коммерческого месторождения финансирует его обустройство. После этого государственная нефтяная компания берет месторождение под свой контроль. Затраты сервисной компании возмещаются за счет добытой продукции, при этом она имеет право на приобретение и реализацию определенного объема добытой продукции<sup>23</sup>. Так как в Российской Федерации такой договор никогда не применялся, для него не существует правовой базы. В качестве примеров стран, использующих данный договор на практике, в литературе приводятся такие страны, как Аргентина, Бразилия, Чили, Эквадор, Перу, Венесуэла и Филиппины<sup>24</sup>.

В зарубежной литературе отмечается чрезвычайное сходство соглашений подобного типа с соглашениями о разделе продукции. При использовании сервисных соглашений не используются термины «раздел продукции» и «прибыльная нефть», поскольку контрактор (инвестор) не получает долю в произведенной продукции, однако практически он часто добивается получения доли в доходе таким же образом, как и при использовании СРП<sup>25</sup>. Принципиальное отличие между соглашениями этих двух типов состоит только в форме оплаты<sup>26</sup>.

Сервисные соглашения (контракты) делятся на два основных типа: **контракты с риском и контракты без риска** в зависимости от того, берет ли на себя государство все или часть расходов по разведке (или в зависимости от того, связано ли вознаграждение с прибылью)<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> СЗ РФ. 1994. № 32. Ч. I. Ст. 3301 (действует с изм. и доп.).

<sup>22</sup> Елисеев Н.Г. Договор подряда // Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. М.: Международные отношения, 2008. С. 121.

<sup>23</sup> Перчик А.И. Указ. соч. С. 204–205.

<sup>24</sup> Johnston Daniel. International Petroleum Fiscal System and Production Sharing Contracts. Penn Well Publishing Company Tulsa, 1994. P. 87.

<sup>25</sup> Johnston Daniel. Op. cit. P. 88.

<sup>26</sup> Ibid. См. также: Басин Ю., Сулейменов М., Осипов Е., Ченцова О. Контракты на недропользование: проблемы юридической квалификации и систематизации // Международный деловой журнал "KAZAKHSTAN". 2004. № 1. Использован текст, размещенный на сайте: <http://www.investkz.com/journals/38/238.html>.

<sup>27</sup> Басин Ю., Сулейменов М., Осипов Е., Ченцова О. Указ. соч. Цит. по публикации на сайте: <http://www.investkz.com/journals/38/238.html>.



2. Под **сервисным договором** понимается обычный подрядный договор (или договор возмездного оказания услуг), используемый при выполнении различных операций в процессе пользования недрами. Отличительная особенность некоторых таких соглашений состоит в том, что они могут заключаться на условиях риска<sup>28</sup>. В качестве примеров приводятся соглашения на производство работ по интенсификации притока нефти, капитальному ремонту скважин и т.д. В этом случае сервисное соглашение предусматривает определенную зависимость вознаграждения от объема дополнительно добытой продукции<sup>29</sup>.

Представляется, что сервисное соглашение, используемое в качестве составной части особой модели сотрудничества российских и иностранных партнеров при реализации проектов по разработке недр (Модели 4), не подпадает ни под первый, ни под второй тип, а является самостоятельным типом договора, раскрывающим значение термина «сервисное соглашение». Анализ сервисного соглашения этого (третьего) типа в доступной нам литературе отсутствует, между тем по меньшей мере один такой договор существует на практике. Приведенная ниже цитата взята нами с официального сайта ОАО «Газпром».

*«21 февраля 2008 г. ОАО «Газпром», Total и StatoilHydro (ныне Statoil) подписали Соглашение акционеров о создании Компании специального назначения Shtokman Development AG. В капитале компании ОАО «Газпром» принадлежит 51 %, Total — 25 %, Statoil — 24 %.*

*Компания будет являться собственником инфраструктуры первой фазы Штокмановского газоконденсатного месторождения на протяжении 25 лет с момента ввода месторождения в эксплуатацию.*

*Взаимоотношения Компании специального назначения и ООО «Газпром нефть шельф» будут строиться на основании **контракта** [выделение наше. — Авт.], в соответствии с которым Shtokman Development AG будет нести все финансовые, геологические и технические риски при добыче газа и конденсата и производстве СПГ.*

*100 % акций ООО «Газпром нефть шельф» и все права на маркетинг продукции ОАО «Газпром» сохраняет за собой»<sup>30</sup>.*

Мы предприняли попытку проанализировать правовую природу указанного контракта с точки зрения законодательства Российской Федерации. В целях классификации применительно к этому договору используется термин «сервисное со-

глашение». Применение термина «сервисное соглашение» обусловлено наличием некоторых общих черт с соглашениями, к которым уже применяется указанное название, при наличии не менее очевидных различий. Другие исследователи могут предложить иной термин. Оговоримся, что наш анализ носит сугубо теоретический характер. Мы опираемся на конкретный проект лишь в качестве примера, поскольку предполагаем возможность использования этой схемы при реализации других проектов по добыче полезных ископаемых с участием иностранных инвесторов.

## Сервисное соглашение в гражданском праве Российской Федерации

В гражданском праве Российской Федерации договор такого типа отсутствует, следовательно, **сервисное соглашение** является смешанным договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными нормативными правовыми актами. В соответствии со статьей 421 ГК РФ к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Попытаемся проанализировать, элементы каких именно договоров, известных российскому гражданскому праву, содержатся в сервисном соглашении. Для этого мы будем вынуждены сделать определенные допущения, попытаемся гипотетически смоделировать содержание договора.

Представляется, что существенными являются следующие условия такого договора.

- **Предмет договора.** Предметом сервисного соглашения является проведение ПСК за свой счет комплекса работ на определенном участке недр по геологическому изучению, разведке и добыче полезных ископаемых.
- **Порядок финансирования проекта и вознаграждение ПСК.** ПСК полностью отвечает за финансирование проекта, в том числе за привлечение заемных средств. Цена договора включает компенсацию издержек ПСК

<sup>28</sup> Перчик А.И. Указ. соч. С. 205.

<sup>29</sup> Там же.

<sup>30</sup> Использована информация из открытых источников. См.: <http://www.gazprom.ru/production/projects/deposits/shp/>.

и причитающееся ей вознаграждение. Вознаграждение и компенсация издержек могут осуществляться как в денежной, так и в натуральной форме (например, нефтью или газом), возможно сочетание денежной и натуральной форм оплаты в различных пропорциях. Оплата услуг ПСК, как правило, производится из средств, полученных в ходе реализации проекта.

- **Порядок раздела прибыли.**
- **Риск.** ПСК несет все финансовые, геологические и технические риски.
- **Срок реализации проекта.** Это условие является факультативным, поскольку возможны два варианта:
  - 1) *сервисное соглашение, заключенное с целью реализации одной стадии (фазы) проекта.* ПСК осуществляет реализацию определенной фазы проекта, допустим, первой фазы, срок которой определяется в договоре и является его существенным условием (например, 25 лет с момента ввода месторождения в эксплуатацию). В этом случае ПСК создает инфраструктуру проекта. Впрочем, это может быть и вторая (третья и т.д.) фаза;
  - 2) *сервисное соглашение, заключенное на весь срок реализации проекта.* ПСК осуществляет реализацию проекта целиком вплоть до стадии ликвидации или консервации предприятия по добыче полезных ископаемых. В этом случае срок реализации проекта не будет являться существенным условием договора.

Наиболее близким к сервисному соглашению договором, предусмотренным российским правом, является договор подряда. Соответственно, начнем наш анализ именно с него. Представляется, что сервисное соглашение не может в полном объеме регулироваться нормами ГК РФ, посвященными договору подряда, по приведенным ниже основаниям.

Как и в подавляющем большинстве возмездных гражданско-правовых договоров, единственным существенным условием договора подряда является предмет договора<sup>31</sup>. В случае же сервисного соглашения это далеко не так. Представляется, что договор не будет считаться заключенным

не только при недостижении сторонами соглашения о его предмете, но также и при недостижении соглашения по ряду других перечисленных выше условий. Именно дополнительные существенные условия определяют отличия сервисного соглашения от договора подряда. Рассмотрим более подробно существенные условия сервисного соглашения и проанализируем их отличия от подряда.

Из анализа статьи 702 ГК РФ<sup>32</sup> следует, что предметом договора подряда является как сама работа, так и ее о вещественный результат<sup>33</sup>, причем подрядчик обязуется сдать этот результат заказчику. В случае если ПСК осуществляет реализацию проекта целиком, предметом сервисного соглашения будет являться только работа. Если проект завершается ликвидацией предприятия по добыче полезных ископаемых, идеальным результатом будет ровно такой же вид поверхности суши или акватории, как до начала реализации проекта. В случае если ПСК осуществляет только одну стадию проекта, о вещественным результатом будет подлежащая передаче заказчику инфраструктура, однако в любом случае это имущество будет только частью результата работ по проекту.

Цена не является существенным условием договора подряда. В соответствии со статьей 709 ГК РФ при отсутствии в договоре указания цены исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Данное положение неприменимо к крупным и сложным проектам по добыче полезных ископаемых, т.к. каждый из них уникален.

Совершенно неприменима к сервисному соглашению императивная норма, содержащаяся в пункте 1 статьи 711 ГК РФ, в соответствии с которой заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок либо с согласия заказчика досрочно. В случае сервисного соглашения с риском заказчик не только не обязан уплатить подрядчику обусловленную цену, но и, наоборот, получает от ПСК причитающуюся ему часть прибыли. Вознаграждение ПСК должна заработать себе сама, а в случае возникновения объективных, не зависящих ни от заказчика, ни от ПСК проблем с реализацией проекта, вообще может его не получить.

В случае сервисного соглашения порядок финансирования и раздела прибыли мы считаем существенными условиями договора, поскольку без достижения договоренности по этим условиям реализация проекта невозможна. В отличие

<sup>31</sup> Шерстобитов А.Е. Договор подряда // Гражданское право. Т. II. Полутом 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: БЕК, 2000. С. 504—505.

<sup>32</sup> СЗ РФ. 1996. № 5. Ч. II. Ст. 410 (действует с изм. и доп.).

<sup>33</sup> Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 505.

от договора подряда финансирование проекта в данном случае вовсе не лежит на заказчике, напротив, скорее всего компания — владелец лицензии непосредственно его осуществлять не будет, а часть финансовых средств, возможно, будет выделена российским партнером — материнской компанией заказчика.

Принятие ПСК на себя различных рисков является ключевым существенным условием сервисного соглашения с риском, отличающим его от аналогичного соглашения без риска<sup>34</sup>, недаром слово «риск»

присутствует уже в его названии. Проекты по разработке полезных ископаемых по определению

рискованные: присутствуют и геологические, и финансовые, и технологические, и сбытовые, и даже политические риски. Одной из основных целей заключения такого соглашения является именно раздел рисков между партнерами.

Срок будет являться существенным условием только для сервисного соглашения, заключенного на определенный срок (фазу проекта).

Другим близким к сервисному соглашению договором, предусмотренным российским правом, является **договор возмездного оказания услуг**. Соответственно, перейдем к анализу этого договора. Для начала остановимся на отличии этого договора от подряда. В соответствии со статьей 783 ГК РФ общие положения о подряде применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит специальным нормам о данном договоре, содержащимся в главе 39 ГК РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг. Действующее российское законодательство различает ове­ществленные услуги, являющиеся объектом обязательств подрядного типа, и нематериальные услуги, выступающие объектом обязательств об оказании услуг<sup>35</sup>. Особенностью сервисного соглашения, как представляется, является то, что здесь как раз очень сложно провести различие между ове­ществленными и нематериальными услугами, поскольку ове­ществленный результат возникает в процессе реализации проекта и ликвидируется по его завершении.

Как и в случае с договором подряда, единственным существенным условием договора возмездного оказания услуг является его предмет<sup>36</sup>. В отличие от подряда предметом этого договора являются только действия (деятельность),

не обязательно предполагающие достижение ове­ществленного результата. В литературе отмечается, что нематериальная услуга неотделима от личности услугодателя, так как потребляется услугополучателем в процессе ее оказания, то есть самой деятельности услугодателя. В отличие от этого в подрядных отношениях сам смысл обязательства состоит в том, чтобы передать полученный вещественный результат заказчику<sup>37</sup>. Применение указанных, несомненно справедливых в общем случае, выводов к сервисному соглашению приводит к определенно-

му парадоксу: два однотипных договора, заключенных на разные сроки, могут рассматриваться как разные договоры — **сер-**

**висное соглашение, заключенное с целью реализации одной фазы проекта**, предполагающее передачу заказчику инфраструктуры, оказывается договором подряда, а **сервисное соглашение, заключенное на весь срок реализации проекта**, который заканчивается ликвидацией инфраструктуры, оказывается договором возмездного оказания услуг. В связи с этим представляется справедливым вывод о самостоятельной правовой природе сервисного соглашения, которое не сводится ни к тому ни к другому договору, хотя и содержит некоторые элементы, характерные и для того и для другого договора.

Так же как и в случае с договором подряда, действующее правовое регулирование и доктринальное понимание договора возмездного оказания услуг содержат нормы и трактовки, вступающие в глубокое противоречие с правовой природой сервисного соглашения. Остановимся на них более подробно.

Как и в случае договора подряда, цена не является существенным условием этого договора. В соответствии со статьей 781 ГК РФ заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг. Ситуация, при которой исполнитель должен сам заработать свое вознаграждение, а в случае возникновения объективных,

<sup>34</sup> Сервисное соглашение без риска не является предметом нашего анализа. Отметим только, что такое соглашение имеет намного больше общих черт с договором подряда, чем соглашение с риском.

<sup>35</sup> Шерстобитов А.Е. Договор возмездного оказания услуг // Гражданское право. Т. II. Полутом 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: БЕК, 2000. С. 2.

<sup>36</sup> Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 5.

<sup>37</sup> Шерстобитов А.Е. Указ. соч. С. 3.

не зависящих ни от заказчика, ни от исполнителя проблем с реализацией проекта, вообще может его не получить, не предполагается даже на диспозитивном уровне регулирования. Более того, в отличие от подрядчика исполнитель оказывает услуги заказчику **не на свой риск**. В литературе это объясняется спецификой результата услуги, который носит нематериальный характер, и отмечается, что в связи с этим отсутствует необходимость специального регулирования вопроса о риске даже в отношении имущества, использованного для ее оказания<sup>38</sup>.

В части третьей статьи 781 ГК РФ имеется диспозитивная норма, в соответствии с которой в случае, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законом или договором возмездного оказания услуг. В сервисном соглашении риск, наоборот, лежит на исполнителе и является ключевым, по нашему мнению, существенным условием договора.

Главной опасностью применения к сервисному соглашению положений ГК РФ о договоре возмездного оказания услуг является специальная императивная норма, содержащаяся в статье 782 ГК РФ, в соответствии с которой заказчик **вправе отказаться от исполнения договора в любое время и в одностороннем порядке** при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. Для договора подряда аналогичная норма, содержащаяся в статье 717 ГК РФ, является диспозитивной. Поскольку, как мы выяснили, сервисное соглашение невозможно квалифицировать ни как договор возмездного оказания услуг, ни как договор подряда, возникает риск применения судом к сервисному соглашению именно императивной нормы статьи 782 ГК РФ, даже если само соглашение исключает ее применение. Возможность одностороннего отказа заказчика от исполнения сервисного соглашения с риском противоречит самой сути указанного договора: заключая данное соглашение, ПСК бе-

рет на себя риск, соответственно, в случае достижения результата она должна иметь безусловное право на прибыль, а не только на компенсацию своих затрат<sup>39</sup>.

В сервисном соглашении, в отличие от классических договоров о выполнении работ и (или) оказании услуг, имеется инвестиционная составляющая, что коренным образом отличает этот договор от договоров, известных ГК РФ. Наиболее близким из договоров, известных российскому праву, является соглашение о разделе продукции, однако вопрос о возможности применения норм законодательства об этом виде договора по аналогии к сервисному соглашению является чрезвычайно сложным, прежде всего из-за важнейших различий этих договоров по субъектному составу: одной из сторон соглашения о разделе продукции всегда является Российская Федерация, а перечни участков недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции, устанавливаются федеральными законами<sup>40</sup>.

## Применение иностранного права к сервисным соглашениям, заключенным в связи с реализацией проектов по разработке недр Российской Федерации

Наше исследование было бы неполным без определения позиции авторов по вопросу о возможности регулирования сервисных соглашений иностранным правом. Нам не раз приходилось слышать мнение, высказываемое некоторыми коллегами, о том, что большинство рассмотренных выше проблем может быть решено путем выбора в качестве права, применимого к сервисному соглашению, права иностранного государства, в котором имеются нормы, обеспечивающие инвестору надлежащую защиту.

Теоретически регулирование договора иностранным правом возможно в трех случаях: 1) в силу международного соглашения; 2) в силу коллизионной нормы, закрепленной во внутреннем законодательстве; 3) согласно принципу автономии воли (*lex voluntatis*). Третий принцип означает право лица подчинить правоотношения тому или иному избранному им правопорядку по своему выбору как для регулирования правоотношений, так и для разрешения конфликтов, из них вытекающих<sup>41</sup>.

В первом случае потребуется специальное международное соглашение по конкретному проекту. Представляется, что на практике это возможно

<sup>38</sup> Шершобитов А.Е. Указ. соч. С. 7–8.

<sup>39</sup> В наибольшей степени это актуально для проектов, которые начинаются со стадии геолого-разведки (в англоязычной терминологии – *green field projects*). Такие проекты являются наиболее рискованными, поскольку инвестор с самого начала берет на себя «геологический риск»: разработка месторождения, а соответственно, и прибыль будут возможны только в случае коммерческого открытия.

<sup>40</sup> См. ст. 2 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18 (действует с изм. и доп.).

<sup>41</sup> Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. С. 17.

только в случае разработки трансграничных месторождений. В любом случае такое соглашение будет являться достаточно редким исключением из общих правил.

Коллизионные нормы ГК РФ будут применяться, если ПСК зарегистрирована за рубежом, то есть правоотношения осложнены иностранным элементом, и если отсутствует соглашение сторон о выборе права. Как мы уже выяснили, сервисное соглашение является комплексным договором, содержащим элементы различных договоров. Соответственно, в силу части пятой статьи 1211 ГК

РФ к такому договору применяется, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан. Рискнем предположить, что, поскольку предметом сервисного соглашения является проведение комплекса работ на определенном участке недр Российской Федерации, страной, с которой этот договор наиболее тесно связан, по всей видимости, является Российская Федерация. Поскольку речь идет о пользовании участком недр, который является недвижимым имуществом, нам кажется возможным применение по аналогии принципа *lex loci rei sitae* (закон местонахождения имущества).

Ну и, наконец, третий случай — выбор сторонами права иностранного государства в качестве права, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по сервисному соглашению. Такая возможность сторонам договора представлена в соответствии со статьей 1210 ГК РФ. Впрочем, тут имеются определенные «подводные камни», которые вполне могут «всплыть на поверхность» в случае возникновения конфликтной ситуации между сторонами договора.

Первый такой «камень» можно увидеть в части пятой той же статьи 1210 ГК РФ, в соответствии с которой, если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан. Термин «императивные нормы» может трактоваться весьма широко, под это понятие подходят почти все публично-правовые нормы плюс императивные нормы гражданского права, включая, например, императивную норму, содержащуюся в статье 782

ГК РФ, в соответствии с которой заказчик вправе отказаться от исполнения договора при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. Причем это только один «камень», можно найти и другие.

Например, в соответствии со статьей 1192 ГК РФ правила раздела VI «Международное частное право» ГК РФ не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые

вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охра-

няемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

Также следует упомянуть оговорку о публичном порядке, содержащуюся в статье 1193 ГК РФ. В соответствии с указанной статьей норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с разделом VI ГК РФ, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права. Оговорка о публичном порядке является одной из сложнейших правовых категорий<sup>42</sup>. Не беремся предположить, применит ли ее российский суд при разрешении того или иного спора, заметим только, что ее применение нельзя исключить.

В Российской Федерации право недропользования возникает на основе норм публичного права: в соответствии со статьей 10<sup>1</sup> Закона Российской Федерации «О недрах» основанием возникновения права пользования участками недр всегда является решение уполномоченного государственного органа, оформленное публично-правовым документом — лицензией.

Вопрос о том, переходит ли это право на время полностью или частично на основании сервисного соглашения от владельца лицензии к ПСК, требует особого рассмотрения. Бесспорным представляется то, что ПСК осуществляет определенную деятельность, связанную с пользованием

Даже если сервисное соглашение содержит оговорку, предполагающую рассмотрение споров за рубежом, окончательное решение все равно останется за российским судом.

<sup>42</sup> Подробно см.: Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010.

недрами в границах горного отвода, предоставленного не ей, а владельцу лицензии на основании гражданско-правового договора с этим владельцем.

В соответствии со статьей 7 Закона Российской Федерации «О недрах» любая деятельность, связанная с использованием недр в границах горного отвода, может осуществляться только с согласия пользователя недр, которому он предоставлен. Представляется очевидным, что на основании гражданско-правового договора (сервисного соглашения) владелец лицензии предоставляет ПСК определенные права на деятельность в границах горного отвода, причем эти права являются производными от первоначального права недропользования, полученного на основании норм публичного права Российской Федерации.

Вопрос о том, противоречит или нет основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации подчинение иностранному праву прав и обязанностей сторон, связанных с предоставлением права, производного (прекращающегося в соответствии с законодательством Российской Федерации одновременно с основным правом, оформленным лицензией, например в случае отзыва лицензии) от основного права на пользование участком недр федерального значения, возникшего на основании решения Правительства Российской Федерации, сможет решить только суд.

Даже в случае, если сервисное соглашение содержит оговорку, предполагающую рассмотрение споров за рубежом, окончательное решение о возможности исполнения указанного решения на территории Российской Федерации все равно останется за российским судом. В соответствии со статьей 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации<sup>43</sup> арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью

или в части в случае, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации.

## Проблема постановки запасов на баланс («букирование»<sup>44</sup> запасов)

Как известно, размер балансовых запасов является одним из важнейших критериев оценки работы нефтегазовой компании и оказывает огромное влияние на все показатели, публикуемые компаниями в своей отчетности. Поэтому при вхождении в проект иностранный инвестор крайне заинтересован отразить на своем балансе определенную долю углеводородов, как правило, пропорционально доле своего участия в конкретном проекте.

Однако если постановка запасов на баланс («букирование») в случае прямого участия<sup>45</sup> иностранного инвестора в компании — держателе лицензии не вызывает сомнений, то в случае сервисного соглашения это может быть проблематичным.

В международной практике большое значение имеет правовое регулирование «букирования» в соответствии с правилами Международного стандарта финансовой отчетности (IAS) 28<sup>46</sup> и правилами Комиссии по ценным бумагам и биржам США (SEC)<sup>47</sup>. Это связано с тем, что многие крупные международные нефтяные компании публикуют свою отчетность, включая балансовые запасы углеводородов, в соответствии с этими правилами.

Указанные правила разрешают «букирование» в случае так называемого значительного влияния (significant influence) инвестора на проект. Существование значительного влияния инвестора в соответствии с пунктом 7 IAS 28 подтверждается одним или несколькими из следующих фактов:

- а) представительство в совете директоров или аналогичном органе управления объектом инвестиций;
- б) участие в процессе выработки политики, в том числе участие в принятии решений о выплате дивидендов или ином распределении прибыли;

<sup>43</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012 (действует с изм. и доп.).

<sup>44</sup> Значение этого термина в российской и международной практике несколько различается. Поскольку мы рассматриваем проблемы постановки запасов на баланс применительно к иностранным компаниям, во избежание путаницы мы используем кальку с английского термина «booking».

<sup>45</sup> Более 20 %.

<sup>46</sup> Русский перевод. См.: <http://allmsfo.ru/msfo-ias-28.html>.

<sup>47</sup> См.: <http://www.sec.gov>.

- в) наличие существенных операций между инвестором и объектом инвестиций;
- г) обмен руководящим персоналом;
- д) предоставление важной технической информации.

Однако не стоит забывать, что сама ПСК не владеет лицензией на недропользование и упомянутые выше критерии должны фактически применяться к взаимоотношениям между ПСК и компанией — держателем лицензии, причем критерии (а), (b) и (d), по сути, подразумевают корпоративное участие инвестора, которое налицо в ПСК, но отсутствует в компании — владельце лицензии.

Более того, спецификой газовых проектов в России является наличие абсолютной монополии ОАО «Газпром» на экспорт газа в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2006 г. № 117-ФЗ «Об экспорте газа»<sup>48</sup>, то есть ПСК если и может получать прибыль от экспорта части газа, то только посредством сложных договорных конструкций.

Интересным является экспертное мнение, высказанное в интервью газете «Коммерсантъ» председателем совета директоров одного из крупнейших аудиторов запасов в мире — компании Miller and Lents — Джеймсом Пирсоном, которому был задан вопрос о том, при каких условиях запасы могут быть поставлены на баланс на основании сервисного договора. По мнению господина Пирсона, Комиссия по ценным бумагам и биржам США (SEC) может разрешить партнеру по сервисному договору поставить на баланс долю запасов в случае, если услуги партнера будут оплачиваться «из доли в чистой прибыли в баррелях, необходимых для покрытия инвестиций»<sup>49</sup>.

Анализируя правоотношения, возникающие между сторонами такого договора, трудно не заметить их фактически корпоративный характер: налицо участие партнеров в совместном достижении общих целей<sup>50</sup>. Поэтому представляется, что возможность «букирования» резервов при использовании сервисного соглашения будет определяться регуляторами в каждом конкретном случае на основании положений конкретного сервисного соглашения.

## Заключение

Проведенный анализ, как представляется, приводит к однозначному выводу: для успешного использования сервисных соглашений с риском при взаимовыгодном сотрудничестве российских и иностранных компаний в сфере недропользования требуется специальное регулирование таких соглашений в ГК РФ в виде специальной главы или отдельного параграфа.

Квалификация сервисного соглашения с риском как смешанного договора таит в себе опасность применения к нему норм, противоречащих правовой природе данного договора. В отличие и от подряда, и от договора возмездного оказания услуг сервисное соглашение является одновременно и договором по производству работ и оказанию услуг, и **инвестиционным договором**.

Как выяснилось, действующее российское законодательство совершенно не учитывает инвестиционную составляющую, содержащуюся в сервисном соглашении. Иностранному участнику проекта не только оказывает услуги по проекту, но и вкладывает в него **свои** деньги, рас-

считывая извлечь из него прибыль. Механизмы защиты интересов инвестора, обычно используемые при реализа-

...действующее российское законодательство совершенно не учитывает инвестиционную составляющую, содержащуюся в сервисном соглашении. Иностранному участнику проекта не только оказывает услуги по проекту, но и вкладывает в него свои деньги, рассчитывая извлечь из него прибыль.

ции проектов в нефтегазовой сфере с использованием моделей 1–3, при использовании сервисной модели (Модели 4) не работают.

Соответственно, такие механизмы должны быть предусмотрены самим сервисным соглашением, которое должно гарантировать инвестору определенное влияние на принятие решений по проекту в целом, а также исключить возможность расторжения соглашения в одностороннем порядке, для чего необходимо включение сервисного соглашения в систему договоров, известных российскому гражданскому праву. □

<sup>48</sup> СЗ РФ. 2006. № 30. Ст. 3293.

<sup>49</sup> Коммерсантъ. 2007. 12 нояб.

<sup>50</sup> Белов В.А. Гражданско-правовая форма корпоративных отношений (к проблеме так называемых корпоративных правоотношений) // Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2009. С. 163.