

Соглашение о разделе продукции как одна из основных форм осуществления иностранных инвестиций в ТЭК

М. Н. Паутова

аспирантка кафедры гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: pautovamn@yandex.ru

The Agreement about Production Sharing as One of the Main Forms of Implementation of Foreign Investments in the Energy Sector

M. N. Pautova

Post-Graduate Student of the Department for Civil Legal Disciplines of the PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane, Moscow, 117997,
Russian Federation.
E-mail: pautovamn@yandex.ru

Аннотация

В статье раскрываются особенности соглашений о разделе продукции с целью объяснения инвестиционной привлекательности данного вида гражданско-правовых договоров для иностранных инвесторов топливно-энергетической сферы. Проводиться сравнительное исследование договорных форм используемых для регулирования отношений иностранного инвестора и принимающего государства в ТЭК. Автор обращает внимание на то, что особенности правового регулирования данного вида договоров позволяют учесть баланс интересов двух контрактантов (государства и иностранного инвестора), что объясняет популярность данной правовой формы для регулирования инвестиционных отношений в ТЭК. Основным преимуществом данного типа договоров является их привлекательность для иностранных инвесторов, обусловленная высокими гарантиями инвестиций и выгодностью условий инвестирования.

Ключевые слова: соглашение, договор, ТЭК, иностранный инвестор, государство, разделение продукции, налоговое право, инвестиционная привлекательность, сравнительный анализ, гражданское право/

Abstract

The article reveals the peculiarities of production sharing agreements in order to explain the investment attractiveness of this type of civil contracts for foreign investors to the energy sector. This article is a comparative study of contractual forms used for the regulation of the relations of the foreign investor and the host state in the energy sector. The author draws attention to the fact that the features of the legal regulation of production sharing agreements allow to take into account the balance of interests of both contractors (the state and the foreign investor). This explains the attractiveness of this legal form of the regulation of investment relations in the energy sector. The main advantage of this type of contracts is their attractiveness for foreign investors due to the high investment guarantees and favorable investment conditions.

Keywords: civil law, agreement, contract, fuel and energy, the foreign investor, the state, the separation of production, tax law, investment attractiveness, comparative analysis.

В большинстве государств использование соглашений о разделе продукции стало сегодня распространенным явлением, в частности, в сфере разведки и добычи природных ресурсов. По мнению представителей гражданского права, данная тенденция объясняется различными факторами. Отдельные ученые пишут о том, что использование таких соглашений характерно для государств, в которых право собственности на природные

ресурсы исключительно принадлежит публично-правовым субъектам и, как следствие, объясняется таким монопольным характером собственности на них [9. – С. 80–81]. Данное объяснение далеко от идеального, так как практически во всех государствах природные ресурсы в той или иной мере изъяты из свободного хозяйственного оборота, либо последнее ограничено в той или иной мере [7. – С. 11–12]. В свою очередь объяснение ис-

пользования данного юридического инструмента недостатком собственного капитала государств и, как следствие, необходимостью привлечения дополнительных иностранных инвестиций [6. – С. 152–154] является более убедительным. Тем не менее стоит уточнить, что причиной активного использования соглашений о разделе продукции в ТЭК стал не столько недостаток средств, необходимых для развития этой отрасли, сколько глобализация экономики, в рамках которой с целью повышения собственной инвестиционной привлекательности государствам приходится прибегать к привлечению иностранных участников рынка, располагающих не только необходимым капиталом, но и доступом к наиболее передовым технологиям добычи, обработки и транспортировки углеводородов. В зарубежной науке отмечается, что государствам необходимы не только инвестиционные средства, но и опыт, технологии, которыми обладают зарубежные или транснациональные игроки, а не национальные компании [15. – Р. 5]. Это стало особенно очевидно с введением санкций на ввоз в Россию ключевых товаров для ряда секторов экономики, в том числе оборудования для поиска, разведки и добычи нефти, газа и других энергоносителей. Как следствие, использование наиболее приемлемых условий инвестирования – которые предоставляет именно соглашение о разделе продукции (СРП) – позволяет привлечь необходимые для ТЭК капитал и технологии.

Конечно же, в российском праве существуют/существовали и другие формы правового регулирования частных иностранных инвестиций, но их привлекательность – а иногда и пригодность – для правового регулирования именно иностранных инвестиций в ТЭК сомнительна. Так, например, использование такой некогда популярной формы иностранных инвестиций в ТЭК, как создание совместных предприятий, не является сегодня приоритетным инструментом регулирования инвестиций в ТЭК, так как (как и ряд других гражданско-правовых форм иностранных инвестиций в ТЭК) она предоставляет иностранным инвесторам меньше гарантий и поэтому является менее привлекательной для них. Действительно, в отличие от СРП создание совместных предприятий не позво-

ляет инвестору влиять на применяемое в отношении него право, тогда как заключение СРП, где одной из сторон является публично-правовой субъект, предоставляет инвестору гарантии правовой безопасности, так как последний сам участвует в разработке применяемого к нему нормативного материала (соглашения). По этому признаку СРП наиболее близко к концессионным соглашениям¹, также активно используемой правовой форме инвестиций в ТЭК: обе формы правового регулирования иностранных инвестиций в ТЭК являются договорными, т. е. в принципе гражданско-правовыми, так как применение права в обоих случаях зависит от воли сторон, а не является вертикально навязанным, как в случае с созданием совместных предприятий. Действительно, здесь хотя бы частично применяется диспозитивный метод правового регулирования, что делает такие формы взаимодействия государства и зарубежного инвестора особо привлекательными именно для последнего, так как он может влиять на формирование правовых норм, регулирующих его инвестиционный проект. Иначе говоря, уход от сугубо административного, вертикального правового воздействия на иностранные инвестиции и является основным преимуществом как соглашений о разделе продукции, так и других контрактных форм (например, концессионных соглашений), в рамках которых иностранный инвестор участвует сам в разработке нормативного материала, применяемого к его инвестициям (соглашения), а не подвергается сугубо вертикальному воздействию административного, налогового или финансового права.

В то же время между данными правовыми конструкциями существует ряд различий, которые обусловлены спецификой инвестиционной деятельности в ТЭК и которые обусловили создание отдельного инструмента правового регулирования данной деятельности – СРП, которое и призвано стать основной формой правового регулирования иностранных инвестиций в ТЭК. Одной из проблем концессионных соглашений в ТЭК, приведшей к созданию СРП, является необходимость

¹ Отдельные авторы даже путают данные гражданско-правовые формы регулирования отношений инвестора и государства [5. – С. 90–91].

уплаты инвестором налогов, что сокращает привлекательность инвестиций в рамках концессионных соглашений, тогда как СРП предполагает освобождение или, как свидетельствует Налоговый кодекс РФ (п. 6 ст. 346.45), «...замену уплаты совокупности налогов и сборов, ... разделом произведенной продукции». Это снижает для инвестора риски, что немаловажно, если учесть, что объемы инвестиций в ТЭК, как правило, очень значительны и долгосрочны, а изменения налоговой системы невозможно просчитать в такой долгосрочной перспективе, что, как следствие, не позволяет просчитать рентабельность проекта, т. е. повышает для инвестора риски.

Другой проблемой использования концессионных соглашений в ТЭК, на которое обращают внимание в том числе и зарубежные ученые, является меньший контроль государства в отношении деятельности инвестора. Так, в частности, отмечается, что «...концедент в рамках договора концессии имеет меньше прав в отношении контроля за деятельностью концессионера... Концессионные соглашения не предусматривали, например, обязательства по добыче. Концедент, не имея контроля за действиями концессионера, таким образом, поставлен в невыгодное для него положение» [15. – Р. 5]. Иначе говоря, государству выгоднее организовать свои отношения с иностранным инвестором в рамках СРП, так как его влияние и контроль за деятельностью иностранного инвестора позволяют ему оказывать большее влияние, не сокращая в то же время для последнего привлекательности данной формы взаимодействия государства и иностранного инвестора.

В свою очередь для принимающего государства привлекательность СРП заключается еще и в бесплатности разведки и добычи энергоресурсов, затраты и риски по которым несет иностранный инвестор. Действительно, в отличие, например, от договоров о возмездном оказании услуг или государственного контракта, предусматривающих оплату услуг подрядчика по добыче и освоению месторождения с сохранением за собственником недр – государством – права собственности на добываемые полезные ископаемые, СРП не предполагают необходимости оплаты таких услуг государством, так как все затраты инвестора (в том числе на разведку энергоносителей)

в рамках СРП покрываются за счет добытых полезных ископаемых. Такой подход к правовому регулированию отношений инвестора и государства имеет особое значение в период финансового кризиса, когда в условиях бюджетного дефицита у заказчика (государства) нет средств на оплату этих работ и ему выгоднее прибегнуть к таким формам правового регулирования, при которых разведка и добыча ведутся за счет инвестора, а не собственника. Иначе говоря, СРП являются более выгодными для государств, так как не предполагают необходимости предварительной оплаты государством услуг по разведке и добыче минеральных ресурсов, что особо актуально в ситуации отсутствия бюджетных средств на такие расходы.

Такая же схема отношений сторон определена и в рамках правового регулирования договора подряда, что в принципе предполагает возможность применения данной формы отношений к иностранным инвестициям в ТЭК. Действительно, здесь – как и в случае с СРП – работы также выполняются за счет подрядчика (п. 1 ст. 702 ГК РФ). Эта и другие особенности этой формы правового регулирования отношений навели отдельных авторов на мысль о том, что СРП является ничем иным как одной из разновидностей договора подряда [1. – С. 69–96]. Тем не менее, как мы знаем, договор подряда предусмотрен для выполнения «определенных работ», что привело законодателя к возможности закрепления отдельных положений, которые довольно сложно согласуются с теми работами, которые предстоит осуществлять иностранному инвестору в ТЭК. Так, например, если по договору подряда оплата услуг подрядчика производится за счет заказчика, то в рамках СРП она не возлагается на государство напрямую – т. е. не производится за счет заказчика, а возмещается инвестором за счет добытого энергоносителя. Другие особенности деятельности в ТЭК также препятствуют применению отдельных норм, регулирующих данный вид гражданско-правовых договоров, к деятельности в сфере ТЭК. Таким образом, особенности деятельности по разведке и добыче энергоносителей, т. е. особенности предмета и объекта договора в сфере ТЭК, не позволяют применить к данным отношениям такую гражданско-правовую форму, как дого-

вор подряда. Точнее сказать, использование данного вида гражданско-правового договора не пригодно для долгосрочных инвестиционных проектов в ТЭК, а если его применение и возможно для регулирования отдельных, определенных работ в ТЭК, то он остается непривлекательным для иностранного инвестора, так как в отличие от СРП подряд не предоставляет аналогичных гарантий инвестору.

Более того, такая схема оплаты работ за счет добытого энергоносителя выгодна не только государствам, но и компаниям, осуществляющим такие работы, так как по общему для различных государств правилу СРП предполагает возмещение затрат инвестора на такие услуги за счет средств, образовавшихся до разделения продукции, т. е. оплата затрат иностранного инвестора по разведке и добыче производится в первоочередном порядке [3; 14]. Иначе говоря, так называемая «компенсационная выручка» (п. 1 ст. 8 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции») является также привлекательной и для инвестора, которому гарантируется приоритетный порядок возмещения расходов на разведку и добычу за счет добытого до самого разделения продукции. Именно такой, выгодный как для государства, так и для зарубежного инвестора, расклад по расходам на разведку и добычу, а также приоритетный порядок их возмещения за счет добытого (компенсационная выручка) был установлен, например, СРП «Сахалин 2»¹.

Создание такого особого режима инвестиций, при котором инвестор получает преимущество в виде первоочередного возмещения затрат на разведку и добычу, обусловило необходимость создания особых правил ведения учета и отчетности в рамках СРП (ст. 14 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции»). Это подтверждается, например, приложением «А» к уже упомянутому нами СРП «Сахалин 2», где данному вопросу посвящен ряд положений, касающихся в частности вопросов бухгалтерского учета

затрат компании и отдельных аспектов их возмещения.

Существование специального режима разрешения споров также является отличительной особенностью данного вида договоров, которая интересует нас не сама по себе, а как одно из средств привлекательности для инвесторов именно данной формы гражданско-правового регулирования иностранных инвестиций в ТЭК. Несмотря на критику «... большой свободы действий» [8] в вопросе разрешения споров при реализации соглашений о разделе продукции, стоит отметить, что она является еще одним правовым средством привлекательности для иностранного инвестора именно данной формы соглашений. Отличительной особенностью в данном вопросе является возможность разрешения спора в международных арбитражах (ст. 22 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции»), что неудивительно ввиду того, что инвестором по данному договору является иностранец, предпочитающий чаще всего заключать соглашения на основе англосаксонского права. На практике дело обстоит именно так: к соглашениям применяется чаще всего зарубежное право, а споры разрешаются именно с помощью зарубежного арбитража². Более того, соглашением «Сахалин 2», в соответствии со статьей 23 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции», предусмотрено, что «Российская Сторона отказывается от любых имеющихся у нее прав, которые в силу суверенного иммунитета ограждают ее от арбитража, исков, исполнительного производства...» (п. 30 с)). Очевидно, что такие особые условия разрешения споров связаны с участием в СРП иностранных инвесторов, а применение к разрешению возникающих с ними споров их зарубежного права, а также зарубежных арбитражей является дополнительной гарантией их инвестиций, созданной с целью привлечения последних.

Другой отличительной особенностью СРП, которая, на наш взгляд, является наиболее привлекательной для иностранного инвесто-

¹ См. Соглашения о разработке Пильтун-Астохского и Лунского месторождений нефти и газа на условиях раздела продукции. Российская Федерация и «Сахалин энерджиинвестменткомпани, лтд» (п. 14).

² См. Соглашения о разработке Пильтун-Астохского и Лунского месторождений нефти и газа на условиях раздела продукции. Российская Федерация и «Сахалин энерджиинвестменткомпани, лтд» (п. 30).

ра, является так называемая «дедушкина оговорка». На первый взгляд, здесь речь идет о частном применении существующей в российском праве гарантии от неблагоприятного изменения для иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями законодательства Российской Федерации (ст. 9 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹). В то же время в сравнении с данным законом Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции» предоставляет иностранному инвестору более высокие гарантии прав (ст. 17). Так, в соответствии с последним, гарантии стабильности условий соглашения в рамках СРП предоставляются не только иностранным инвесторам, чья деятельность касается реализации приоритетных инвестиционных проектов, а гарантируется в отношении любых инвестиционных проектов (п. 2 ст. 17). Более того, здесь речь идет не только о неблагоприятных изменениях налогового законодательства, как в случае с федеральным законом «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (ст. 9), а о любых изменениях законодательства, «...ухудшающих коммерческие результаты деятельности инвестора». Таким образом, данный пример гарантий прав иностранных инвесторов в рамках правового регулирования СРП свидетельствует о более продвинутых видах гарантий в рамках таких договоров по сравнению с гарантиями, предоставляемыми иностранным инвесторам законодательством, регулирующим деятельность иностранных инвесторов в целом, что делает СРП наиболее привлекательной для них формой иностранного инвестирования. Более того, данные гарантии прописаны законодателем настолько широко, т. е. являются настолько выгодными для иностранного инвестора, что недавние изменения законодательства, регулирующего СРП были направлены на их сокращение², что в то же время не

подорвало в целом их привлекательности для иностранного инвестора.

Другие гарантии прав иностранного инвестора также закреплены как Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции», так и отдельными СРП. В то же время они являются лишь частными примерами применения общих гарантий защиты прав иностранного инвестора, установленных как российским³, так и международным [4] правом. Не являясь особенностью СРП, они наряду с другими, присущими лишь данному виду договора гарантиями прав инвестора, хоть и направлены на обеспечение привлекательности иностранных инвестиций, но не требуют подробного рассмотрения в рамках данной статьи.

Таким образом, такие особые правила, применяемые к СРП, как разделение прибыли, применение специального налогового режима или вовсе оплата работ по добыче и разведке энергоносителей за счет последних, связаны именно с особенностями деятельности ТЭК: долгосрочностью инвестиционных проектов в ТЭК; их высокой стоимостью и неопределенностью рентабельности вложений (рисками). Иначе говоря, все указанные особенности СРП обусловлены экономическими императивами сферы хозяйственных отношений и являются наиболее подходящими для ее особенностей, так как в наиболее полной мере учитывают интересы как государства, так и инвестора.

Именно данные особенности СРП создают сложности в отнесении данного вида договоров к тому или иному виду гражданско-правовых договоров. Практически все представители юридических наук, в том числе гражданского права, сходятся во мнении, что природа данных договоров является смешанной [10. – С. 39–40; 11; 13]. Точнее будет сказать, что СРП является особым типом договоров, сочетающим в себе элементы различных гражданско-правовых договоров с элементами административного права. Иначе говоря, СРП является комплексным институтом, к которому применяются правовые нор-

¹ Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 28. – Ст. 3493.

² См., в частности, Федеральный закон № 104-ФЗ, который внес отдельные изменения в п. 2 ст. 17 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» [12].

³ См., например, Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (ст. 5–15) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 28. – Ст. 3493.

мы и институты различных отраслей права: гражданского (соглашение), налогового (гл. 26.4 Налогового кодекса РФ), административного (Постановление Верховного Совета Российской Федерации от 15 июля 1992 г. № 3314-1 «О порядке введения в действие Положения о порядке лицензирования пользования недрами» [2]), международного права (ст. 24 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции») и т. п. Именно такой особый характер данных договоров потребовал принятия специализированного правового акта – закона о СРП.

Таким образом, особенности СРП связаны с особенностями ТЭК в целом и адаптированы для регулирования отношений с целью привлечения иностранных инвесторов, так как другие виды гражданско-паровых договоров не позволяют учесть данных императивов. Являясь наиболее подходящей правовой формой для иностранных инвестиций в ТЭК ввиду своей привлекательности для иностранных инвесторов, она должна стать одной из основных форм осуществления иностранных инвестиций в ТЭК.

Список литературы

1. Байбекова Э. Ф. Соглашение о разделе продукции как гражданско-правовой договор в сфере инвестиционной деятельности : дис. ... канд. юр. наук. – Астрахань, 2015. – С. 69–96.
2. Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 33. – Ст. 1917М.
3. Джонстон Д. Анализ экономики геологоразведки, рисков и соглашения в международной нефтегазовой отрасли : пер. с англ. – М. : ЗАО «Олимп-Бизнес», 2005.
4. Договор к Энергетической хартии. Договор к Энергетической хартии и связанные с ним документы / Секретариат Энергетической хартии. – Брюссель, 2004.
5. Золоева Я. О. Концессионные и иные договоры с иностранными инвесторами в области добычи полезных ископаемых : дис. ... канд. юр. наук. – М., 2003. – С. 90–91.
6. Клюкин Б. Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. – Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. – М. : Городец, 2000.
7. Клюкин Б. Д. Горные отношения в странах западной Европы и Америки. – М. : Городец-издат, 2005.
8. Курбанов Р. А. К вопросу о разрешении споров при реализации соглашений о разделе продукции // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 10. – С. 20–22.
9. Махлина М. И. Соглашения о разделе продукции с иностранными инвесторами // Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. – М. : Изд-во Ин-та государства и права. – М. : – 1995.
10. Платонова Н. Л. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О соглашениях о разделе продукции». – М., 2003.
11. Рат Й. Соглашения о разделе продукции: анализ правового регулирования отношений в сфере реализации в Российской Федерации. – М. : Волтерс Клувер, 2008.
12. Федеральный закон от 5 апреля 2016 г. № 104-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам стандартизации» // Российская газета. – 2016. – 8 апреля. – № 6943.
13. Хисматуллина Е. Г. Влияние налогообложения при выполнении соглашений о разделе продукции на привлечение инвесторов в российскую экономику // Финансовое право. – 2008. – № 6. – С. 24–26.
14. Ashong M. Cost Recovery in Production Sharing Contracts: Opportunity for Striking It Rich or Just Another Risk not Worth Bearing. – Dundee : CEPLMP, 2009.
15. Bindemann K. Production Sharing Agreements: An Economic Analysis. – Oxford : Oxford Institute for Energy Resources, 1999.