

THE FIRST INTERNATIONAL CONFERENCE ON

**THE EXPLORATION AND
PRODUCTION OF OIL
AND GAS IN THE
FORMER SOVIET UNION**

DOCUMENTATION

Sponsored by

THE BOSTON CONSULTING GROUP

The Marriott Hotel, London, 13th and 14th June 1995

ORGANIZED
BY

THE ADAM SMITH INSTITUTE



Administered by BUSINESS SEMINARS INTERNATIONAL LTD

M. Subbotin, A. Konoplyanik.
ESTABLISHMENT OF THE LEGAL FOUNDATION
FOR CONCESSION CONTRACTS
AND PRODUCTION-SHARING AGREEMENTS IN RUSSIA

The Council of the State Duma officially released the text of the draft Law On Concession and Other Contracts and the draft Law on Production-Sharing Agreements, drafted by two groups of experts from the Economic Policy Committee, on November 24, 1994. A session of the State Duma on February 24, 1995, adopted the Law on Production-Sharing Agreements on first reading and rejected the Law on Concession and Other Contracts (162 votes in favor and 19 against, with seven abstentions; in other words, the draft law, despite a quite favorable attitude toward it, failed to win the required 225 votes, considering that more than half of the deputies were absent from the hall). With the adoption of the Law on Production-Sharing Agreements on first reading, a significant step was taken toward the creation of a legal foundation to overcome the investment crisis in the country. Investors finally have grounds to hope for stable arrangements that will offer not temporary preferential treatment, but essential long-term guarantees of a return on capital invested in Russia.

CONCESSION LEGISLATION. Russia's existing system of legislation regulating capital investment, above all with respect to the use of the earth's interior, is based on public law, under which relations between the host country and the investor are established by executive and administrative acts of the state. Contractual relations in this field essentially reinforce the terms already set forth in the such acts. In addition, there are a great many biases against concessions. To this day, one can hear it said (even by Denton Hall experts) that granting sections of the earth's interior as concessions "is not used by economically independent states" and that this could put "Russia on the same level with once-colonial countries."

The flow of investments into Russia could be promoted by the predominant use of private law (or civil-law) regulation, in which the host country and the investor enter into relations based on a contract between them and as equal parties. The legal foundation for the use of civil-law regulatory methods, including the use of such methods in the investment field, is contained in current civil legislation and has undergone further development in the first part of the Civil Code adopted by the State Duma. However, civil-law relations between the state and the nonstate investor have certain special features and require additional, more detailed regulation. This task is accomplished by the Law on Concession and Other Contracts, which is envisioned in Article 40 of the current Law on Foreign Investment in the RSFSR. The example of the law on foreign investment alone clearly demonstrates that relations between the state and the investor in the use of the earth's interior are regulated by SEVERAL legislative acts of the Russian Federation (namely, with respect to users of the earth's interior--the Law on the Earth's Interior, the Law on Oil and Gas, the Law on the Shelf, the Law on Federal Natural Resources and others; and with respect to investment--the Law on Investment Activity in the RSFSR, the Law on Foreign Investment in the RSFSR, and above all the Civil Code, of course).

The recent past has seen the adoption of a number of laws and other normative legal acts regulating various aspects of property relations, investment activity, taxation and the use of the earth's interior and that thus form the legal environment for the implementation

of investment projects in the economy in general and in its mineral resource sectors in particular. However, the existing legislation contains a great many contradictions and fails to give the investor proper guarantees, and hence stable conditions in which to engage in entrepreneurial activity; where taxation is concerned, such legislation is often outright "prohibitive" for the investor. Meanwhile, the nonstate investor has the least protection against possible administrative arbitrary conduct. The increase in entrepreneurial risk is resulting in a decline in investment supply and an outflow of capital from the country.

THE DRAFT LAW ON PRODUCTION-SHARING AGREEMENTS. The most pressing current concern has to do with making certain adjustments in the investment mechanism in the mineral resource sectors of the Russian economy through the broader introduction of contractual relations between the investor and the state. This is attributable to the high capital-intensiveness of investment projects in these sectors, and hence to the higher "cost" of the risk of investing. In addition, the extractive sectors are characterized by the existence of additional risks, namely geological risks. At the same time, it is the extractive industries, by virtue of the "convertible" (or "hard-currency") nature of their output and the steady demand for it, that today have the greatest appeal to potential investors. Enlisting such investors could improve the country's raw-materials balance, increase its hard-currency earnings, put production capacity (including conversion-related production capacity) to work, and help maintain the employment rate in Russia. The sharing principle is quite universal and makes it possible to take into the fullest possible account the special conditions encountered in working deposits and to adjust investors' payments to the specific conditions of extraction. There is no "bed of Procrustes" in the form of a standard tax system, in such cases. The question is not one of some sort of preferential terms, specifically for foreign investors, but rather one of stable arrangements for any investor throughout the term of his contract with the state.

It was their study of the rich experience of domestic and foreign concessions and analysis of the specific economic situation in Russia in the mid-1990s that compelled the authors of the corresponding draft laws (which originated in the Duma) to choose this particular model of concession legislation over others. This was not a random choice, but a carefully considered one, and everyone who bears responsibility for improving the social and political situation in the country and who has an interest in creating the preconditions for economic recovery should realize this.

Production-sharing agreements could become the most widespread form of production agreements on using the earth's interior in Russia, but their legal foundation is the least developed. The legal regulations governing production-sharing agreements, though envisioned, are not set forth in current Russian legislation, for all practical purposes. The increased investment risk demands that the investor "overinsure"--i.e., that he incorporate an higher internal profit margin in a project in Russia, which would not be the case if there were legislatively codified and uniformly understood norms for the use of production-sharing agreements. Virtually all draft production-sharing agreements in the oil and gas sector, agreements that were years in the making and cost tens of millions of dollars, are still in the negotiation stage or have been "frozen" after all the required negotiations. And this is why the draft Law on Production-Sharing Agreements is the first specialized law based on civil-law principles governing relations between the state and the investor.

THE PLACE OF THE LAW ON PRODUCTION-SHARING AGREEMENTS AND THE LAW ON CONCESSION CONTRACTS IN CURRENT LEGISLATION. Both of these laws come under the scope of civil-law relations in our society and therefore develop and deepen the principles codified in the "country's economic constitution"--the Russian Federation Civil Code. All current legislative acts are based on a *national regime* that establishes *uniform rules of play* for Russian and foreign investors. The formula for the national regime in Russia is as follows: the Law on Investment Activity in the RSFSR states that the regime for foreign investments is set forth in a corresponding special law; that special law, the Law on Foreign Investments in the RSFSR, establishes the national investment regime (with certain exceptions) and puts foreign investors on an equal legal footing with Russian investors, including in uniform legislative acts that may elaborate on specific characteristics of the national regime for foreign investors. These investment laws by no means close the "niche" for concession relations: None of them regulates contractual relations with investors (with the possible exception of joint ventures, but there is no place for the state in them). Both of the laws establish the basic principles and basic provisions of investment activity in Russia, and in this sense, together with the Civil Code, they may be viewed as the investment legislative foundation for concession relations--although they cannot supplant the concession law per se.

Relationship with legislation regulating the use of the earth's interior. One of the main fields of application of the Law on Concession and Other Contracts is the use of natural resources, and the use of the earth's interior in particular, since the Law on the Earth's Interior declares the earth's interior to be the property of the state. At the same time, in contrast to the draft law on concession contracts, which proposes a *general contractual system* for granting all types (components) of state property to investors for temporary use, the Law on the Earth's Interior establishes a different system--*an administrative system*--for granting one of the component parts of that state property, namely the earth's interior, to nonstate investors for temporary use.

The use of the *licensing* system should be limited to those fields of investor activity that entail a permissive procedure for the conclusion of contracts, stringent regulation of the investor's activity as set forth in the license, and the possibility of the state's dissolving such a contract with virtually no real possibility on the investor's part of appealing such a dissolution (the "contract as part of the license" principle). This approach makes it extremely difficult to pledge a license or to assign the rights to it. And without that, the investor has no guarantee that he can recover his funds, in most cases; consequently, there is no investor.

The concession and the license, which have different legal natures, put the private user of natural resources in an unequal position vis-a-vis the state. In modern times, characterized by a universal transfer of the most valuable national resources into state hands, the use of such resources by private individuals has been universally regulated by law, and the concession contract has served as the chief legal instrument mediating relations in the use of natural resources. In a large group of countries that basically employ the system of common (Anglo-Saxon) law, such use is based on licensing agreements.

A *contractual* system should prevail in a civil society, especially one with a transitional economy and general instability: Laws and normative documents establish the "rules of play," a competition or auction (and, in certain cases, direct negotiations between an authorized state agency and the investor) is held in accordance with the established procedure, the parties work out the details during the negotiating process, an agreement is concluded, and a license of a *regulatory* character is issued automatically (the "license is

part of the contract" principle). The parties are *equal* before a civil court (the state waives its immunity at least in the sphere of judicial and arbitration relations). Such is the essence of the submitted draft Law on Concession and Other Contracts and draft Law on Production-Sharing Agreements.

Consequently, the use of the earth's interior in Russia permits the simultaneous existence of both administrative and civil-law regulation. This requires a clear-cut demarcation of the spheres in which they are to be applied. This demarcation can be achieved by inserting amendments of a reference character in current legislation.

DEBATE OVER THE LAW ON PRODUCTION-SHARING AGREEMENTS. Criticism of the draft laws on production-sharing agreements has to do primarily with attitudes toward the entire licensing system and with direct negotiations and assignment of rights. The Russian Federation Committee on the Earth's Interior and the State Duma's Committee on Natural Resources continue to insist that the draft Law on Production-Sharing Agreements, "by effectively abolishing the institution of licensing," "encroaches on the sovereign and exclusive rights of the state," that there is "unchecked transfer of rights to the use of the earth's interior," and finally, that has to be "primacy of the license..., with subsequent conclusion of the contract." The draft laws prepared by experts from the State Duma's Committee on Economic Policy all have their own clearly defined sphere of application and joint subordination. In principle, production sharing may be used by both foreign and Russian investors, and under both licensing and contractual systems. However, the concept of the civil-legal Law on Production-Sharing Agreements approved by the Russian parliament conforms to the spirit of the Civil Code, Article 124 of which says that the Russian Federation and its constituent members may act "on an equal basis" with citizens and legal entities. The choice was made. Therefore, Denton Hall's view that production-sharing agreements in Russia are contractual agreements in which the investor acts as a contractor who obtains only the right to perform work for a certain amount of compensation in kind, which reduces the production-sharing agreement to a type of service contract under the administrative diktat of the state, is also wrong. That is a dead end. Investors want a completely different kind of law.

In the opinion of the Russian State Committee on the Earth's Interior and its supporters, one cannot hold negotiations on production sharing without first obtaining the right to the use the earth's interior. However, if the state has already issued the license, the investor is by no means obligated to discuss anything else with it--it's time to get down to work, the negotiating train has already "left the station." In short, the Law on Production-Sharing Agreements proposes that the buyer and seller first agree on the "price," after which the "check" is presented. I would like to know exactly what the opponents find objectionable. When someone buys a product, is the price discussed BEFORE or AFTER he buys it? Thomas Jefferson said: "The laws are written for ordinary people, and so they must be based on ordinary rules of common sense."

The Committee on Natural Resources believes that the adoption of the Law on Production-Sharing Agreements is at odds with the uniform system for the use of the earth's interior established by the Law on the Earth's Interior and with the uniform system of state record-keeping and registration of sections of the earth's interior granted for use. This is not so. Since the draft Law on Production-Sharing Agreements assumes the existence of a license, record-keeping and registration can remain unchanged. As regards the "system of use," the draft Law on Production-Sharing Agreements retains the license as a document certifying that right, but the license takes on a different legal significance--in

the form of the state's obligation, following from the agreement, to issue that document. What would happen (and what happens every day?) if the license were still of a permissive character? On the basis of a limited list of criteria incorporated in the terms of a competition and essentially constituting the "cost," as it were, of the right to use the earth's interior, the state issues a license to the winner of the competition. The "cost" in this case is determined by the authorities beforehand, as they understand it: If no investors willing to develop a particular resource were found, this means that the terms were too harsh; but if many investors came to the competition, this means the price was low and the state sold too cheaply, squandering public wealth. The Law on Production-Sharing Agreements is intended to put an end to such mismanagement. But the Committee on Natural Resources wants a return to the past.

In this sense, both those who speak of the primacy of the license over the agreement and those who insist that the production-sharing agreement is a contractual agreement agree on one point: They reject a production-sharing agreement concluded between the state and the investor "as equals"; the state is manifestly above the investor, who is not the partner of the state, but a hired "day laborer." In other words, there is, in effect, discrimination against the investor. Consequently, there are no guarantees of stability in implementing the contract, and meager investment is the result.

Under the draft laws on production-sharing agreements and on concession contracts, the procedure for obtaining authorization to use the earth's interior involves competitions and auctions--in other words, it is the same as under the Law on the Earth's Interior. However, there are two approaches: either exclude the possibility of direct negotiations and ban them (the Law on the Earth's Interior), or permit them and stipulate the procedure (the draft laws on concessions and on production-sharing agreements). The danger of direct negotiations lies in that such negotiations, by limiting competition among investors, could hand bureaucrats the right to grant concessions at their discretion, thereby creating enormous potential for corruption.

Considerations of confidentiality and, in some cases, of simple expediency can play a decisive role. National security interests in granting a concession on a mine located on the grounds of a former or existing defense installation or in granting a concession for the conversion of a defense enterprise could entail holding direct negotiations with an extremely limited circle of contenders. The inevitability of restrictions on the competitive system in certain cases is essentially recognized by the so-called "closed" competitions in the Statute on Licensing Use of the Earth's Interior. But how can confidentiality be maintained when there is no legal possibility of holding direct negotiations? The architects of the Law on the Earth's Interior and their supporters sincerely believe that it is enough to insert certain special discriminatory stipulations in the procedure for holding competitions and auctions. Needless to say, in such cases it becomes virtually impossible to ensure that the competitions and auctions are "clean," and the danger arises that all competitions and auctions could degenerate into direct negotiations, despite the good intentions of those who support the concept of the Law on the Earth's Interior.

The draft "concession" laws propose a different route--that of legalizing the possibility of direct negotiations and drawing up a special statute on concluding agreements as a result of direct negotiations. Such a statute would establish detailed regulations (when direct negotiations could be held and how, how oversight would be exercised, how expert review would be obtained, and so on). A draft statute dealing with these matters, which is contained in a package of normative documents appended to Presidential Decree No. 2285, was drawn up back in the middle of last year. The oversight and record-keeping mechanism

must be such that everyone can be fully confident that wrongful attempts by bureaucrats, acting on behalf of the state and hiding behind pseudocompetitions, to push through "their" investors will be detected and appealed.

Critics of the draft Law on Production-Sharing Agreements maintain that assignment of rights to use of the earth's interior is at variance with current legislation and free of any restrictions. However, Article 16 of the Law on Production-Sharing Agreements contains SEVERAL restrictions: Rights may be assigned "provided that (the investor--the authors) has furnished written notification to the state...and assumed responsibility for compliance with the terms of the agreement," or "only with the written consent of the state" and given compliance with a whole series of additional terms.

RELATIONSHIP BETWEEN THE TWO LAWS. The proposed legal arrangement is basically an "umbrella-type" structure consisting of the framework law on concession contracts and a series of "specialized" laws, the first of which is the Law on Production-Sharing Agreements. The "framework" law deals with all of the *fundamental issues* of granting the nonstate investor the right to use state property (both property and natural resources) or to perform types of activity on which the state has established a monopoly. These two laws, in turn, operate "within the framework" of the Civil Code. The system of contractual relations in the use of the earth's interior includes three basic types of production agreements between the host country and the investor: the concession per se (or "tax plus royalty" agreement), the agreement on rendering services (with risk and without risk), and the production-sharing agreement. The latter come under the scope of the corresponding draft "specialized" law on production-sharing agreements.

Common features. Agreements (contracts) are concluded by the state and the investor; the laws apply to Russian and foreign investors and do not discriminate against investors; the "two keys" principle (the Russian Federation and its constituent members) is observed with respect to the use of resources of the earth's interior that are under joint jurisdiction; there are special taxation arrangements that include the provision of essential guarantees that such arrangements will remain unchanged throughout the term of an agreement; relations with the investor are of a contractual character; the state waives its immunity; the investor is allowed to assign or pledge his rights, and so forth. Needless to say, both cases require corresponding amendments in current legislation (for example, the inclusion of an article referring to the special tax computation method for concession contracts and production-sharing agreements in the Law on the Taxation System that is currently being drafted).

Differences. The laws differ *in terms of character of application*. The Law on Concession and Other Contracts is more general. It sets forth the rights and responsibilities of an investor who has signed a contract with the state for the long-term use of state property or who is engaging in a type of activity that constitutes a state monopoly (what he may and may not do) and the guarantees provided by the state. The Law on Production-Sharing Agreements, by contrast, deals with a specific type of use of the earth's interior and sets forth the mechanism for implementing such an agreement (the investor acquires the right to develop a deposit, finds mineral resources, immediately turns a certain percentage of the extracted resources over to the state, recovers his costs from the output produced, obtains the profit, divides it with the state, and pays taxes; all the details are spelled out in the agreement). As for the *sphere of application*, since the concession contract, as mentioned above, applies primarily to the processing industry, transportation, services and so on, special attention is devoted to the lists of objects on which concessions may be

granted and to the procedure for drawing up these lists and reviewing them. The *procedures in which revenues are paid* to the treasury can also differ: immediately after the contract is concluded (this applies to use, including leasing), or after the first output is produced (as in production-sharing agreements).

Objectively, the Law on Concession and Other Contracts should become a kind of Russian concession code, serving as a law of direct force for all spheres of the national economy in which contractual use of private investment is possible and having subsidiary significance (partial or auxiliary significance in instances "in which the law is silent") for those sectors of the economy in which a subsidiary system of nature use has already been introduced by special legislation.

WHO SUPPORTS THE LAWS AND WHO OPPOSES THEM. In formulating the law on concessions as a universal concession code, its architects saw their task as that of overcoming the one-sided, raw-material orientation of current Russian special legislation and, consequently, the widespread misconception that our country's nonrenewable natural resources are all but the only source of large-scale private investment in the Russian economy. The law can help release enormous creative potential. For example, concessions may be granted on state enterprises subject to reorganization, modernization and demonopolization programs. Concession private capital may be solicited at the level of the Russian Federation, its constituent members, and municipalities on the most varied terms, even in sectors of the military-industrial complex. The most varied types of contracts may be concluded with foreign investors for purposes of obtaining technologies, production-sharing, building turnkey facilities, providing services, and many others.

The laws on concession contracts and production-sharing agreements contain a number of legal mechanisms making it possible to lend a civil-law and contractual character to relations between investors and the state and thus to ensure real equality of the parties with respect to their rights and mutual obligations. At the same time, the laws do not encroach on the universally recognized prerogatives of the state as the agency of public authority. On the one hand, it is the partner of the private investor, but on the other hand, it exercises oversight of his activity.

Finally, of special importance in the current social and political situation is the fact that the draft laws accomplish the task of combining the interests of the Russian Federation and its constituent members and of coordinating their legislation in the field of concession relations.

The draft Law on Production-Sharing Agreements is opposed by those who are against change or who are seeking preferential treatment for a specific group of investors. But the result is the same: the lack of long-term stability of contracts between the state and investors. Attempts to thwart the adoption of the laws by organizational means continue. In a recommendation issued shortly before the draft Law on Production-Sharing Agreements was submitted for second reading, the chairman of the Committee on Natural Resources, N. P. Astafyev, wrote: "Without the adoption of **conceptual** amendments in the existing version regarding the primacy of the Russian Federation Law on the Earth's Interior over the draft Law on Production-Sharing Agreements, on the primacy of the license to use the earth's interior over the production-sharing agreement, and on the inadmissibility of assignment of rights, the Committee on Natural Resources will be forced to raise before the State Duma the question of the need to reconsider the draft Law on Production-Sharing Agreements on first reading." Let us point out that after the adoption on first reading of the draft Law on Production-Sharing Agreements, which is at issue here, all these demands are

absolutely illegal! Obviously, the tone and essential thrust of the recommendation require no comment: We are hearing the same old arguments. However, the few but resourceful crusaders against investment do not intend to give up.

At the same time, we are witnessing an extremely rare instance in which there is a real chance that the proposed draft laws will be successfully adopted. Parties and factions in parliament that are quite different in terms of political convictions have an objective interest in the early enactment of this group of laws and, consequently, in the implementation of large-scale investment projects that will provide jobs and wages to broad segments of the public. These parties and factions include spokesmen for the interests of Russian entrepreneurs, proponents of attracting foreign capital to our country on a large scale, supporters of radical reform and guaranteed jobs with minimal unemployment, and representatives of the military-industrial complex and the fuel and energy complex.

М.Субботин, А.Конопляник "СОЗДАНИЕ ПРАВОВОЙ БАЗЫ ДЛЯ КОНЦЕССИОННЫХ ДОГОВОРОВ И СОГЛАШЕНИЙ О РАЗДЕЛЕ ПРОДУКЦИИ В РОССИИ"

24 ноября 1994 г. Совет Государственной Думы отправил в официальную рассылку текст подготовленных двумя группами экспертов Комитета по экономической политике проектов законов "О концессионных и иных договорах" и "О соглашениях о разделе продукции"(СРП). 24 февраля 1995 г. состоялось заседание Госдумы, на котором в первом чтении был принят закон "О соглашениях о разделе продукции" и отклонен закон "О концессионных и иных договорах" (162 чел. проголосовало "за", 19 - "против" и 7 - "воздержалось, т.е. законопроект - даже несмотря на более чем благожелательное к нему отношение, не смог набрать необходимых 225 голосов при отсутствии в зале больше половины депутатского корпуса). С принятием в первом чтении закона о СРП сделан серьезный шаг в направлении создания правовой базы для преодоления инвестиционного кризиса в стране. У инвесторов, наконец-то, появляется обоснованная надежда на стабильный режим, обеспечивающий не временные льготы, а необходимые долгосрочные гарантии возврата вложенного в экономику России капитала.

КОНЦЕССИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО. Существующая в России система законодательного регулирования капиталовложений и прежде всего в сфере недропользования построена на основе публичного права, в соответствии с которым отношения между принимающей страной и инвестором устанавливаются посредством властно-распорядительных, административных актов государства. При этом договорные отношения в этой сфере по существу закрепляют условия, уже содержащиеся в указанных актах. Кроме того, существует масса предрассудков в отношении концессий. До сих пор - причем даже от экспертов "Дентон Холл" - слышатся утверждения, что передача в концессию участков недр "не применяется экономически независимыми государствами" и это могло бы поставить "Россию на один уровень с когда-то колониальными странами".

Притоку инвестиций в Россию могло бы способствовать использование преимущественно частного-правового (или гражданско-правового) регулирования, при котором принимающая страна и инвестор выступают в качестве равноправных сторон в отношениях, основанных на договоре между ними. Правовая база для использования гражданско-правовых методов регулирования, в том числе в инвестиционной сфере, заложена в действующем гражданском законодательстве и получила дальнейшее развитие в принятой Государственной Думой 1-ой части Гражданского Кодекса. Однако гражданско-правовые отношения между государством и негосударственным инвестором, имеющие определенную специфику, требуют дополнительного и более детального регулирования. Именно эту задачу решает закон "О концессионных и иных договорах", который предусмотрен ст.40 действующего закона "Об иностранных инвестициях в РСФСР". Пример с одним лишь законом "Об иностранных инвестициях..." наглядно демонстрирует тот факт, что вопросы отношений государства и инвестора в сфере недропользования регулируются НЕСКОЛЬКИМИ законодательными актами Российской Федерации (собственно "недропользовательскими" - "О недрах", "О нефти и газе", "О шельфе", "О федеральных природных ресурсах" и др., "инвестиционными" - "Об инвестиционной деятельности в РСФСР", "Об иностранных инвестициях в РСФСР" и, в первую очередь, естественно, Гражданским Кодексом).

В последнее время был принят ряд законов и других нормативных правовых актов, которые регулируют различные аспекты отношений собственности, инвестиционной деятельности, налогообложения, недропользования и тем самым формируют правовую среду осуществления инвестиционных проектов в экономике вообще и, в частности, в ее минерально-сырьевых отраслях. Однако, существующее

законодательство характеризуется множеством противоречий, не обеспечивает инвестору должных гарантий и, соответственно, стабильных условий осуществления предпринимательской деятельности, а в налоговой части является зачастую просто "запретительным" для инвестора. При этом наименее защищенным от возможного административного произвола является негосударственный инвестор. Рост предпринимательского риска ведет к сокращению инвестиционного предложения и оттоку капитала из страны.

ЗАКОНОПРОЕКТ "О СОГЛАШЕНИЯХ О РАЗДЕЛЕ ПРОДУКЦИИ". Сегодня наиболее актуальной является определенная корректировка инвестиционного механизма в минерально-сырьевых отраслях российской экономики путем более широкого внедрения договорных отношений между инвестором и государством. Это объясняется высокой капиталоемкостью инвестиционных проектов в этих отраслях, а следовательно, и более высокой "ценой" риска осуществления инвестиций. Кроме того, для добывающих отраслей характерно существование еще и дополнительных - геологических рисков. В то же время именно добывающие отрасли, в силу "конвертируемого" ("валютного") характера их продукции и устойчивого спроса на нее, обладают сегодня наибольшей притягательностью для потенциальных инвесторов. Их привлечение могло бы улучшить сырьевой баланс страны, увеличить ее валютные поступления, обеспечить загрузку производственных мощностей, в том числе конверсионных, и содействовать поддержанию уровня занятости в России. Принцип раздела - вполне универсальный, и наиболее полно позволяет учесть особые условия разработки месторождений, приспособить к конкретным условиям добычи платежи инвестора. В этом случае нет "прокрустова ложа" стандартной налоговой системы. При этом речь идет не о каких-то льготах, в частности, для иностранных инвесторов, а в первую очередь о стабильности режима для любого инвестора на весь срок его договора с государством.

Именно изучение богатого опыта концессий, отечественного и зарубежного, анализ конкретной экономической ситуации в России в середине 90-х гг. заставили авторов соответствующих "думских" законопроектов сделать выбор в пользу именно такой, а не иной модели концессионного законодательства. Это - не случайный, а глубоко продуманный выбор, и все, от кого зависит нормализация социально-политической обстановки в стране, кто заинтересован в создании предпосылок для экономического подъема должны это осознать.

Соглашения о разделе продукции могли бы стать наиболее широко используемым в России видом производственных соглашений в недропользовании, но их правовая база наименее развита. Правовые нормы СРП, хотя и предусмотрены, но практически не прописаны в действующем российском законодательстве. Повышенный инвестиционный риск требует от инвестора "перестраховки" - включения в проект для работы в России завышенной внутренней нормы рентабельности, что было бы исключено, если бы существовали законодательно закрепленные и однозначно понимаемые нормы, обеспечивающие применение СРП. Практически все проекты соглашений о разделе продукции в нефтегазовой сфере, на подготовку которых затрачены годы и десятки миллионов долларов, все еще остаются в стадии переговоров или "заморожены" после проведения всех необходимых переговоров. И именно поэтому проект закона о СРП является первым специальным законом, в основе которого гражданско-правовые принципы регулирования отношений между государством и инвестором.

МЕСТО ЗАКОНОВ О СРП И О КОНЦЕССИОННЫХ ДОГОВОРАХ В ДЕЙСТВУЮЩЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ. Оба закона относятся к сфере действия гражданско-правовых отношений в обществе, и поэтому развивают и углубляют принципы, закрепленные в "экономической конституции страны" - Гражданском

Кодексе РФ. Все действующие сегодня законодательные акты построены на основе *национального режима*, устанавливающего *единые "правила игры"* для отечественных и иностранных инвесторов. Формула национального режима в России является следующей: Закон "Об инвестиционной деятельности в РСФСР" устанавливает, что режим иностранных инвестиций определяется в соответствующем специальном законе; этот специальный закон - "Об иностранных инвестициях в РСФСР" - устанавливает национальный режим инвестиций (с отдельными изъятиями) и тем самым переводит иностранных инвесторов в правовой режим наравне с инвесторами отечественными, в том числе и в единых законодательных актах, в рамках которых может быть выделена специфика национального режима для иностранных инвесторов. Эти инвестиционные законы никак не перекрывают "нишу" концессионных отношений: ни один из них не регулирует договорных отношений с инвесторами (за исключением разве что совместных предприятий, но и в них нет места для участия государства). Оба закона формулируют общие принципы и основные положения инвестиционной деятельности в России и в этом смысле, наряду с Гражданским Кодексом, могут рассматриваться в качестве инвестиционной законодательной основы концессионных отношений, - но самого закона о концессиях они заменить не могут.

Взаимосвязь с законодательством, регулирующим отношения недропользования. Одной из основных сфер действия закона "О концессионных и иных договорах" является природопользование и, в частности, недропользование, поскольку, в соответствии с законом "О недрах", недра являются государственной собственностью. При этом, в отличие от предлагаемого в проекте закона о концессионных договорах *общего - договорного порядка* передачи всех видов (составляющих) государственной собственности во временное пользование инвестору, закон "О недрах" устанавливает иной - *административный* - порядок передачи во временное пользование негосударственному инвестору одной из составных частей государственной собственности, каковыми являются недра.

Действие *лицензионной* системы должно ограничиться теми сферами деятельности инвестора, где осуществляется разрешительный порядок заключения договоров, жесткая регламентация деятельности инвестора, закрепленная в лицензии, и возможность расторжения государством такого договора по существу без какой-либо реальной возможности со стороны инвестора обжалования такого расторжения (принцип "договор - часть лицензии"). При таком подходе чрезвычайно затруднен залог лицензии, переуступка прав на нее. А без этого в большинстве случаев у инвестора нет гарантий возврата средств и, как следствие, нет и самого инвестора.

Концессия и лицензия, имеющие разную правовую природу, ставят частного природопользователя в неодинаковое положение перед лицом государства. В современную эпоху, характеризующуюся повсеместным переходом в руки государства наиболее ценных национальных ресурсов, пользование ими со стороны частных лиц было повсеместно законодательно упорядочено, а концессионный договор стал выступать в роли главного правового инструмента, опосредующего отношения природопользования. В большой группе стран, относящихся в основном к системе общего (англо-саксонского) права, такое пользование осуществляется на основе лицензионных соглашений.

Доминировать в гражданском обществе - особенно в условиях экономики переходного периода и общей нестабильности - должна *договорная* система: законами и нормативными документами задаются "правила игры", по утвержденному регламенту проводится конкурс, аукцион, а в некоторых случаях и прямые переговоры полномочного государственного органа с инвестором, детали согласуются сторонами в процессе переговоров, заключается соглашение, автоматически выдается носящая *регистрационный* характер лицензия (принцип

"лицензия - часть договора"). При этом стороны *равны* перед гражданским судом (отказ государства от своего иммунитета по крайней мере в области судебно-арбитражных отношений). К этому сводится существо представленных проектов законов "О концессионных и иных договорах" и о СРП.

Таким образом, в российском недропользовании допускается одновременное существование как административного, так и гражданско-правового регулирования. Это требует четкого разграничения между сферами их действия. Такое разграничение может быть достигнуто введением поправок отсылочного характера в действующее законодательство.

ДИСКУССИЯ ВОКРУГ ЗАКОНА О СРП. Критика законопроектов о СРП, в первую очередь, касается и отношения ко всей системе лицензирования, и прямых переговоров, и уступки прав. Роскомнедра РФ и Комитет по природным ресурсам Госдумы продолжают настаивать на том, что законопроект об СРП "фактически отменяя институт лицензирования", "ущемляет суверенные права государства, находящиеся в его исключительной собственности", что существует "бесконтрольная передача права... пользования недрами", и, наконец, что необходима "первичность лицензии... с последующим заключением договора". Подготовленные экспертами Комитета по экономической политике Государственной Думы проекты законов имеют каждый свою, четко очерченную, сферу применения и соподчиненность. Раздел продукции в принципе может использоваться и для иностранных, и для отечественных инвесторов, и при лицензионном, и при договорном порядке. Однако, одобренная российским парламентом концепция гражданско-правового закона о СРП выдержана в духе Гражданского Кодекса, ст.124 которого говорит о возможности Российской Федерации и ее субъектов выступать "на равных началах" с гражданами и юридическими лицами. Выбор сделан. Поэтому неправомерной представляется и идея "Дентон Холл" о том, что СРП в России является подрядным договором, при котором инвестор выступает в качестве подрядчика, получающим лишь право на ведение работ за определенное вознаграждение в натуральной форме, что сводит СРП к разновидности сервисного контракта при административном диктате государства. Это - тупиковый путь. Инвесторы ждут совсем не такого закона.

По мнению Роскомнедр и их сторонников нельзя не получив прав на пользование недрами, договариваться о дележе продукции. Однако, если государство уже выдало лицензию, то инвестор вовсе не обязан еще что-либо с ним обсуждать - время засучив рукава работать, а переговорный "поезд ушел"... Одним словом, законом об СРП предлагается сначала соглашение покупателя и продавца о "цене", а потом - "чек". Хотелось бы понять, что не устраивает оппонентов? Когда покупают товар, его цену обсуждают ДО или ПОСЛЕ приобретения? Т.Джефферсон утверждал: "Законы пишутся для обыкновенных людей, поэтому они должны основываться на обыкновенных правилах здравого смысла."

Комитет по природным ресурсам считает, что с принятием закона о СРП нарушается определенный законом "О недрах" единый порядок пользования недрами, единая система государственного учета и регистрации участков недр, передаваемых в пользование. Это - не так. Поскольку законопроектом о СРП предполагается наличие лицензии, то учет и регистрация могут остаться прежними. А вот что касается "порядка пользования", то лицензия согласно законопроекту о СРП сохраняется, как документ удостоверяющий это право, но приобретает иное правовое значение: в форме вытекающего из соглашения обязательства государства по выдаче этого документа. Что было бы (и что происходит каждодневно), если бы лицензия по-прежнему носила разрешительный характер? Государство по ограниченному списку критериев, вынесенному в условия конкурса и фактически составляющему своего рода "цену" права пользования недрами, выдает лицензию его победителю. Такая "цена" в этом случае определяется заранее по разумению

властей: если не нашлось инвесторов, желающих заняться разработкой недр, значит условия были излишне жесткими, а если на конкурс пришло много инвесторов, значит цена была низкой - государство продешевило, разбазарило народное достояние. Закон о СРП призван покончить с этой бесхозяйственностью, Комитет по природным ресурсам тянет назад...

В этом смысле и те, кто говорит о первичности лицензии перед соглашением, и те, кто настаивает на том, что СРП - это подрядный договор, едины в одном: "нет!" - договору о СРП "на равных" между государством и инвестором, государство заведомо выше инвестора, инвестор - не партнер государства, а наемный "поденщик", т.е. по существу инвестор дискриминируется, а следовательно, и нет никаких гарантий стабильности выполнения договора и - мизерные инвестиции в итоге.

Согласно законопроектам о СРП и о концессионных договорах порядок получения разрешения на пользование недрами - конкурсы и аукционы, т.е. тот же, что и в законе "О недрах". Однако, существуют два подхода: либо исключить возможность проведения прямых переговоров, запретить их (закон "О недрах"), либо разрешить, специально оговорив процедуру (законопроекты о концессиях и о СРП). Опасность прямых переговоров в том, что ограничивая конкуренцию инвесторов, они могут дать в руки чиновников право предоставлять концессию по своему усмотрению. Тем самым существует опасность возникновения огромных возможностей для коррупции.

Соображения конфиденциальности, а иногда и простой целесообразности в жизни могут играть решающую роль. Интересы национальной безопасности при сдаче в концессию рудника на территории бывшего или действующего оборонного объекта или концессия на конверсию оборонного предприятия могут потребовать ведения прямых переговоров с предельно ограниченным кругом соискателей. Неизбежность ограничения в некоторых случаях конкурсной процедуры фактически признана появлением так называемых "закрытых" конкурсов в Положении о порядке лицензирования пользования недрами. Как же соблюсти условия конфиденциальности при отсутствии законной возможности ведения прямых переговоров? Разработчики закона "О недрах" и их сторонники искренне считают, что достаточно ввести некоторые специальные дискриминационные оговорки в порядок проведения конкурсов и аукционов. Понятно, что в этом случае контролировать "чистоту" конкурсов и аукционов становится практически невозможно и возникает опасность повсеместного перерождения конкурсов и аукционов в прямые переговоры, вопреки благим намерениям сторонников концепции закона "О недрах".

"Концессионные" законопроекты предлагают иной путь: узаконить возможность прямых переговоров и разработать специальное Положение о порядке заключения соглашений в результате прямых переговоров, где и определить детальную регламентацию (в каких случаях и в каком порядке проводятся прямые переговоры, каким образом осуществляется контроль, проводится необходимая экспертиза и т.п.). Проект такого Положения - в составе пакета нормативных документов к Указу Президента №2285 был подготовлен еще в середине прошлого года. Механизм контроля и учета должен быть таким, чтобы все могли бы быть твердо уверены, что несправедливые попытки чиновников от лица государства - всеми правдами и неправдами - под прикрытием псевдоконкурсов протаскать "своего" инвестора будут обнаружены и обжалованы.

Критики законопроекта о СРП утверждают, что уступка прав пользования недрами... противоречит действующему законодательству и свободна от любых ограничений. Однако ст.16 закона о СРП содержит сразу НЕСКОЛЬКО ограничений: уступка прав возможна либо "при условии письменного уведомления (инвестором - авт.) об этом государства... и принятия на себя ответственности за соблюдение

условий соглашения", либо "только с письменного согласия государства" при соблюдении к тому же еще целого ряда условий...

ВЗАИМОСВЯЗЬ ДВУХ ЗАКОНОВ. Предложенная правовая конструкция представляет в своей основе структуру "зонтичного" типа, состоящую из "рамочного закона "О концессионных договорах" и серии "специальных" законов, первым из которых является закон о СРП. В зону "рамочного" закона входят все *принципиальные вопросы* передачи негосударственному инвестору прав пользования объектами государственной собственности (как имущественными объектами, так и природными ресурсами) и виды деятельности, на которые государство установило свою монополию. В свою очередь оба закона действуют "в рамках" Гражданского Кодекса. Система договорных отношений в недропользовании включает три основных вида производственных соглашений между принимающей страной и инвестором: собственно концессии (или соглашения "налог плюс роялти"), соглашения о предоставлении услуг (с риском и без риска) и соглашения о разделе продукции. Последние и являются сферой действия проекта соответствующего "специального" закона о СРП.

Общее. Соглашение (договор) заключают государство и инвестор, законы действуют для российских и иностранных инвесторов, обеспечивается недискриминационный характер взаимоотношений с инвестором, действует принцип "двух ключей" (Российской Федерации и ее субъекта) в отношении объектов недропользования совместного ведения, особый характер налогообложения включающий предоставление необходимых гарантий стабильности налогового режима на весь срок действия соглашения, договорный характер взаимоотношений с инвестором, отказ государства от иммунитета, инвестору разрешается уступка прав, предоставляется возможность залога и т.д. Понятно, что в обоих случаях требуются внесение соответствующих дополнений в действующее законодательство (например, введение в разрабатываемый в настоящее время закон "о системе налогообложения" статьи, предусматривающей ссылку на особый порядок исчисления налогов при заключении концессионных договоров и соглашений о разделе продукции).

Различия. Законы различаются *по характеру действия*: "О концессионных и иных договорах" - закон более общий, в нем определяются права и обязанности инвестора, подписавшего с государством контракт на долгосрочное пользование объектом, находящимся в собственности государства, или занявшимся видом деятельности, составляющим государственную монополию (что можно, чего нельзя), и гарантии государства, в то время как закон о СРП - закон с ясной спецификой недропользования, который содержит механизм реализации соглашения (получил право на разработку месторождения, нашел минеральное сырье, сразу отчислил государству определенный процент от добычи, возместил из произведенной продукции свои издержки, получил прибыль, разделил ее с государством, заплатил налоги, все детали - в соглашении). Что касается *сферы действия*, то поскольку концессионный договор, как уже отмечалось, распространяется в основном на обрабатывающую промышленность, транспорт, услуги и т.п., как следствие, - особое внимание - к перечням концессионных объектов, процедуре их составления и пересмотра. Может различаться и *порядок поступления доходов* в казну: сразу после заключения договора (при пользовании, включая аренду) или после получения первой продукции (при соглашении о разделе продукции).

Объективно закон "О концессионных и иных договорах" должен стать своеобразным концессионным кодексом России, выполняя роль закона прямого действия для всех сфер народного хозяйства, в которых возможно договорное использование частных инвестиций и имея субсидиарное (частичное, вспомогательное, т.е. "в случае молчания закона") значение для тех отраслей

экономики, в которых спецзаконодательством уже введена субсидиарная система природопользования.

КТО ПОДДЕРЖИТ ЗАКОНЫ, КТО ИМ ПРОТИВОСТОИТ. Формулируя Закон "О концессиях" как универсальный концессионный кодекс, его авторы видели свою задачу в том, чтобы преодолеть односторонне-сырьевую ориентацию действующего российского специального законодательства и, соответственно, широко распространенное заблуждение, что едва ли не единственным источником масштабных частных инвестиций в российскую экономику являются ее невозобновляемые природные ресурсы. Закон может помочь высвободить огромный созидательный потенциал. Объектами концессий могут быть, в частности, государственные предприятия, подлежащие программам санации, модернизации, демонаполизации и т.д. Концессионный частный капитал может быть привлечен на уровне Российской Федерации, ее субъектов, муниципалитетов на самых разных условиях даже в отрасли ВПК. Возможно заключение самых разнообразных договоров с иностранными инвесторами, заключаемые с целью получения технологий, раздела продукции, строительства объектов "под ключ", сервисного обслуживания и многих других.

Законы о концессионных договорах и о СРП заключают в себе ряд юридических механизмов которые позволяют придать отношениям инвестора и государства гражданско-правовой, договорный характер и тем самым обеспечить реальное равенство сторон в области их прав и взаимных обязательств. Вместе с тем Законы не посягают на общепризнанные прерогативы государства как органа публичной власти. С одной стороны, оно - партнер частного инвестора, но с другой стороны, оно же осуществляет контроль над его деятельностью.

Наконец, что особенно важно в нынешней социально-политической обстановке в представленных проектах Законов решена задача сочетания интересов Российской Федерации и ее субъектов, а также координации законодательства Федерации и ее субъектов в сфере концессионных отношений.

Против законопроекта о СРП выступают те, кто не хочет перемен или ищет льгот для той или иной группы инвесторов, но итог один - отсутствие долгосрочной стабильности договоров государства с инвестором. Не прекращаются и попытки организационно сорвать принятие соответствующих законов. В Отзыве накануне вынесения законопроекта о СРП на вторые чтения Председатель Комитета по природным ресурсам Н.П.Астафьев пишет: "Без принятия **концептуальных** поправок о первичности Закона РФ "О недрах" по отношению к проекту "О соглашениях о разделе продукции", о первичности лицензии на пользование недрами по отношению к соглашению о разделе продукции и о недопустимости уступки прав в существующей редакции Комитет по природным ресурсам вынужден будет поставить перед Государственной Думой вопрос о необходимости повторного рассмотрения законопроекта "О соглашениях о разделе продукции" в первом чтении". Напомним, что после принятия законопроекта о СРП, а речь идет о нем, в первом чтении, все это - абсолютно незаконные требования! Тональность же и существо Отзыва, по-видимому, в дополнительных комментариях не нуждаются: аргументы все те же, но инициативные, хотя и немногочисленные, борцы с инвестициями сдаваться не собираются...

Вместе с тем налицо тот чрезвычайно редкий случай, когда существуют реальные возможности успешного принятия представленных законопроектов. В скорейшем появлении этой группы законов и, как следствие, осуществлении крупных инвестиционных проектов, обеспечивающих работу и зарплату широким слоям населения, объективно заинтересованы совершенно разные по своим политическим убеждениям партии и фракции в парламенте: защитники интересов российских предпринимателей и сторонники широкого привлечения в страну иностранного

капитала, радикальных реформ и гарантированной занятости при минимизации безработицы, представители ВПК и ТЭКа...