

Инвестиции в участки недр федерального значения: некоторые практические аспекты

Е.А. Иванова, юридический советник компании «Salans LLP»

Настоящая статья посвящена анализу применения некоторых положений законодательства об участках недр федерального значения¹. В связи с тем, что случаев применения данного законодательства пока еще немного, особенно интересно постараться выявить намечающиеся тенденции в правоприменительной практике, а также дать некоторые рекомендации участникам проектов.

Поэтому цель данной статьи – не осветить все аспекты нового законодательства², а остановиться на некоторых проблемных моментах, сгруппированных в следующие два тематических блока: 1) приобретение контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение и осуществляющим пользование участками недр федерального значения (далее – стратегический недропользователь); 2) открытие участка недр федерального значения.

Приобретение контроля над стратегическим недропользователем

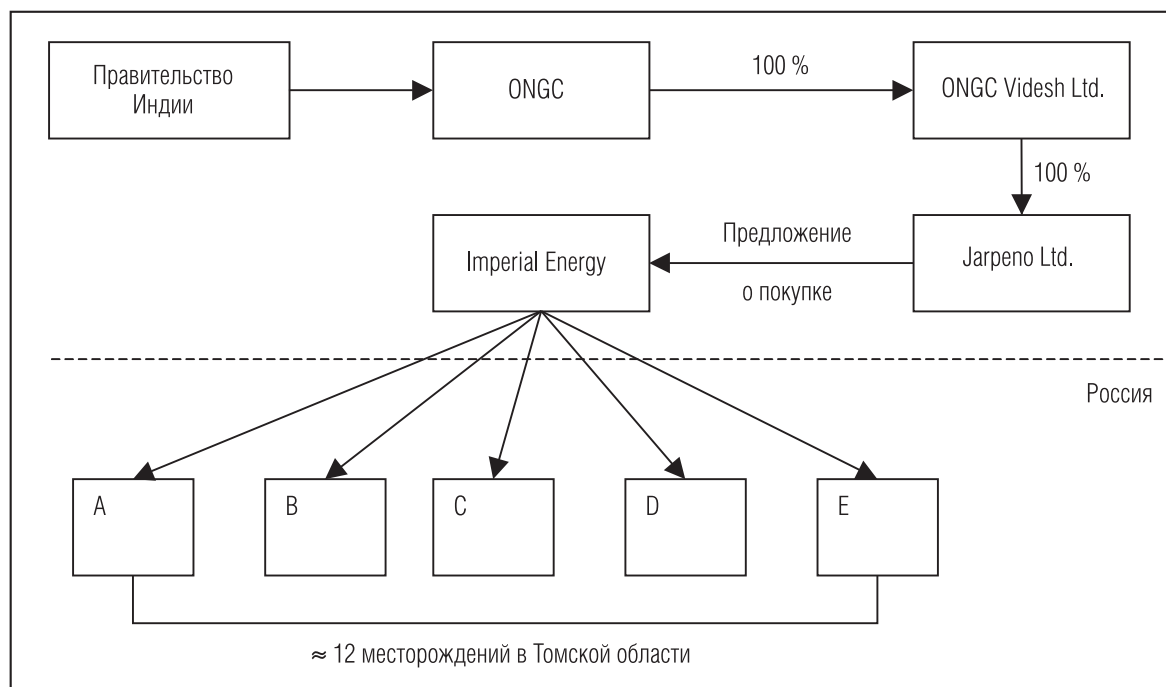
Сделка ONGC/Imperial Energy

Как известно, уже есть прецеденты подачи и рассмотрения ходатайств на согласование сделок в соответствии с 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» (далее – Закон о стратегических инвестициях). При этом из тех прецедентов, которые касаются стратегических недропользователей, особый интерес представляет сделка по покупке Imperial Energy индийской компанией ONGC. Данная сделка носила публичный характер, ее детали широко освещались в прессе, и поэтому она ценна как наглядный пример применения законодательства о стратегических инвестициях. К тому же в связи с тем, что ONGC контролируется Правительством Индии, данная сделка затрагивает вопросы не только правового режима участков недр федерального значения, но и контроля за стратегическими инвестициями, осуществляемыми иностранными государствами.

¹ То есть соответствующих положений федеральных законов 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» и № 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», в том числе изменений в Закон Российской Федерации от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах».

² Общий обзор законодательства о стратегических инвестициях и участках недр федерального значения // Нефть, Газ и Право. 2008. № 3, 4.

Рис. 1. Схема сделки ONGC/Imperial Energy



Imperial Energy — английская публичная компания с целым рядом нефтегазовых активов в России (лицензии на разработку около 12 месторождений в Томской области, оформленные на российских дочек компании). ONGC сделала предложение о покупке 100 % акций Imperial Energy через свою дочернюю компанию Jarpeno Ltd. Схема сделки приведена на рисунке 1. По условиям предложения «размещение документа о предложении является условным и зависящим от получения определенного разрешения от регулирующих органов». В тексте предложения не конкретизировано, какое именно разрешение имелось в виду, но на практике Jarpeno Ltd. подала заявки на согласование сделки как по антимонопольному законодательству, так и по Закону о стратегических инвестициях.

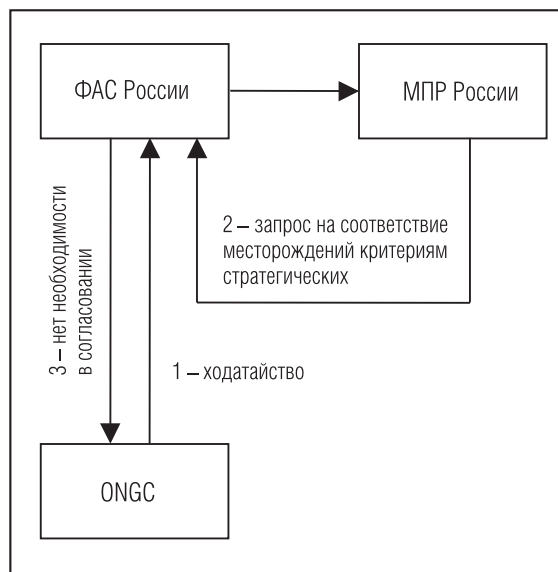
Вопрос о необходимости согласования сделки по Закону о стратегических инвестициях вряд ли мог быть решен однозначно. Интрига заключалась в том, что Imperial Energy открыто подтвердила, что ни одно из российских месторождений в ее активах не подпадает под критерий участка недр федерального значения. Тот факт, что в совокупности

запасы нефти по принадлежащим Imperial Energy лицензиям по объему превышают планку в 70 млн т, после которой требуется согласование, не имеет значения, так как законодательство использует данный критерий исключительно в отношении каждого отдельного месторождения.

Процедура согласования сделки ONGC/Imperial Energy

В результате, получив заявку Jarpeno Ltd., ФАС России отправила запрос в МПР России на подтверждение соответствия месторождений критериям участков недр федерального значения и, получив отрицательный ответ, вернула заявку с выводом об отсутствии необходимости в согласовании (см. рис. 2). Этот пример интересен тем, что был создан прецедент дополнительного согласования, или проверки, соответствия месторождений критериям участков недр федерального значения. Данная проверка не является требованием законодательства, это была исключительно инициатива участников сделки, а также ФАС России, которая, логично посчитав, что данный вопрос находится

Рис. 2. Процесс согласования сделки ONGC/Imperial Energy



вне пределов компетенции службы, сделала запрос в МПР России.

Из законодательства следует, что инвестор сам должен определять, является ли месторождение участком недр федерального значения. Тем не менее вполне понятно желание участников сделки подстраховаться и получить официальное подтверждение данного факта, тем более что на настоящий момент отсутствует список участков недр федерального значения, который должно составить и опубликовать министерство. К сожалению, роль данного списка неясна, так как в законодательстве не было сделано привязки данного списка ни к процедуре согласования, ни к определению понятия участков недр федерального значения. Тем не менее наличие такого списка очень сильно поможет инвесторам при принятии решения о необходимости согласования сделки.

Таким образом, несмотря на приобретение контроля над российскими компаниями, входящими в группу Imperial Energy, не было необходимости в согласовании сделки по данному основному критерию, так как ни одна из них не являлась стратегическим недропользователем.

Необходимость в согласовании сделки ONGC/Imperial Energy — норма об инвестициях иностранных государств

С юридической точки зрения, была иная веская причина необходимости согласования: при принятии Закона о стратегических инвестициях была внесена новая норма в Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее — Закон об иностранных инвестициях) — новая часть четвертая статьи 6, которая предусматривает следующее: сделки, которые **совершаются иностранными государствами или находящимися под их контролем организациями** и в результате которых приобретает право прямо или косвенно распоряжаться **более чем 25 % голосов**, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал **российского хозяйственного общества**, или иная возможность блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества, подлежат предварительному согласованию в порядке, предусмотренном статьями 9–12 Закона о стратегических инвестициях.

В соответствии с данной нормой приобретение иностранным государством или иностранной госкомпанией контроля в отношении более чем 25 % в любом российском хозяйственном обществе, независимо от того, является ли оно обществом, имеющим стратегическое значение, подлежит согласованию в соответствии с Законом о стратегических инвестициях.

Таким образом, данная норма Закона об иностранных инвестициях является отдельным специальным критерием о необходимости согласования сделок по Закону о стратегических инвестициях. Учитывая важность данной нормы, удивительно видеть ее только в Законе об иностранных инвестициях, а не в Законе о стратегических инвестициях. Более логично было бы повторить в Законе о стратегических инвестициях норму Закона об иностранных инвестициях, а не вводить новые механизмы контроля.

Вернемся к рассматриваемому примеру. Так как Jargeno Ltd. (через ONGC) контролируется Республикой Индией, сделка по приобретению Imperial Energy подпадает под данный специальный критерий необходимости согласования.

При этом осталось неясным, что именно должно согласовать правительственная комиссия в случае ONGC/Imperial Energy, так как процедура со-

гласования по Закону о стратегических инвестициях не предусматривает никаких альтернативных вариантов, кроме случая хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение. Более того, в соответствии со статьей 9 Закона о стратегических инвестициях, если при первоначальной проверке ходатайства уполномоченный орган (т. е. ФАС России) определит факт неустановления заявителем контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение, ходатайство подлежит возврату заявителю. Именно по такому единственно логически возможному пути пошла ФАС России при рассмотрении ходатайства по сделке ONGC/Imperial Energy: подтвердив отсутствие у Imperial Energy участков недр федерального значения, ФАС России вернула ходатайство с резолюцией об отсутствии необходимости в дальнейшем согласовании³.

Таким образом, на примере сделки ONGC/Imperial Energy можно сделать вывод о том, что при наличии специального критерия по части четвертой статьи 6 Закона об иностранных инвестициях (приобретение иностранным государственным инвестором контроля в отношении более чем 25 % в российском хозяйственном обществе), но при отсутствии основного критерия, а именно соответствия данного хозяйственного общества критерию хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, процедура согласования ограничивается общей проверкой со стороны ФАС России ходатайства на предмет отсутствия факта установления контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение.

Ценно то, что прецедент ONGC/Imperial Energy подтвердил отсутствие необходимости в передаче подобных сделок на дальнейшее рассмотрение Правительственной комиссией (хотя, к сожалению, официальный пресс-релиз ФАС России на сделку не содержит ссылок на критерий Закона об иностранных инвестициях или о стратегических инвестициях).

Ценно то, что прецедент ONGC/Imperial Energy подтвердил отсутствие необходимости в передаче подобных сделок на дальнейшее рассмотрение Правительственной комиссией (хотя, к сожалению, официальный пресс-релиз ФАС России на сделку не содержит ссылок на критерий Закона об иностранных инвестициях или о стратегических инвестициях).

Приобретение иностранным государством или иностранной госкомпанией контроля в отношении более чем 25 % в любом российском хозяйственном обществе, независимо от того, является ли оно обществом, имеющим стратегическое значение, подлежит согласованию в соответствии с Законом о стратегических инвестициях.

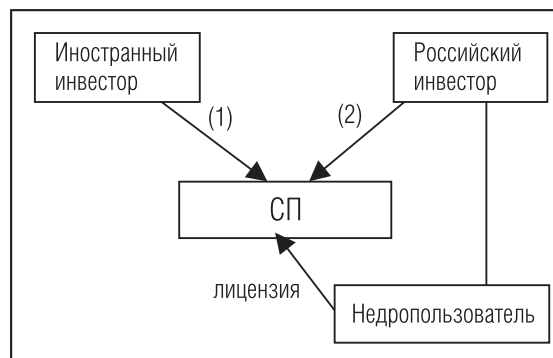
ранних инвестициях или специальных разъяснений по данному вопросу). Минус подобных ситуаций состоит в том, что практически в любых случаях осуществления иностранных государственных инвестиций необходимо подавать ходатайство с полным пакетом требуемых документов в ФАС России, что достаточно затратно и в административном, и во временном аспектах.

России, что достаточно затратно и в административном, и во временном аспектах.

Альтернативный сценарий приобретения контроля: через переоформление лицензии на пользование недрами

В практике инвестиций в активы в сфере недропользования часто используется иная структура сделки, нежели продажа компании, прямо или через третьих лиц владеющей лицензией на пользование недрами, а именно: учреждается совместное предприятие инвестора и собственника, которому принадлежит компания — держатель лицензии, и на него переоформляется лицензия на пользование недрами (см. рис. 3).

Рис. 3. Альтернативный сценарий приобретения контроля: через переоформление лицензии



³ См. пресс-релиз ФАС России от 10 ноября 2008 г.

В связи с тем что потенциально данный механизм можно было бы использовать, чтобы обойти процедуру согласования, предусмотренную Законом о стратегических инвестициях, в изменениях в Закон Российской Федерации «О недрах» предусмотрено, что запрещается переоформление лицензии на пользование участками недр федерального значения, если предполагаемый новый владелец лицензии контролируется иностранным инвестором в смысле Закона о стратегических инвестициях (исключения могут быть установлены Правительством Российской Федерации «в исключительных случаях»).

Таким образом, иностранные инвестиции в стратегических недропользователей должны структурироваться как инвестиции в компанию, уже обладающую лицензией на пользование стратегическим участком недр, а не путем образования совместного предприятия с существующим собственником, на которое будет переоформляться лицензия. На практике для использования второго альтернативного сценария чаще всего имеются реальные коммерческие причины (такие как, например, избежание риска наличия скрытых обязательств при инвестировании в новую «чистую» компанию). Поэтому остается сожалеть, что применительно к участкам недр федерального значения участники сделок лишаются значительной доли гибкости в структурировании инвестиций.

Открытие участка недр федерального значения

Согласие Правительства Российской Федерации на начало добычи

Применительно к участкам недр федерального значения введен дополнительный механизм государственного контроля: чтобы приступить к добыче, необходимо отдельное разрешение Правительства Российской Федерации. Отказ в выдаче разрешения влечет за собой: 1) прекращение права пользования недрами; 2) отзыв лицензии (в случае совмещенной лицензии) или отказ в выдаче лицензии на добычу.

Процедуру согласования должны проходить все пользователи участков недр федерального зна-

чения, независимо от вида лицензии и от наличия или отсутствия иностранного участия. Единственное исключение сделано для ранее выданных лицензий, по которым геологическое изучение было завершено до 7 мая 2008 г.

«Зона риска»

Несмотря на то что разрешение на начало добычи должны получать все пользователи участков недр федерального значения, законодательством предусмотрено, что отказ в выдаче разрешения может последовать, если:

- 1) пользователь недр является иностранным инвестором или в нем есть участие иностранных инвесторов;
- 2) в процессе геологического изучения им было открыто месторождение, соответствующее критериям участка недр федерального значения.

С процедурной точки зрения определение объема извлекаемых запасов и факт открытия участка недр федерального значения устанавливаются на основании заключения государственной экспертизы запасов полезных ископаемых⁴, которая проводится по результатам геологического изучения, проведенного недропользователем. В результате предварительные оценки запасов, которые делались на более ранних этапах, в расчет не принимаются.

Соответственно, степень риска при частном инвестировании в геологическое изучение очень высока, и крупные месторождения открывать элементарно невыгодно. Хотя законодательство о стратегических инвестициях и содержит некоторые положения о возмещении государством расходов, понесенных инвестором в связи с геологоразведкой, представляется маловероятным, что инвесторы смогут получить полное или значительное возмещение убытков, связанных с потерей инвестиций.

На практике встречаются ситуации, когда объем запасов открытого месторождения сильно отличается от ожидаемого по предварительным оценкам (как в ту, так и в другую сторону). Недавний пример открытия участка недр федерального значения — Нижнечутинское месторождение. По результатам геологического изучения данного месторождения

⁴ См. пункт 4 Положения о принятии решения о прекращении права пользования участком недр федерального значения для разведки и добычи полезных ископаемых в случае осуществления геологического изучения недр по совмещенной лицензии. Утверждено постановлением Правительства Российской Федерации от 16 сентября 2008 г. № 697).

извлекаемые запасы нефти были утверждены госкомиссией по запасам в размере 100,1 млн т, в то время как предыдущая оценка Miller&Lents составляла 25,5 млн т⁵. Данный пример показателен также в том ключе, что часто предварительные оценки производятся по методикам независимых оценщиков, которые могут отличаться от официальной методики, используемой для постановки запасов на государственный баланс, что следует принимать во внимание при оценке риска квалификации месторождения как участка недр федерального значения.

Разрабатывающее Нижнечутинское месторождение ООО «Нефтегазпромтех» принадлежит британской компании Timan Oil & Gas. По данному основанию ООО «Нефтегазпромтех» будет считаться иностранным инвестором в смысле законодательства о стратеги-

ческих инвестициях, которому Правительство Российской Федерации может отказать в праве на дальнейшую разработку месторождения. Стоит отметить, что в праве на добычу в случае открытия участка недр федерального значения может быть отказано при любой степени участия в недропользователе иностранных инвесторов⁶, не обязательно наличие контроля, то есть в данном случае установлен более жесткий режим по сравнению с ситуацией приобретения контроля над стратегическим недропользователем: нет никаких гарантий, что инвестиции удастся сохранить при степени иностранного участия менее 10%.

При этом такие инвесторы, как Timan Oil & Gas, в отношении Нижнечутинского месторождения оказались в наименее выгодном положении, так как они получали лицензии до принятия ограничений, касающихся участков недр федерального значения, и не имели возможности принять данный фактор во внимание при структурировании и осуществлении инвестиций. Поэтому необходимо с сожалением признать, что принцип отсутствия обратной силы

закона был применен к законодательству о стратегических инвестициях в довольно усеченном виде.

Процедура согласования

При принятии решения о согласовании перехода к этапу добычи Правительство Российской Федерации абсолютно свободно в смысле отсутствия каких-либо законодательно установленных критериев или условий отказа в согласовании.

Определение технической процедуры согласования перехода к стадии добычи при открытии участка недр федерального значения отнесено к ведению Правительства Российской Федерации. В от-

ношении совмещенных лицензий процедура согласования была утверждена постановлением Правительства Российской Федерации от 16 сентября 2008 г. № 697 (далее — по-

становление № 697)⁷. Схема на рисунке 4 дает общее представление о процедуре согласования по данному постановлению.

Процедура предусматривает участие значительного количества государственных органов, прописывает набор документов, прилагаемых к ходатайству, и определяет сроки взаимодействия между вовлеченными в процесс государственными органами. При этом максимальные сроки согласования не предусмотрены ни в законе, ни в постановлении № 697. Более того, сроки по постановлению № 697 довольно запутанны и не всегда прописаны и по примерным подсчетам могут составлять два-три месяца и более.

В связи с такими затянутыми сроками и абсолютным запретом на разведку и добычу до получения согласия может возникнуть опасность нарушения обязательств недропользователя по срокам и объемам добычи в соответствии с лицензией. В таких случаях может потребоваться внесение соответствующих изменений в условия лицензии. Кроме того, недропользователь будет вынужден

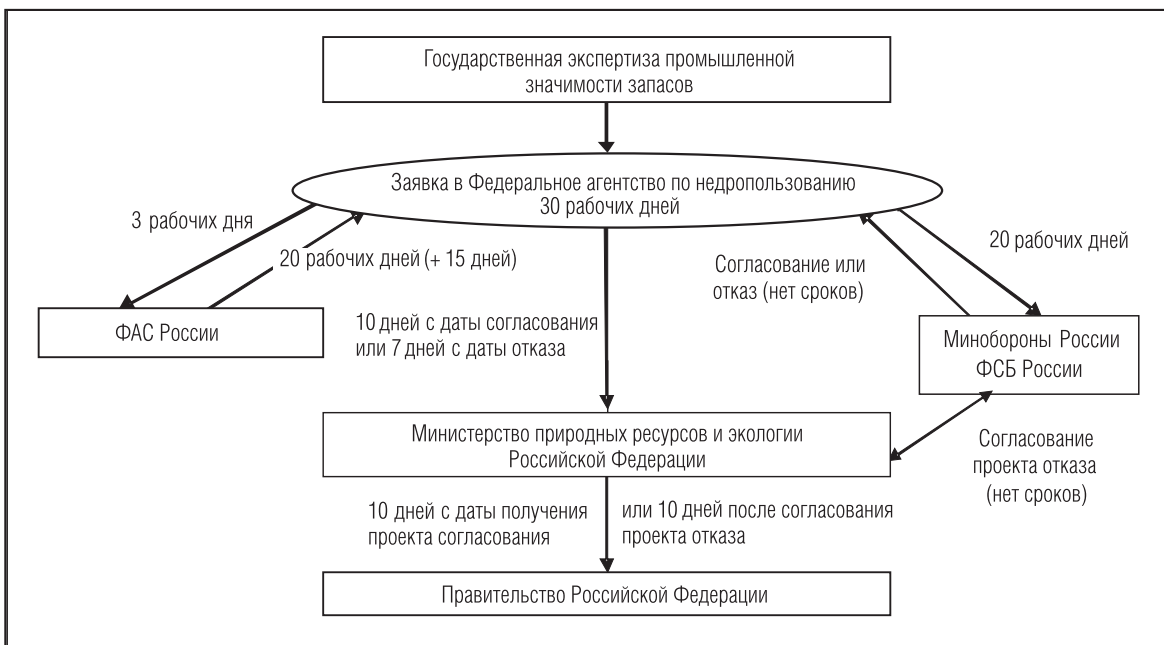
...практически в любых случаях осуществления иностранных государственных инвестиций необходимо подавать ходатайство с полным пакетом требуемых документов в ФАС России, что достаточно затратно и в административном, и во временном аспектах.

⁵ См.: РИА «Новости». 2008. 31 окт.

⁶ Под иностранными инвесторами понимаются также находящиеся под контролем иностранных инвесторов организации, в том числе созданные на территории Российской Федерации (ст. 2.1 Закона Российской Федерации «О недрах»).

⁷ См. сноску 4.

Рис. 4. Процедура согласования перехода к добыче по постановлению Правительства Российской Федерации от 16 сентября 2008 г. № 697



нести дополнительные расходы в результате замораживания работ на месторождении во время прохождения процедуры согласования.

Возможные меры по минимизации рисков

Таким образом, в случае инвестиций в геологическое изучение потенциально крупных месторождений инвесторы рискуют потерей лицензии и, соответственно, потерей уже осуществленных инвестиций при любой степени иностранного участия (в широком понимании данного термина в законодательстве о стратегических инвестициях).

В связи с этим при существовании риска открытия месторождения, соответствующего критериям участка недр федерального значения, перед инвесторами встает вопрос о реструктуризации инвестиций с целью вывода иностранных инвесторов (например, в случае совместного предприятия путем продажи (перевода) доли, принадлежащей иностранному партнеру, российскому партнеру или третьему лицу). Такой сценарий был бы выгоден всем участникам проекта: иностранный инвестор смог бы получить более близкую к рыночной компенсацию инвестиций (в отличие от ограниченного воз-

мещения расходов государством), а российский инвестор смог бы сохранить лицензию и проект.

Законодательство не предусматривает такую модель, но и не отрицает ее. В связи с этим можно предположить, что на практике большую сложность будут представлять сроки выхода иностранных инвесторов из проекта, так как получается, что выход должен быть осуществлен во временной промежуток между признанием открытого месторождения участком недр федерального значения и подачей заявки на согласование начала добычи. Поэтому желательным был бы более гибкий подход к данному вопросу со стороны законодательства, а именно: чтобы в случае признания Правительством Российской Федерации невозможности дальнейшего иностранного участия в проекте инвесторам предоставлялась возможность в разумный срок самим реструктурировать проект с целью вывода иностранного участия.

В долгосрочной перспективе и особенно с учетом нынешнего состояния рынков и финансовых систем отсутствие законодательно установленных гарантий сохранности инвестиций в геологоразведку не способствуют реализации политики по восстановлению минерально-сырьевой базы страны. □