

Redevențele petroliere și statul de drept (sau despre cum își pierde statul român respectul de sine)

Laurențiu Pachiu, Energy Policy Group

20 octombrie 2015

O bună parte a mediului politic și mediatic din România continuă să promoveze sau să persiste în confuzie atunci când vine în discuție problema beneficiului statului român din activitățile petroliere, popular cunoscut că „regimul redevențelor petroliere”.

Nimeni nu a reușit să identifice până în prezent un argument logic, legal și economic, o adevărată “notă de fundamentare” a interesului public în baza căreia se promovează inițiativele de revizuire a sistemului fiscal aplicabil petroliștilor.

Ideea care a fost cea mai vehiculată este aceea că “redevențele actuale au expirat la 31 decembrie 2014, deci trebuie adoptat un nou sistem de redevențe”. Și, desigur, cotele acestor noi redevențe trebuie să fie mai mari... Să vedem însă ce prevede legislația aplicabilă în „statul de drept” România.

Actul normativ care este vehiculat în susținerea campaniei de modificare a cadrului de prelevare a veniturilor statale din activități petroliere este Legea nr. 555/2004 privind unele măsuri pentru privatizarea Societății Naționale a Petrolului Petrom - S.A. București, intrată în vigoare la 9 decembrie 2004. Articolul 10 din această lege prevede, la alineatul 2, că:

„Până la data de 31 decembrie 2014, cu excepția cerințelor contrare ale legilor sau reglementărilor general aplicabile în Uniunea Europeană, care devin aplicabile României, regimul de impozitare aplicabil activităților de explorare și producție ale societății (n.n. Petrom) și filialelor sale nu va deveni, indiferent sub ce formă, mai oneros pentru societate, inclusiv prin majorarea ratelor impozitelor aplicabile ori prin introducerea de noi impozite cu privire la explorare și producție.”

Alineatul 4 al aceluiași articol stabilește că: *„Prevederile alin. (1), (2) și (3) se aplică, pe întreaga perioadă în care sunt aplicabile societății și celorlalte societăți care întreprind activități de explorare și exploatare petrolieră și de gaze naturale în România.”*

În primul rând trebuie clarificat că prin „regim de impozitare” trebuie înțelese toate impozitele și taxele aplicabile companiilor petroliere din sfera activităților de explorare și producție, exceptând redevențele care nu pot fi asimilate impozitelor, acestea având o natură juridică asimilată mai degrabă chiriilor.

Textul de lege enunțat mai sus nu poate fi înțeles în sensul că la 31.12.2014 regimul de impozitare aplicabil companiilor petroliere din România ar fi „expirat”, iar activitățile petroliere ar rămâne astfel nereglementate fiscal. Textul în cauză pur și simplu oferă o garanție că sistemul fiscal aplicabil la data adoptării legii respective nu va fi modificat, **cel puțin** până la data limită, într-un sens mai dezavantajos pentru operatorii petrolieri. De asemenea, nu se poate susține că odată trecut termenul limită, ar exista vreo obligație sau necesitate de a revizui sistemul fiscal respectiv sau de a se introduce noi impozite și taxe.

Dar oare politicienii avocați ai majorării fiscalității aplicabile companiilor petroliere, și guvernele României din 2004 încoace și-au respectat această obligație de a nu modifica cadrul fiscal până la 31 decembrie 2014?

În mod regretabil pentru credibilitatea lor, nu. Introducerea impozitului de 60% asupra veniturilor suplimentare obținute ca urmare a dereglementării prețurilor din sectorul gazelor naturale prin Ordonanța nr. 7/2013, deci în perioada garanțiilor fiscale date prin legea nr. 555/2004, reprezintă evidența ipocriziei în politică românească de reglementare a sectorului petrolier.

În ceea ce privește redevențele, art. 15 din legea respectivă stabilește că:

„(1) Pe o perioadă de 10 ani de la data finalizării vor fi menținute nivelul procentual, bază și modalitatea de calcul al redevențelor datorate de societate conform contractelor individuale de concesiune încheiate de aceasta, aplicabile la data intrării în vigoare a prezentei legi.

(2) Până la data de 31 decembrie 2014, prevederile alin. (1) se aplică, la cerere, tuturor titularilor de acorduri individuale de concesiune în domeniul explorării și exploatării zăcămintelor de petrol și gaze naturale, încheiate cu ANRM.”

Și aceste prevederi trebuie înțelese în sensul unei garanții legale, nicidecum a menținerii nivelului redevențelor până la un termen limită după care acesta a “expirat” și trebuie, vrând-nevrând, modificat. Și dacă ar fi să acceptăm teoria “expirării” redevențelor, oare cum se explică că după cei 10 ani operatorii au continuat să plătească redevențe și statul să încaseze? Prin simpla realitate că redevențele sunt valabile în temeiul contractelor de concesiune, pe întreaga perioadă a derulării acestor contracte. Mai mult, pentru ceilalți

concesionari petrolieri, alții decât Petrom, legea stabilește, în alin. 2, opțiunea acestora (și nu obligația) de a beneficia de respectiva garanție legală. Iar dacă redevențele, în cazul societății Petrom, sunt datorate „conform contractelor individuale de concesiune încheiate”, oare nu este necesar, ca în cazul oricărui contract, ca pentru modificarea acestora, după cei 10 ani, să fie necesar acordul Petrom?

Prin urmare, „redevențele” nu au „expirat”.

Asemenea prevederi legale s-au dorit ca o reflecție a standardelor internaționale în domeniul (atragerii și garantării) investițiilor străine pe termen lung, realizate în sectoarele cu investiții de capital intensiv și ridicat, cum ar fi, industria extractivă, infrastructură, utilități sau în finanțările de proiecte strategice. Unii specialiști vorbesc de altfel despre o ramură de drept internațional de sine stătătoare, respectiv, *lex petrolea*.

Legislația românească a preluat această practică internațională în domeniul petrolier, astfel încât la orice moment din ultimi 25 de ani aceasta s-a fundamentat pe principiul stabilității în contractele de concesiune petrolieră, după cum se poate vedea în cele ce urmează:

Art. 1 din Ordonanța de Urgență nr. 160/1999 privind instituirea unor măsuri de stimulare a activității titularilor de acorduri petroliere și subcontractanților acestora, care desfășoară operațiuni petroliere în perimetre marine ce includ zone cu adâncime de apă de peste 100 metri:

„Titularii de acorduri petroliere și subcontractanții acestora, care desfășoară operațiuni petroliere, în perimetre marine ce includ zone cu adâncime de apă de peste 100 metri, beneficiază de următoarele măsuri de stimulare a activității:

a) pe perioada derulării acordului petrolier vor fi aplicabile reglementările fiscale existente la data semnării acestuia;”

Art. 5 din Legea nr. 66/1992 privind acordarea unor facilități pentru atragerea de capital străin în domeniul explorării și exploatării zăcămintelor de petrol și gaze:

“Facilitățile care se acordă investitorilor străini, potrivit prezenței legi, se stabilesc, pentru fiecare contract în parte, pe întreaga durată a contractului, care nu poate fi mai mare de 30 de ani.”

Legea petrolului nr. 134/1995:

“Art. 13: Prevederile acordului petrolier rămân valabile pe toată durata acestuia, în condițiile existente la data încheierii.

Art. 42: Prevederile acordurilor petroliere, încheiate înainte de intrarea în vigoare a prezentei legi și aprobate de Guvern, rămân valabile în condițiile în care au fost încheiate pe întreaga lor durată.”

Legea petrolului nr. 238/2004:

„Art. 61 (1): Prevederile acordurilor petroliere aprobate de către Guvern rămân valabile, pe întreaga lor durată, în condițiile în care au fost încheiate.”

Se poate conchide că principiul stabilității legislative în sfera concesiunilor petroliere este consacrat, în mod expres, prin legea romană. În spiritul aceleași practici internaționale favorabile investițiilor străine, marea majoritate, dacă nu chiar toate concesiunile petroliere încheiate de statul român conțin clauze de stabilitate.

Clauzele de stabilitate reprezintă un standard intens uzitat în contractele dintre state și investitori privați, prin care se reglementează problematica schimbărilor legislative pe durata derulării obiectului contractului. Din perspectiva statului, clauză de stabilitate este de natură să atragă investiții străine și transfer de tehnologie, oferindu-le acestora garanția stabilității cadrului legal. Din perspectiva investitorului privat, rațiunea acestei clauze este de a obține garanții împotriva riscului ca acțiunea unilaterală a statului (prin adoptarea de legi sau politici subsecvente) să nu afecteze echilibrul contractual și condițiile investiției.

În practică, clauzele de stabilitate îmbracă trei forme: (i) clauze de tip „înghețare” (engl: „freeze”) prin care cadrul legislativ existent la data încheierii concesiunii este „înghețat” pe toată durata proiectului, (ii) clauze de asigurare a echilibrului economic contractual care prevăd un cadru flexibil de negociere între investitor și stat în scopul adaptării contractului și a menținerii echilibrului contractual raportat la noi modificări legislative, și, (iii) clauze de tip hibrid, reprezentând o combinație a primelor două tipuri.

Practica arbitrală internațională (ICSID) recunoaște caracterul legal și obligatoriu al unor asemenea clauze de stabilitate ca parte a dreptului internațional și ca expresie a principiilor *pacta sunt servanda* (contractul are putere de lege între părți) și al executării cu bună credință a obligațiilor contractuale. A nu se înțelege că prin clauză de stabilitate este afectată capacitatea de exercitare a suveranității statale, de pildă, prin adoptarea de acte normative. Clauzele de stabilitate stabilesc însă obligația statului de a acționa cu bună credință și, în cazul în care clauza este nerespectată, să acorde despăgubiri investitorului (vezi cauzele *Liamco v Libya*, *Aminoil v Kuwait*, *Revere Copper v OPIC*). În speța *Parkerings v Lithuania*, instanță arbitrală a reținut că:

„Este dreptul și privilegiul de netăgăduit al oricărui stat să își exercite suveranitatea legislativă. Orice stat are dreptul și discreția să adopte, să modifice sau să abroge o lege. Exceptând atunci când există un contract încheiat ce conține o clauză de stabilitate sau o clauză similară, nu este nimic de obiectat în legătură cu modificarea cadrului legislativ existent la momentul la care un investitor a decis să efectueze o investiție. De fapt, orice om de afaceri sau investitor este conștient că legile vor evolua pe parcursul timpului. Ceea ce este însă interzis este ca un stat să acționeze injust, nerezonabil sau inechitabil în exercițiul puterii sale legislative.”

Într-o altă speță care privea existența unei clauze de stabilitate fiscală, *Burlington v Ecuador*, instanță arbitrală a reținut că:

„în cazul unei modificări a sistemului de impozitare sau al introducerii sau eliminării unor impozite ce nu au fost prevăzute în contract (n.a. contractul cu investitorul), și care au impact asupra economiei contractului, un factor de corectare va fi aplicat procentelor de împărțire a producției, astfel încât să se absoarbă creșterea sau reducerea fiscală.”

De asemenea, Curtea Supremă din Estonia a decis în decembrie 2013 că este neconstituțională o modificare legislativă a guvernului estonian din anul 2011 referitoare la mărirea taxelor pentru extracția de resurse minerale înainte de expirarea perioadei de stabilitate prevăzută de legislația existentă. În legea adoptată în anul 2009 era prevăzută o perioadă de 5 ani până în anul 2015 de stabilitate a taxelor pentru extracția de resurse minerale.

În practica internațională există numeroase exemple când schimbările de regim al redevențelor petroliere s-au aplicat numai la concesiunile noi, respectând astfel stabilitatea concesiunilor existente (ex. SUA concesiunile federale offshore, Irlanda, Noua Zeelandă, Grecia, Africa de Sud, Canada-Newfoundland).

Deși este preferabil ca să fie respectată stabilitatea contractuală, în cazul în care totuși au fost adoptate impozite pe sectorul upstream care afectează nefavorabil titularii de concesiuni petroliere, este necesară implementarea unor soluții contractuale care să restabilească echilibrul financiar al concesiunii. Un exemplu din regiune în acest sens este Albania, unde compania Transatlantic Petroleum poartă discuții cu guvernul albanez pentru a neutraliza impactul negativ a unui impozit pe extracția de resurse minerale.

Nerespectarea stabilității regimului fiscal pentru concesiunile existente și impunerea unui regim de redevențe/fiscal neatractiv pentru investiții are consecințe negative asupra țării respective pe termen mediu și lung, întrucât duce la diminuarea investițiilor sau descurajarea investițiilor noi și posibile litigii cu operatorii afectați. Un exemplu în acest sens este Ucraina care a modificat negativ regimul redevențelor pentru concesiunile existente, ceea ce a dus la diminuarea semnificativă a investițiilor și la litigii cu operatorii (ex. JKK Oil & Gas).

Despre tratatele internaționale de protecție a investițiilor care instituie obligații în sarcina statului român de tratament echitabil, nediscriminatoriu la adresa investitorilor și de respectare a contractelor încheiate cu aceștia, am mai scris și nu voi mai reveni aici.

Important de reținut este că atunci când statul român dorește, la modul înțelept și serios, să reconsidere sistemul de impozitare și redevențe aplicabile sectorului petrolier, acesta va trebui să țină cont de:

- Propria legislație privind stabilitatea în contractele de concesiune petrolieră;
- Contractele de concesiune pe care le-a încheiat și care conțin clauze de stabilitate;
- Tratatelor bilaterale de protejare a investițiilor;

Impunerea unui nou sistem de impozitare și redevențe în domeniul petrolier va atrage în mod cert, cel puțin din punct de vedere legal, răspunderea statului român. Efectele negative în planul încrederii investitorilor în mediul investițional românesc vor fi, de asemenea, semnificative. Posibilul „exit” al unor operatori petrolieri ca urmare a impactului negativ al noului cadru de fiscalizare, va transforma „independența de importuri” a României într-o anecdotă sezonieră.

De-a dreptul ilar este că o modificare a regimului fiscal și al redevențelor aplicabil concesiunilor existente ar oferi opțiunea legală concesionarilor petrolieri să considere că această modificare nu le este aplicabilă (practic, ne aflăm în fața unei clauze de stabilitate de tip hibrid), în temeiul Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 54/2006 privind regimul concesionării bunurilor proprietate publică, respectiv, a articolului 54:

„(1) Raporturile contractuale dintre concedent și concesionar se bazează pe principiul echilibrului financiar al concesiunii între drepturile care îi sunt acordate concesionarului și obligațiile care îi sunt impuse.

(2) Concesionarul nu va fi obligat să suporte creșterea sarcinilor legate de execuția obligațiilor sale, în cazul în care această creștere rezultă în urmă:

a) unei măsuri dispuse de o autoritate publică;”

Prin urmare, cu prețul de a își încălca propria legislație, obligațiile contractuale asumate prin contractele de concesiune petrolieră și obligațiile derivând din tratate internaționale, statul român ar da naștere unei situații prin care noile sale măsuri fiscale să nu aibă finalitate în privința operatorilor petrolieri existenți.

Considerăm că respectarea Constituției României, în special articolul 56 alineatul (2) care prevede că “Sistemul legal de impuneri trebuie să asigure așezarea justă a sarcinilor fiscale”, presupune respectarea următoarelor principii în definirea oricărui impozit suplimentar asupra profiturilor (“ISP”) operatorilor upstream:

1. ISP poate fi aplicat în cel mai rău caz numai asupra părții din profit care reprezintă câștiguri extraordinare peste randamentele normale din această industrie, în cazul în care există asemenea profituri.

Aplicarea ISP asupra părții de profit reprezentând randamente normale pentru această industrie contravine Constituției care prevede o impunere justă a contribuabililor din toate sectoarele cu aceeași cotă de impozit pe profit.

Practica internațională cunoaște următoarele instanțe care asigură că ISP se aplică numai la aceste profituri extraordinare:

- Deducerea imediată la momentul înregistrării în contabilitate a costurilor de explorare, inclusiv cele capitalizate contabil;
- Deducerea imediată, la momentul înregistrării în contabilitate, a costurilor cu investițiile;
- Acordarea unor deduceri suplimentare pentru baza de calcul a ISP sau a unor credite fiscale;
- Indexarea pierderilor pentru ISP.

În acest sens, merită menționată decizia Curții Constituționale din Italia din februarie 2015 care a declarat că neconstituțional un impozit suplimentar pe profitul companiilor din sectorul energetic. Argumentele Curții s-au referit inclusiv la faptul că acest impozit suplimentar se aplică asupra întregului profit în loc să fie aplicat numai asupra părții din profituri reprezentând câștiguri extraordinare față de nivelul normal de rentabilitate pentru această industrie.

2. În cazul când ISP se va aplica și asupra concesiunilor existente, nerespectându-se stabilitatea acestora, pentru a se asigura respectarea principiului justeții, că profiturile impozabile realizate începând cu data intrării în vigoare a ISP să fie determinate cu aceleași reguli, indiferent dacă sunt realizate pe baza investițiilor efectuate înainte sau după intrarea în vigoare a ISP.

Considerăm că o eventuală stabilire a unor condiții mai favorabile pentru investițiile noi la calculul ISP (ex. deducere mai rapidă sau deducere suplimentară mai mare) ar fi neconstituțională în sensul că ar discrimina investitorii care au realizat investiții până la data intrării în vigoare a ISP comparativ cu noi investitori.

3. În cazul când viitorul regim va menține atât ISP cât și redevențe, considerăm că este necesar ca redevențele să fie deduse din ISP printr-un mecanism de credit fiscal (sau ISP să fie scăzut din redevențe) pentru a nu realiza o dublă impunere a operatorilor sau chiar triplă, având în vedere impozitul pe profit aplicabil tuturor contribuabililor.

În cele mai multe jurisdicții care au un regim de ISP nu sunt aplicate redevențe, sau acestea prezintă o cotă mică ori sunt scăzute din ISP datorat.

Soluția rațională și legală este ca statul român să angajeze discuții transparente, argumentate și directe cu companiile petroliere pentru a identifica soluții în avantajul ambelor părți (și nu prin așa-zisa „dezbateri publice” a unui proiect de lege, care, o știm cu toții, a devenit un exercițiu superficial și pur formal). Cu alte cuvinte, deși concesiunile petroliere românești conțin clauze de stabilitate de tip *freeze*, Guvernul român trebuie să demonstreze pragmatism și viziune și să urmeze mecanismul specific unor clauze de „echilibrare economică”.

De asemenea, Guvernul român trebuie să reflecteze asupra capacității sale administrative și politice pe termen lung, având în vedere că este foarte posibil să ajungem la aplicarea unor regimuri juridice variate funcție de legislația sub imperiul căreia au fost încheiate diferitele concesiuni petroliere. A stabili noi impozite și redevențe acum, pentru a fi modificate din nou în câțiva ani, funcție de zbatările politice și electorale sau incapacitatea administrativă, va eroda până la cota de avarie credibilitatea mediului investițional din România.

Continuând abordarea hazardată, superficială și politicianistă a problematicii „redevențelor”, inclusiv prin încălcarea propriei legislații și a unor obligații contractuale asumate, statul riscă să își piardă respectul de sine.