

Б. В. Раднаев

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНА О КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЯХ

В настоящей статье проведен анализ Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» на предмет наличия недостатков в правовом регулировании концессионных отношений, по результатам которого автор приходит к выводу о необходимости усиления и более детального регулирования гарантий прав концессионеров. При этом внимание в данной работе автор предлагает сконцентрировать на имущественно-правовой стороне концессионных отношений. В целях выявления недостатков существующей схемы реализации проекта, закрепленной в Законе о концессионных соглашениях, проводится ее сопоставление с иными моделями реализации государственно-частного партнерства. Автор считает необходимым исключить в законе о концессионных соглашениях статью о взимании концессионной платы, в связи с тем, что строительство объекта осуществляется за счет средств концессионера. В заключение автор предлагает разрешить с предварительного согласия концедента передавать в залог объект концессионного соглашения и права по соглашению.

Ключевые слова: концессионное соглашение, недостатки, рекомендации по внесению поправок.

Bair V. Radnaev

SOME PROBLEMS OF APPLICATION OF LAW ON CONCESSION AGREEMENTS

This article analyses the Federal Law dated 21 July 2005 No 115-FZ “On Concession Agreements” in terms of the deficiencies in legal regulation of concessionary relations. As a result, the author comes to the conclusion about the necessity to enhance and regulate the guarantees of concessionaries’ rights in more details. The author suggests focusing on the property and legal aspect of concessionary relations in this paper. In order to reveal the deficiencies of the existing implementation mechanism which is stipulated by the Law on concession agreements, the author compares this mechanism with other patterns of implementation of a public-private partnership. The author considers it necessary to exclude the article on collection of concession payments from the Law on concession agreements, because a facility construction is carried out at the expense of a concessionary. In conclusion, the author proposes to allow pledging of a facility mentioned in the concession agreement, as well as the rights under such an agreement subject to the prior consent of a conessor.

Keywords: concession agreement, deficiencies, recommendations to making amendments.

Современный этап концессионных отношений в России начался с принятия Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Закон о концессионных соглашениях),¹ первостепенными задачами которого стали внедрение и эффективная реализация мероприятий по привлечению инвестиций в наиболее социально нуждающиеся и общественно значимые инфраструктурные объекты. Нельзя отрицать, что инвестиции играют важнейшую роль в экономике страны,

Раднаев Баир Владимирович — аспирант, Санкт-Петербургский государственный университет, Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7/9; www.bair-radnaev@mail.ru
Radnaev Bair Vladimirovich — postgraduate student, St. Petersburg State University, 7/9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation; www.bair-radnaev@mail.ru

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (II часть). Ст. 3126 (в ред. Федерального закона от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ) // Российская газета. 2008. 2 июля.

обеспечивая воспроизводство основных фондов — зданий, сооружений, транспортных средств, машин, станков, оборудования, необходимых для выпуска готовой продукции. В то же время институт концессионного соглашения как механизм притока инвестиций не является новым для российского права. Концессионные соглашения широко использовались советским государством в первые десятилетия его существования, доказав свою эффективность в качестве инструмента, способствовавшего увеличению экономического потенциала страны в годы послевоенной разрухи. В настоящее время в России интерес государства в реализации названного Закона по-прежнему остается приоритетным в условиях стабильно острой проблемы дефицита инвестиций в экономике страны. Однако, к сожалению, несмотря на принятие Закона о концессионных соглашениях, конструкция концессионного соглашения, в которой Россия очень нуждается, в современных условиях не работает, а концессионные соглашения не заключаются. В связи с этим особую актуальность приобретает вопрос о дальнейших направлениях совершенствования института концессионных соглашений в России посредством установления причин, препятствующих практическому применению Закона о концессионных соглашениях и выработке рекомендаций по их устранению. Между тем в юридической литературе отсутствует однозначная позиция ученых относительно данной проблемы.

По нашему мнению, надлежащее обеспечение прав инвесторов существенным образом влияет на присутствие или отсутствие в государственном секторе экономики инвестиций, в том числе иностранных. При этом защита прав инвесторов в условиях, когда речь идет об осуществлении государством экономической деятельности, должна строиться на основе системы гарантий прав и законных интересов концессионеров. В подтверждение сказанного, возвращаясь к современной российской правовой действительности, можно привести мнение А. Г. Богатырева, который отмечает, что именно с позиции согласования интересов, с позиции баланса интересов должны строиться инвестиционная политика и регулирование. Задача современного государства состоит в том, чтобы правильно определить общественный и частный интерес, найти их оптимальное сочетание и выявить адекватные правовые условия и гарантии реализации.² Кроме того, что касается исторического содержания концессионных отношений, то изменения политического курса советского государства, в частности в середине 30-х гг. XX в., сделавшего ставку на максимальное огосударствление экономики и жесткую централизацию материальных и трудовых ресурсов, стали прямой причиной ликвидации крупных концессий и соответственно негативных последствий для экономики страны в виде оттока частных инвестиций. Именно поэтому усиление государственного контроля над экономикой, отказ от договорных принципов в пользу публично-правовых начал и отсутствие сбалансированной системы гарантий в корне пресекают стремления любого инвестора вкладывать свои капиталы в экономику страны и взаимодействовать с государством в рамках государственно-частного партнерства, несомненно, ставя в тупик развитие концессионных отношений.

Действующий Закон о концессионных соглашениях предусматривает специальную главу, посвященную гарантиям прав и законных интересов концессионеров. При этом законодатель с учетом принятой правовой традиции предоставляет равные гарантии

² *Гармонизация частных и публичных интересов*. Сб. науч. статей. Сер. «Право России: новые подходы». Вып. 2 / под ред. М. В. Немытиной, В. А. Хохлова, В. Д. Рузановой, А. А. Тарасова. Саратов, 2005. С. 62.

как российским, так и иностранным концессионерам. В целом основополагающей гарантией для иностранного инвестора является общее положение правовой системы государства, принимающего иностранные инвестиции, которая характеризуется урегулированностью отношений в соответствующем законодательстве, а также недискриминационной, основанной на законе деятельностью правоохранительных органов.³

Так, в соответствии с п. 1 ст. 18 Закона о концессионных соглашениях концессионеру гарантируется защита его прав и законных интересов в соответствии с Конституцией РФ, международными договорами РФ, соответствующими федеральными законами, иными нормативно-правовыми актами. В то же время в силу п. 2 этой же статьи концессионеру гарантируется право на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в соответствии с Гражданским кодексом РФ. Также следует обратиться к положениям п. 4 ст. 18 Закона о концессионных соглашениях, согласно которому переход права собственности на объект концессионного соглашения к другому собственнику не является основанием для изменения или прекращения концессионного соглашения. Схожие положения закреплены в п. 1 ст. 617 Гражданского кодекса РФ, в соответствии с которым переход права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления, пожизненного наследуемого владения) на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора аренды. При этом, как указано в п. 2 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях, к отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении.

В результате анализа вышеуказанных норм права нетрудно заметить, что вышеназванные гарантии носят фрагментарный характер, являются декларативными и фактически дублируют положения иных отраслей российского права, например, ст. 15, 617, 1069 Гражданского кодекса РФ и ст. 5 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации».⁴ Эти обстоятельства свидетельствуют о несовершенстве правового регулирования концессионных отношений в соответствующей части и диктуют необходимость поиска новых подходов к регулированию концессионных отношений путем дальнейшего усиления гарантий и их более детального регулирования. При этом акцент в данной работе, по нашему убеждению, должен сконцентрироваться на имущественно-правовой стороне концессионных отношений. Ведь не секрет, что цель концессионера, как всякого предпринимателя, не просто возместить свои затраты, но и получить прибыль.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях по концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением) (далее — объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне

³ Савинова О. Н. Гарантии прав концессионеров // Юрист. 2007. № 5. С. 14.

⁴ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493 (в ред. Федерального закона от 6 декабря 2012 г. № 409-ФЗ) // Российская газета. 2011. 9 дек.

(концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности. Как видно, законодателем установлена следующая схема реализации проекта: объект, указанный в ст. 4 Закона о концессионных соглашениях (далее — объект), в силу п. 1 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях строится (реконструируется) концессионером за свой счет, при этом он по завершении строительства переходит в собственность концедента.

Из вышеприведенной схемы обращают на себя внимание два момента: строительство объекта происходит исключительно за счет средств концессионера; переход объекта в собственность концедента совершается сразу после завершения строительства. Однако, как показывает последующая история развития концессионных отношений в России, вывод законодателя о применимости названной схемы в современных экономических условиях является ошибочным. Иначе говоря, зачем концессионеру инвестировать деньги в объект, право собственности на который перейдет к противоположной стороне — концеденту? Ответ на указанный вопрос очевиден — концессионер вряд ли пойдет на такое сомнительное предложение, закрепленное в Законе о концессионных соглашениях. У него всегда есть альтернатива. В крайнем случае он может положить деньги в надежный государственный банк и получить хоть и небольшой, но гарантированный процент со своего вклада, притом с возможностью досрочного возврата вложенных средств.

Вывод из сказанного совершенно очевиден: необходима концептуальная переработка закона.

Как показывает опыт мировой концессионной практики, государственно-частное партнерство может быть реализовано в соответствии с различными схемами (моделями), из которых наиболее часто в зарубежной и международной практике встречаются следующие:

— схема СЭП «Строительство — Эксплуатация — Передача» (BOT — Build — Operate — Transfer): в соответствии с соглашением объект строится и эксплуатируется концессионером и в установленный в соглашении срок переходит в собственность концедента;

— схема СВЭП «Строительство — Владение (по праву собственности) — Эксплуатация — Передача» (BOOT — Build — Own — Operate — Transfer): в соответствии с соглашением объект строится и эксплуатируется концессионером и переходит в собственность концедента после окончания соглашения (частный случай предыдущей схемы);

— схема СПЭ «Строительство — Передача — Эксплуатация» (BTO — Build — Operate — Transfer): в соответствии с соглашением объект строится и эксплуатируется концессионером, при этом он принимается концедентом в собственность по завершении строительства;

— схема СВЭ «Строительство — Владение (по праву собственности) — Эксплуатация» (BOO — Build — Own — Operate): в соответствии с соглашением объект строится и эксплуатируется концессионером, при этом он остается в собственности концессионера, который связан с концедентом обязательством, — эксплуатируя объект, оказывать определенный комплекс услуг в соответствии с установленными стандартами.⁵

⁵ Савельева В. М. Концессионное соглашение как институт гражданского права. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2011. С. 19–20.

Сопоставление данных моделей с нормами действующего Закона о концессионных соглашениях показывает, что в настоящее время в РФ используется только одна схема — СПЭ «Строительство — Передача — Эксплуатация». Значит, инвестор, вкладывающий колоссальный объем средств в строительство объекта, а затем и в его эксплуатацию, не может приобрести право собственности на объект, ограничиваясь лишь производным правом владения и пользования объектом концессионного соглашения. На наш взгляд, реализованная в Законе о концессионных соглашениях схема «Строительство — Передача — Эксплуатация» не согласуется с интересами потенциальных инвесторов, заранее оценивающих затраты и риски своих инвестиций. Выше подчеркивалось, что государство должно найти оптимальное сочетание общественного и частного интереса, однако этого в Законе о концессионных соглашениях не прослеживается.

С нашей точки зрения, Закон о концессионных соглашениях возлагает слишком большой объем рисков на концессионера и, напротив, ничего не говорит о том, какие риски берет на себя государство. В России существуют значительные риски срыва реализации проекта, в том числе: политические, экономические риски, риски, связанные с проблемами в регулировании земельных правоотношений, с изменениями законодательства. Последствия такой перегрузки нетрудно предугадать: срыв реализации проекта, ухудшение качества объекта концессионного соглашения, нарушение сроков и, как следствие, применение штрафных санкций — все это способно привести к потере большей части вложенных средств и (или) к банкротству неудавшегося инвестора. Именно этим объясняется недостаточный спрос инвесторов на проекты государственно-частного партнерства.

Напротив, уравновесить названную ситуацию возможно за счет передачи концессионеру права собственности на объект по завершении его строительства исходя из следующего. Право собственности — основное вещное право, остальные имущественные права более узки или производны от него. Иначе говоря, право собственности концессионера на объект концессионного соглашения придаст концессионным отношениям стабильность и исключительное значение. Более того, предоставляемое концессионеру право собственности на объект, в конечном счете, приведет к формированию отношения у концессионера к такому имуществу как к своей «вещи», что, в свою очередь, станет стимулом к высокоэффективному и бережному использованию такого имущества. Эти обстоятельства, на наш взгляд, повлекут за собой снижение инвестиционных рисков и будут способствовать активизации инвестиционной деятельности в сфере концессионных отношений.

Касаясь названного вопроса, известный специалист в области концессионного механизма С. А. Сосна еще до принятия ныне действующего закона (2002 г.) в различных вариантах законопроекта в качестве общего правила предлагал переход права собственности на имущество, изготовленное концессионером или иным образом созданное им за свой счет, совершать по истечении срока действия концессии, т. е. тогда, когда, по логике, его стоимость полностью амортизирована в соответствии с соблюдаемым по договору балансом имущественных интересов сторон.⁶

Конечно, реализация этой идеи требует внесения поправок в Закон о концессионных соглашениях в части передачи права собственности на объект концессионного соглашения концессионеру с обязанностью передать его по окончании срока действия

⁶ Сосна С. А. Концессионные соглашения: теория и практика. М., 2002. С. 200.

концессионного соглашения в собственность государства, т. е. используется схема СВЭП «Строительство — Владение (по праву собственности) — Эксплуатация — Передача» (BOOT — Build — Own — Operate — Transfer).

Примечательно, что концессионные соглашения характеризуются продолжительными сроками действия. Следовательно, привязанность момента перехода права собственности к истечению срока действия концессионного соглашения является наиболее последовательной. Согласно статистическим сведениям, срок, на который заключается концессионное соглашение, включающий в себя как период строительства (реконструкции) объекта, так и срок его эксплуатации, как правило, довольно продолжителен. Например, в Испании он составляет 75 лет, в Великобритании, Португалии, Италии и Нидерландах — 30, в Финляндии — как минимум 15 лет.⁷ Действующий Закон о концессионных соглашениях в соответствии с автономией воли не содержит конкретных требований к максимальному сроку концессионного соглашения, оставляя возможность самостоятельно определить его при заключении концессионного соглашения.

Думается, что, несмотря на изложенные аргументы, у названной точки зрения появятся противники, ссылающиеся на необходимость обеспечения общественного интереса по бесперебойному оказанию услуг населению и, в конечном счете, наличия у концессионера права, предусмотренного п. 5 ст. 15 Закона о концессионных соглашениях.

На наш взгляд, изложенные доводы не состоятельны, так как при разработке Закона о концессионных соглашениях законодатель учел современный опыт и предусмотрел в качестве общего правила обязательность заключения концессионного соглашения по результатам конкурса, что установлено п. 1 ст. 13 Закона о концессионных соглашениях. Это является несомненным достоинством указанного Закона о концессионных соглашениях и выгодно отличает процесс выбора концессионера от процедур выбора инвестора при заключении соглашений о разделе продукции, где используется метод аукциона. Таким образом, цена предложения не будет играть решающей роли при выборе концессионера, и претендентам на заключение концессионного соглашения необходимо будет конкурировать по целому ряду условий конкурса.

Что касается права концессионера потребовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, то поясним следующее. Согласно п. 5 ст. 15 Закона о концессионных соглашениях в случае досрочного расторжения концессионного соглашения концессионер вправе потребовать от концедента возмещения расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, за исключением понесенных концедентом расходов на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения. Однако главный недостаток указанного положения заключается в полном отсутствии порядка возврата инвестору вложенных средств. Финансовые обязательства государства по гражданско-правовым договорам должны быть предусмотрены в бюджете на текущий год. При долгосрочном концессионном соглашении существует риск неисполнения государством своих финансовых обязательств, если они не включены в соответствующий годовой бюджет. Мировой практике реализации проектов государственно-частного партнерства известны три основные схемы возврата инвестиций в проект: 1) прямой тариф — сбор платы инвестором; 2) договорный тариф — сбор платы государством с выплатой

⁷ Русинова А. Срок концессионного соглашения: значение и методы определения // Современное право. 2006. № 10. С. 21.

инвестору договорного тарифа; 3) полное возмещение инвестиционных затрат — выплата государством заранее определенной суммы затрат по проекту. Схема разрабатывается для конкретного проекта, учитываются интересы обеих сторон концессионного соглашения. Однако в Законе о концессионных соглашениях ничего не сказано о возможных схемах возврата инвестиций в проекты государственно-частного партнерства. Перспектива обращения в суд также таит в себе «подводные камни», связанные с длительностью процедуры судебного разбирательства и доказывания в соответствии со ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса РФ состава гражданского правонарушения для взыскания убытков, прежде всего их размера.

Изложив свои рассуждения по поводу юридической судьбы имущества, на наш взгляд, целесообразно ограничить право концессионера распоряжаться своим имуществом, поскольку и концеденту, будущему собственнику имущества, и населению как получателю услуги будет не все равно, кому и на каких условиях концессионер передаст свое имущество. В целях сохранения логической взаимосвязи мы вернемся к озвученному вопросу ниже, рассматривая проблему запрета на передачу имущества в залог.

Безусловно, от чего следует отказаться в Законе о концессионных соглашениях, так это от взимания концессионной платы, которая отрицательно влияет на финансовую привлекательность проектов государственно-частного партнерства. Представляется, что строительство объекта за счет собственных средств и его безвозмездная передача во владение концедента являются вполне разумной платой за концессию и отвечают принципу эквивалентно-возмездных отношений. Следует отметить, что Россия практически единственное государство, установившее обязанность концессионера по внесению платы за использование объекта.

И еще один момент. Оборотоспособность концессионного соглашения серьезно поддается запретом передавать в залог объект концессионного соглашения и права по соглашению, а также невозможностью уступать требования или переводить долг по концессионному соглашению до ввода объекта в эксплуатацию (п. 6 ст. 3 и п. 2 ст. 5 Закона о концессионных соглашениях). Залог, уступка и перевод являются самыми распространенными и надежными способами обеспечения обязательств заемщика. Мало кто из инвесторов может участвовать в проекте исключительно за счет собственных средств, исключая привлечение средств заемных. Между тем выдача кредита с применением залога существенно повышает реальный характер исполнения обязательства. Его применение создает для кредитора в лице банка тот же имущественный результат, что и фактическое исполнение. В этом смысле залог для банка обладает безусловными преимуществами. Несомненно, как отмечалось выше, концеденту не все равно, кому и на каких условиях концессионер передаст свое имущество, в частности в залог, или переуступит право на него. Поэтому в Законе о концессионных соглашениях должно быть предусмотрено положение о необходимости получить предварительное согласие концедента на передачу принадлежащего концессионеру имущества в залог или на совершение иных операций по распоряжению таким имуществом. Концедент вправе будет не согласиться на залог имущества концессионера, однако, как нам представляется, только по основаниям, указанным в законе, при этом правильно было бы привести исчерпывающий перечень, например, в случае, когда срок действия залога истекает после окончания срока действия концессионного соглашения. Еще раз подчеркнем, что в Законе о концессионных соглашениях важно определить закрытый и терминологически прозрачный перечень оснований для отказа. Названная мера повысит уровень стабильности инвестиционного климата.

И наконец, хотелось бы отметить, что позиция законодателя о принадлежности концессионного соглашения к категории смешанных договоров не согласуется с гражданским законодательством. Традиционно сложилось так, что смешанным является договор, который не имеет собственного правового регулирования и, соответственно, легального определения. Указанный подход соответствует буквальному толкованию п. 3 ст. 421 Гражданского кодекса РФ. Следовательно, смешанный договор появляется на стадии реализации норм гражданского права, когда конкретные субъекты реализуют свою правоспособность в конкретных сделках. Указанные основополагающие признаки смешанного договора не согласуются с концессионным соглашением, имеющим, как известно, собственное правовое регулирование, легально закрепленное определение в Законе о концессионных соглашениях, которое показывает, что концессионное соглашение появилось на самой высокой стадии механизма правового регулирования — на стадии правотворчества. Отмеченные характеристики концессионного соглашения позволяют говорить о концессионном соглашении как о комплексном договоре, поскольку данное соглашение прямо предусмотрено в действующем законодательстве, но содержит в себе, помимо собственных, элементы иных договоров. Исходя из сказанного, положение п. 2 ст. 3 Закона о концессионных соглашениях, которое гласит о том, что концессионное соглашение является договором, где содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами, подлежит исключению. Объясняется это тем, что, во-первых, такая характеристика концессионного соглашения ставит под сомнение его самостоятельность; во-вторых, концессионное соглашение содержит достаточно элементов, присущих только данному договорному типу, а не только элементы уже известных договоров.

Вот лишь самые основные недостатки Закона о концессионных соглашениях, при анализе которых становится понятным, почему, несмотря на политическое волеизъявление государства и интерес инвесторов, в России до сих пор нет массовой практики заключения концессионных соглашений. Увы, это не единственные причины непопулярности данного правового института, существуют и собственно российские, порожденные нашими экономическими реалиями и связанные с благоприятной конъюнктурой на мировых рынках минерального сырья и, прежде всего, со стабильно высокими ценами на нефть со времен всемирного энергетического кризиса 70-х годов XX в., которые поддерживаются политикой стран — экспортеров нефти (ОПЭК). Нет нужды доказывать, что конъюнктурно высокие цены на нефть не могут служить серьезным аргументом для поиска альтернативных способов привлечения инвестиций в экономику России, когда в настоящее время природных ресурсов достаточно.

Статья поступила в редакцию 20 сентября 2013 г.