

Б. В. Раднаев

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «КОНЦЕССИЯ» И «КОНЦЕССИОННОЕ СОГЛАШЕНИЕ»

В настоящее время проблема дефицита инвестиций в экономике страны по-прежнему остается стабильно острой, особенно в свете последствий глобального экономического кризиса. В данной ситуации важнейшим фактором обеспечения устойчивого экономического роста и повышения конкурентоспособности страны на мировом рынке является инфраструктурное развитие, которое нуждается в существенных капиталовложениях. В связи с этим оптимальная стратегия развития указанной отрасли экономики становится возможной за счет привлечения частных инвестиционных ресурсов, что в свою очередь диктует потребность интенсификации сотрудничества государства и частного бизнеса, наиболее адекватным правовым механизмом для которого является концессионный.

Вопрос, вынесенный в заглавие настоящей статьи, актуален для цивилистики в целях внесения терминологической и смысловой четкости, в конечном счете — единообразия в понятийный аппарат данного правового института. Вместе с тем имеющаяся в настоящее время понятийно-терминологическая путаница, подробнее о которой будет сказано ниже, — не столь безобидное явление, как принято обычно считать, и способна стать причиной неправильного применения норм права и к спорам, возникающим по этому поводу между участниками хозяйственного оборота. В подтверждение сказанного представляется весьма удачной позиция Дж. Ст. Милля по схожему вопросу: «Язык представляет собой одно из главнейших орудий или пособий мысли. И всякое несовершенство орудия или способа его употребления здесь — может быть, более чем где-либо — путает и мешает делу и уничтожает всякое доверие к его результатам. Ум, не усвоивший себе предварительно значения и правильного употребления различных родов слов, будет в своих попытках изучения методов философского мышления похож на человека, который захотел бы сделаться астрономом-наблюдателем, не научившись предварительно приспособлять фокусное расстояние своих инструментов к целям отчетливого видения».¹ В дополнение к изложенному следует сказать, что в современной юридической литературе настоящий вопрос мало изучен, при этом большая часть работ в данной области посвящена исследованию правовой природы концессионного соглашения и тому, каким должен быть принятый в настоящий момент Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ).²

Раднаев Баир Владимирович — аспирант, Санкт-Петербургский государственный университет; e-mail: www.bair-radnaev@mail.ru

© Б. В. Раднаев, 2013

¹ Цит. по: Гуссерль Э. Исследования по феноменологии и теории познания // Логические исследования // www.srph.ru (2012. 26 ноября).

² Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (с изм. от 8 ноября 2007 г., от 4 декабря 2007 г., от 30 июня 2008 г., от 17 июля 2009 г., от 2 июля 2010 г., 19 июля 2011 г., от 28 ноября 2011 г., 25 апреля 2012 г.) // СЗ РФ. 2005. № 30 (II часть). Ст. 3126.

На первый взгляд, вопрос о том, как соотносятся вышеуказанные понятия, не представляет особой трудности, учитывая то, что они являются однокоренными. Думается, именно по этой, лингвистической, причине в юридической литературе встречается точка зрения об их тождественности.³ В то же время такой подход существует и в законодательстве. Например, в Постановлении Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2010 г. № 1050 «О федеральной целевой программе “Жилище” на 2011–2015 годы»⁴ концессия наряду с договором аренды относится к договорным конструкциям как механизмам развития инженерной инфраструктуры, находящейся в муниципальной собственности.

В. М. Савельева обращает внимание читателей на некоторую двойственность понятия «концессия»; по ее мнению, в широком смысле концессия выступает в качестве особой формы государственно-частного партнерства, в узком — в качестве концессионного соглашения как правовой конструкции, регулируемой специальным законом.⁵

Касаясь названного вопроса, известный специалист в области концессионного механизма С. А. Сосна отмечает, что понятие «концессия» становится совсем уж «резиновым». С одной стороны, концессиями в разных странах именуется широкий спектр договорных форм, с другой — ими называют различные виды деятельности, осуществление которых становилось возможным только с санкции государства (или иного суверена), выражавшееся во внедоговорном, одностороннем порядке.⁶ Отсутствует должное решение и в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ, который не содержит ни самого термина «концессия», ни его легального определения, тем самым оставляя без ответа ключевой вопрос настоящей статьи. Таким образом, отсутствие в современном российском праве унифицированной дефиниции, отражающей суть данного понятия, на наш взгляд, также является серьезной проблемой и требует дальнейшего исследования.

С учетом всего вышесказанного представляется необходимым провести сравнительный анализ указанных понятий и ответить на следующие вопросы:

— являются ли «концессия» и «концессионное соглашение» равнозначными понятиями;

— если они неравнозначны, как они соотносятся.

Нельзя сказать, что в юридической литературе не встречается суждений на указанную тематику. Так, В. Г. Варнавский отмечает, что указанные понятия не должны отождествляться, поскольку «концессия» — это первичное понятие, а «концессионное соглашение» («концессионный договор») — вторичное.⁷ Опираясь на данную точку

³ См., напр.: *Залова Я. Ю.* Концессионные и иные договоры с иностранными инвесторами в области добычи полезных ископаемых: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; *Клюкин Б. Д.* Горные отношения в странах Западной Европы и Америки (Англия, Канада, США, Франция, ФРГ). М., 2000. С. 81.

⁴ *Постановление* Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2010 г. № 1050 «О федеральной целевой программе “Жилище” на 2011–2015 годы» (с изм. от 14 июля 2011 г., от 12 сентября 2011 г., от 6 октября 2011 г., от 27 декабря 2011 г., от 20 июля 2012 г., от 22 ноября 2012 г., от 30 декабря 2012 г., от 30 апреля 2013 г.) // СЗ РФ. 2011. № 5. Ст. 739.

⁵ *Савельева В. М.* Концессионное соглашение как институт гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 9.

⁶ *Сосна С. А.* Концессионные соглашения: теория и практика. М., 2002. С. 30.

⁷ *Варнавский В. Г.* Концессионный механизм партнерства государства и частного сектора. М., 2003. С. 25.

зрения, раскроем смысловое содержание ключевого в этой сфере понятия «концессия» путем анализа имеющихся определений в научных работах и монографиях по причине его отсутствия в действующем законодательстве.

Для понимания сути этого понятия кратко рассмотрим историю его возникновения. Слово «концессия» заимствовано из иностранного языка и в переводе с латинского «*concession*» переводится как «разрешение, уступка».⁸ С исторической точки зрения представление о концессии сложилось как о пожалованном (дарованном) частному лицу праве на осуществление какого-либо вида деятельности, которую государство (суверен) считало своей прерогативой, в том числе деятельности, связанной с использованием государственного имущества (собственности). Концессии были известны еще со времен римского права, а в период Средневековья получили широкое распространение. Так, разного рода откупы частными лицами интендантского снабжения войск, изготовления взрывчатых веществ и других вооружений, сбор налогов и податей, управление отдельными территориями от имени феодального суверена, торговля со странами Востока и иные виды профессиональных занятий — все это были концессии, первоначально даровавшиеся феодальными владыками, а затем — государством-сувереном.⁹

Из сказанного следует, что термин «концессия» по своей сути является разрешением (дозволением), исходящим от государства, на обладание правами, которые недоступны или ограниченно доступны в обычном гражданском обороте, в пользу частных лиц.

Именно названную суть концессии отмечает И. Н. Берштейн, считающий, что она является лишь усложненным по форме разрешением, которое в зависимости от характера и объема предоставляемых прав будет облекаться в ту или иную форму, выдаваться тем или иным органом государства.¹⁰

Зарубежные авторы в области административного права, в частности, французский юрист Ж. Ведель, также подчеркивали, что объединяющей сутью всех концессий является разрешение, выданное администрацией.¹¹

Другой пример — концессией мы называем акт публичной власти, предоставляющий в целях общественной пользы на известных условиях в частное обладание предмет, по общему правилу из частного оборота изъятый.¹²

Вышеназванная трактовка концессии встречается в нормативных актах стран Центральной и Восточной Европы, а также в ряде унифицированных актов стран Европейского Союза, в частности, в новых правилах Общего рынка, принятых Европейской комиссией в 1999 г. (Директива ЕС 93/37/ЕЕС).¹³ В этом документе концессия определяется как «акт передачи общественной властью находящихся в ее собственности объектов инфраструктуры или других общественных служб третьей стороне для осуществления управления ими при условии принятия последней на себя предпринимательского риска и обязанностей по эксплуатации оборудования».

⁸ *Словарь иностранных слов и выражений*. М., 2000. С. 331.

⁹ *Сосна С. А.* Концессионные соглашения: теория и практика. С. 28.

¹⁰ *Берштейн И. Н.* Очерк концессионного права СССР. М., 1930. С. 14.

¹¹ *Ведель Ж.* Административное право Франции. М., 1973. С. 487.

¹² *Ландау Б. А.* Концессионное право Союза СССР. М., 1925. С. 5.

¹³ *Куликова Н. В.* Общие тенденции и особенности формирования правовой базы в странах ЦВЕ // Режим концессий как формы прямых инвестиций в экономику стран Центральной и Восточной Европы. М., 1999. С. 2.

На основании вышеизложенного концессией, по нашему мнению, правильно называть акт публично-правового образования о предоставлении имущества, находящегося в государственной собственности, в хозяйственное использование частных лиц. При этом с точки зрения юридических свойств концессия является ненормативным правовым актом, рассчитанным на однократное действие, привязанным к определенным субъектам, к конкретным обстоятельствам места и времени. Именно prerogative концедента как органа публичной власти или суверена предопределяют вышеобозначенную особенность и принципиальное отличие от концессионного соглашения. С другой стороны, концессия по отношению к публично-правовому образованию будет являться с некоторой долей условности самоограничением его суверенных прав, а в случае с иностранным инвестором — ограничением суверенных иммунитетов государства.

В соответствии с ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из настоящего Федерального закона или существа концессионного соглашения. Следовательно, в отличие от концессии как ненормативного правового акта публично-правового образования о предоставлении исключительных прав концессионное соглашение является договором, названное различие между ними подобно широко известному и распространенному разделению обязательств по основаниям своего возникновения на внедоговорные (односторонние) и договорные.

Как видно из сказанного, отождествление концессии и концессионного соглашения по крайней мере некорректно потому, что односторонний акт публично-правового образования и договор суть разные понятия.

С нашей точки зрения, исходя из вышеизложенного, выглядит неубедительной предпринятая С. А. Сосной классификация концессии на одностороннюю (разрешительная) и договорную, поскольку в силу специфики правовой природы публично-правового акта и статуса органа, его принимающего, концессия носит односторонний властный характер.

Таким образом, концессия и концессионное соглашение — различные понятия, причем данное различие носит объективный характер, а это значит, что оно неизбежно существовало, существует и будет существовать. Другое дело, что указанное различие не всегда замечается теоретической юриспруденцией и юридической практикой.

Теперь обратимся к практической стороне этого вопроса. Вероятно, у многих читателей возникнет вполне обоснованный вопрос: имеет ли концессия свое практическое выражение в нормах Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ, либо разница между понятиями заканчивается на уровне теоретических рассуждений?

Следуя указанной трактовке, концессией применительно к Федеральному закону от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ (ст. 22) следует считать решение о заключении концессионного соглашения, которое в зависимости от уровня собственности и характера объекта принимается либо Правительством РФ по поручению Президента Российской Федерации, либо органом государственной власти субъекта Российской Федерации, либо органом местного самоуправления. Ярким примером может служить распоряжение Правительства Российской Федерации от 24 апреля 2007 г. № 511-р о заключении концессионного

соглашения в отношении автомобильной магистрали «Скоростная автомобильная магистраль Москва — Санкт-Петербург на участке 15-й км — 58-й км».

В соответствии с ч. 2 ст. 22 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ решением о заключении концессионного соглашения устанавливаются: 1) условия концессионного соглашения в соответствии со ст. 10 настоящего Федерального закона (далее — условия конкурса); 2) критерии конкурса и параметры критериев конкурса; 3) вид конкурса (открытый конкурс или закрытый конкурс); 4) перечень лиц, которым направляются приглашения принять участие в конкурсе, — в случае проведения закрытого конкурса; 5) срок опубликования в официальном издании, размещения на официальном сайте в сети «Интернет» сообщения о проведении открытого конкурса или в случае проведения закрытого конкурса срок направления сообщения о проведении закрытого конкурса с приглашением принять участие в закрытом конкурсе определенным решением о заключении концессионного соглашения лицам; 6) орган, уполномоченный концедентом на: а) утверждение конкурсной документации, внесение изменений в конкурсную документацию, за исключением устанавливаемых в соответствии с решением о заключении концессионного соглашения положений конкурсной документации; б) создание конкурсной комиссии по проведению конкурса (далее — конкурсная комиссия), утверждение персонального состава конкурсной комиссии.

Анализ положений ч. 2 ст. 22 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ позволяет сказать, что это документ, выражающий волеизъявление уполномоченного органа государства, направленный на установление отношений, связанных с организацией конкурса на право заключения концессионного соглашения, а также определяющий условия будущего концессионного соглашения. Несмотря на весомую роль указанного акта в концессионном механизме, он никогда не станет прямым источником прав и обязанностей сторон, поскольку эту функцию обеспечивает само концессионное соглашение.

Казалось бы, вышеназванная дефиниция понятия «концессия» установлена достаточно точно и выражена вполне ясно. Но в том-то и состоит парадокс, что, будучи констатированным на теоретическом, абстрактном уровне, это различие вдруг по какой-то таинственной причине начисто забывается, в результате чего концессия сводится к концессионному соглашению и они рассматриваются как взаимозаменяемые тождественные понятия.

Причина здесь, как мы полагаем, в следующем. Если бы отечественная юриспруденция и правоприменительная практика несколько больше интересовались бы сущностью регулируемых отношений, смыслом и значением, их регулируемыми, таких последствий в виде отождествления несовместимых понятий не возникало бы.

В вышеизложенной ситуации, по нашему мнению, весьма удачна и наиболее правильна позиция Н. Г. Дорониной, которая разграничивает указанные понятия и обращает внимание на то, что «концессионный договор как производное от “концессии” подчеркивает особенности формы, в которую облекается акт государства, содержание которого заключается одновременно и в уступке своего права осуществлять эксплуатацию предприятия или месторождения, и связанное с такой передачей отклонение от общих правил регулирования предпринимательской деятельности в той или иной сфере экономики».¹⁴ Иными словами, концессионное соглашение является правовой формой

¹⁴ Доронина Н. Г. К вопросу о правовой природе концессионных соглашений // Право и экономика. 1997. № 1. С. 47–48.

закрепления тех отношений, которые возникают между государством и частным лицом на основании акта публичной власти о предоставлении концессионных прав.

На теоретическом уровне в разграничении этих понятий еще дальше идет И. С. Вахтинская; по ее мнению, концессия — это институт публичного права, а концессионное соглашение — разновидность частноправовых договоров. При этом концессионное соглашение отличается от других гражданско-правовых договоров своим предметом, который составляют действия сторон, ориентированные на создание (строительство или реконструкцию строго определенного недвижимого имущества, а также на осуществление деятельности с его использованием (эксплуатацией)).¹⁵ По-видимому, отнесение концессии к институту публичного права вызвано самой сутью концессии, являющейся, как было указано ранее, в чистом виде разрешением, а следовательно, представляющей собой не что иное, как один из способов императивного метода правового регулирования, один из критериев отнесения правовых институтов к публичным отраслям российского права согласно доктрине общей теории права.

Таким образом, неоправданное смешение двух разных с содержательной стороны понятий, хотя и созвучных терминов, способно привести к имеющим место в настоящее время в теоретической юриспруденции и юридической практике недоразумениям и затруднениям. Более того, подобная терминологическая двусмысленность осложняет понимание природы и специфики данного правового института, стираются выработанные классической наукой традиционные законодательные и доктринальные критерии их разграничения, и как итог сего процесса — неуклонно развивающаяся понятийная сумятица. Однако это обратимый процесс, приостановить который возможно путем точного и последовательного терминологического разграничения понятий «концессия» и «концессионное соглашение» по основаниям, изложенным в настоящей статье.

Статья поступила в редакцию 20 мая 2013 г.

¹⁵ Вахтинская И. С. Правовое регулирование концессионных соглашений в рамках европейского сообщества // Законодательство. 2008. № 4. С. 64.