

ГРАЖДАНСКОЕ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО

*Д. А. Петров**

ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОЕ ПАРТНЕРСТВО: ПОНЯТИЕ И ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ РЕАЛИЗАЦИИ

В Российской Федерации широко используется термин «государственно-частное партнерство»,¹ предпринимаются попытки регулирования отношений в этой сфере. В качестве приоритетных направлений для применения государственно-частного партнерства рассматриваются развитие производственной, транспортной и инновационной инфраструктуры, жилищно-коммунальное хозяйство, здравоохранение и социальные услуги, поддержка развития науки, технологий и техники.

Вместе с тем термин «государственно-частное партнерство» не закреплен законодательно на федеральном уровне, и единый подход к определению его содержания отсутствует. Существуют лишь его доктринальные дефиниции и определения в некоторых нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации.

В нормативных правовых актах и в литературе используются термины «государственно-частное партнерство» и «частно-государственное партнерство». Иногда здесь усматривают разницу — слово «частно» ставят первым для того, чтобы подчеркнуть приоритетную роль частного сектора. Если слово «государственно» стоит первым, то тем самым определяется ведущая роль государства.²

По нашему мнению, очередность расположения слов не оказывает сколь-нибудь значимого влияния на содержание. Выявить ведущую роль государства или бизнеса можно путем анализа содержания соответствующих норм, регламентирующих использование той или иной правовой формы партнерских отношений. Ключевым словом здесь является «партнерство», а главной идеей — соглашение между органами власти и бизнеса, учитывающее интерес обеих сторон.

1. В отечественной научной литературе не сложилось единого подхода к определению понятия государственно-частного партнерства. По мнению А. В. Чернова,

* Петров Дмитрий Анатольевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

© Д. А. Петров, 2012

E-mail: Petrov.D@jurfak.spb.ru

¹ В зарубежной доктрине и практике используется термин «public-private partnership».

² Айрапетян М. С. Зарубежный опыт использования государственно-частного партнерства // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 2.

государственно-частное партнерство по существу представляет собой механизм согласования интересов и обеспечения равноправия государства и бизнеса в рамках реализации крупных инвестиционных экономических проектов, направленных на достижение целей государственного управления.³

М. Вилисов определяет государственно-частное партнерство в качестве принципа взаимодействия государства и бизнеса и в качестве правовой формы такого взаимодействия.⁴ На комплексность государственно-частного партнерства, имеющего экономический и политический характер, включающего в себя любые формы взаимодействия государства и бизнеса, обращают внимание Д. Царев и А. Иванюк.⁵

По мнению В. В. Патокова, государственно-частное партнерство — это институциональный и организационный альянс между государством и бизнесом в целях реализации общественно значимых проектов и программ в широком спектре отраслей промышленности и НИОКР.⁶ Схожая позиция высказывается В. Г. Варнавским.⁷

А. В. Белицкая⁸ полагает, что государственно-частное партнерство — это юридически оформленное на определенный срок взаимовыгодное сотрудничество органов и организаций публичной власти и субъектов частного предпринимательства в отношении объектов, находящихся в сфере непосредственного государственного интереса и контроля, предполагающее объединение ресурсов и распределение рисков между партнерами, осуществляемое в целях наиболее эффективной реализации проектов, имеющих важное государственное и общественное значение.

С. В. Савина⁹ под государственно-частным партнерством понимает взаимодействие между государством и частным бизнесом, основанное на знаниях и деловом опыте каждого из участников и направленное на наиболее эффективное достижение конкретных публичных задач посредством справедливого распределения расходов, рисков и доходов (такого понятия ГЧП придерживается организация «Canadian Council for Public-Private Partnerships»)¹⁰

Государственно-частное партнерство, по мнению М. С. Айрапетяна, по своей экономической природе является результатом развития традиционных механизмов взаимодействия хозяйственных взаимоотношений между государственной властью и частным сектором в целях разработки, планирования, финансирования, строительства и эксплуатации объектов инфраструктуры. Поэтому партнерство государства и частного сектора следует характеризовать как долгосрочное взаимодействие с целью привлечения дополнительных источников финансирования.¹¹

³ Чернов А. В. Государственно-частное партнерство в сфере малоэтажного жилищного строительства // Законодательство и экономика. 2010. № 6. С. 17.

⁴ Вилисов М. Государственно-частное партнерство: Политико-правовой аспект // Власть. 2006. № 7.

⁵ Царев Д., Иванюк А. Государственно-частное партнерство: правовой аспект // Финансовая газета. 2009. № 17.

⁶ Патоков В. В. Государственно-частное партнерство: перспективы развития и правовые формы реализации // Адвокатская практика. 2008. № 2.

⁷ Варнавский В. Г. Государственно-частное партнерство в России: проблемы становления // Отечественные записки. 2004. № 6.

⁸ Белицкая А. В. Правовое определение государственно-частного партнерства // Законодательство. 2009. № 8.

⁹ Савина С. В. Правовое регулирование отношений по реконструкции государственного имущества за счет средств частных инвесторов в рамках государственно-частного партнерства // Предпринимательское право. 2009. № 2.

¹⁰ www.pppcouncil.ca.

¹¹ Айрапетян М. С. Зарубежный опыт использования государственно-частного партнерства.

В общественно-политическом смысле ГЧП рассматривается как механизм, способствующий устойчивому развитию науки, технологий, образования, здравоохранения и культуры, укреплению материально-технической базы учреждений здравоохранения, культуры, образования, развитию жилищного строительства и повышению качества жилищно-коммунального обслуживания и тем самым вносящий свою лепту в дело обеспечения национальной безопасности Российской Федерации. Помимо этого в интересах обеспечения национальной безопасности инструменты государственно-частного партнерства могут быть использованы для решения стратегических задач развития экономики и завершения формирования базовой транспортной, энергетической, информационной, военной инфраструктуры, особенно в Арктической зоне, Восточной Сибири и на Дальнем Востоке Российской Федерации, обеспечения технологической безопасности.¹²

Утвержденная Распоряжением Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 1715-р Энергетическая стратегия России на период до 2030 г.¹³ предусматривает постепенное ослабление прямого государственного участия в развитии энергетического сектора и его замену на различные формы частно-государственного партнерства. При этом государство усилит свое регулирующее влияние в сфере совершенствования и оптимизации институциональной среды в российском энергетическом секторе. В связи с этим форму государственно-частного партнерства считают эффективной при условии надлежащего определения целей и приоритетов государственной энергетической политики, способов их достижения, установления механизма государственной поддержки субъектов хозяйствования, участвующих в реализации принятой государственной программы.¹⁴ Но при этом важен и сам факт признания эффективности государственно-частного партнерства при условии разумной государственной поддержки и внятной политики.

Механизмы государственно-частного партнерства предполагается использовать в наноиндустрии¹⁵ при формировании отраслевых и территориальных научно-производственных кластеров,¹⁶ обеспечивающих создание, производство и продвижение на рынок высоких технологий конкурентоспособной продукции наноиндустрии, для привлечения дополнительных инвестиций в туристскую отрасль,¹⁷ реализации

¹² Пункты 24, 52, 62, 68 Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года / Утв. Указом Президента РФ от 12 мая 2009 г. № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года» // СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

¹³ Распоряжение Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 1715-р «Об Энергетической стратегии России на период до 2030 года» // Там же. № 48. Ст. 5836.

¹⁴ Гудков И. В., Лахно П. Г. Энергетическая стратегия России в системе программных документов: внутригосударственные и международно-правовые аспекты // Энергетическое право. 2010. № 1. С. 7–23.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 23 апреля 2010 г. № 282 «О национальной нанотехнологической сети» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2250.

¹⁶ Здесь под научно-производственным кластером понимается договорная форма кооперации организаций, обеспечивающих и осуществляющих целенаправленную деятельность по разработке, производству и продвижению продукции наноиндустрии на внутренние и внешние рынки высокотехнологичной продукции.

¹⁷ Распоряжение Правительства РФ от 19 июля 2010 г. № 1230-р «Об утверждении Концепции федеральной целевой программы “Развитие внутреннего и въездного туризма в РФ (2011–2016 годы)”» // СЗ РФ. 2010. № 30. Ст. 4146.

инфраструктурных проектов при развитии регионов,¹⁸ в легкой,¹⁹ лесной,²⁰ электронной²¹ промышленности и прочих отраслях и сферах, перечислять которые не имеет смысла.

По нашему мнению, во всех отраслях национального хозяйства, где допускается помимо бюджетного финансирования привлечение частных инвестиций, политика государства направлена на использование механизмов государственно-частного партнерства.

В широком смысле под государственно-частным партнерством понимают любое взаимодействие государства в лице органов власти с представителями бизнес-сообщества.

Такой подход дает возможность неоправданно широко трактовать различного рода отношения с участием представителей государства и бизнеса в качестве государственно-частного партнерства. Так, по мнению С. В. Васильева,²² закрепленные в Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»²³ функции помогают не только взаимодействовать с органами государственной власти и представлять интересы бизнеса, но и решать вопросы в рамках развития государственно-частного партнерства.

В качестве формы государственно-частного партнерства иногда выделяется участие представителей бизнеса в правотворчестве субъектов права законодательной инициативы путем проведения экспертизы по заказу соответствующего государственного органа независимыми саморегулируемыми организациями проектов федеральных законов, нормативных актов Правительства РФ, органов государственной власти субъектов Федерации и муниципальных нормативных актов.²⁴

Но широта подхода обуславливает проблему неопределенности правового содержания государственно-частного партнерства, под которым в этом случае надлежит понимать любую правовую конструкцию, в которой принимает участие публично-правовое образование. В этом смысле любой гражданско-правовой договор, в котором участвуют публично-правовые образования или любое юридическое лицо с участием публично-правового собственника, будет объявлен государственно-частным партнерством, что возведет последнее в ранг размытого общественно-политического явления с неясным содержанием. Такой подход представляется недопустимым.

В узком смысле под государственно-частным партнерством понимается не только сам процесс взаимодействия государства в лице органов власти с представителями бизнес-сообщества, но и совместное хозяйствование с государственным имуществом, определение конкретных результатов такого взаимодействия.

¹⁸ Постановление Правительства РФ от 14 января 2008 г. № 10 «О федеральной целевой программе “Юг России (2008–2013 годы)” // Там же. 2008. № 4. Ст. 264.

¹⁹ Приказ Минпромторга РФ от 24 сентября 2009 г. № 853 «Об утверждении Стратегии развития легкой промышленности России на период до 2020 года и Плана мероприятий по ее реализации» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Приказ Минпромторга РФ № 248, Минсельхоза РФ № 482 от 31 октября 2008 г. «Об утверждении Стратегии развития лесного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года» // Там же.

²¹ Приказ Минпромэнерго РФ от 7 августа 2007 г. № 311 «Об утверждении Стратегии развития электронной промышленности России на период до 2025 года» // Там же.

²² Цит. по: Хатаева М. А., Цирин А. М. Законодательство о государственно-частном партнерстве в Российской Федерации: проблемы, тенденции, перспективы // Журнал российского права. 2008. № 10.

²³ Российская газета. 1993. 12 авг.

²⁴ Игнатюк Н. А. Государственно-частное партнерство в России // Право и экономика. 2006. № 8. С. 3–7.

В этом смысле формы государственно-частного партнерства могут быть самыми разными. Но именно сотрудничество государства и субъекта предпринимательской деятельности, предполагающее равноправие и взаимный интерес, должно рассматриваться в качестве генеральной характеристики государственно-частного партнерства, а не только простое привлечение государством бизнеса для выполнения последних работ (услуг) для государственных нужд.²⁵

2. Не вносит ясности и практика применения субъектами Российской Федерации механизма государственно-частного партнерства.

В соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 4 Закона Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»²⁶ государственно-частным партнерством признается взаимовыгодное сотрудничество Санкт-Петербурга с российским или иностранным юридическим или физическим лицом либо действующим без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) объединением юридических лиц в реализации социально значимых проектов, которое осуществляется путем заключения и исполнения соглашений, в том числе концессионных.

Статья 1 Закона Томской области от 4 декабря 2008 г. № 240-03 «О государственно-частном партнерстве в Томской области»²⁷ рассматривает государственно-частное партнерство в качестве организационного взаимодействия (сотрудничества) между публичными образованиями, с одной стороны, и хозяйствующими субъектами — с другой стороны, с целью реализации общественно значимых проектов в социально-экономической сфере на территории субъектов Российской Федерации.

В подп. 1 п. 1 ст. 4 Закона Удмуртской Республики от 9 октября 2009 г. № 39-РЗ «Об участии Удмуртской Республики в государственно-частных партнерствах»²⁸ государственно-частное партнерство характеризуется как привлечение Удмуртской Республикой российского или иностранного юридического лица, либо объединения юридических лиц, либо индивидуальных предпринимателей для выполнения работ по техническому обслуживанию, эксплуатации, реконструкции или новому строительству объектов общественной инфраструктуры, оказанию услуг (проведению работ, реализации товаров) с их использованием на условиях разделения рисков, компетенции и ответственности путем заключения и исполнения соглашения о взаимовыгодном сотрудничестве участников в государственно-частном партнерстве.

3. Не всякое взаимодействие государства в лице органов власти с представителями бизнес-сообщества с целью достижения определенных конкретных результатов может быть расценено как государственно-частное партнерство. В рамках любого акционерного общества между акционерами, являющимися публично-правовыми образованиями и частными лицами, происходит определенное взаимодействие в виде принятия решений о назначении органов управления, распределении прибыли и выплате дивидендов и по иным корпоративным вопросам, результатом которых будет формирование определенного рода имущественных последствий.

²⁵ Лисица В. Н. Государственно-частное партнерство в российском праве // Административное право. 2010. № 3. С. 32.

²⁶ Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2007. № 2.

²⁷ Собрание законодательства Томской области. 2008. № 12 (41).

²⁸ Известия Удмуртской Республики. 2009. 30 окт.

В литературе отмечается, что термин «государственно-частное партнерство» не может являться организационно-правовой формой юридического лица, а действующее законодательство не предусматривает создание государственно-частного партнерства в качестве хозяйствующего субъекта.²⁹

Тем не менее деятельность субъектов в качестве акционеров не может и не должна расцениваться в качестве государственно-частного партнерства. Акционеры действуют в целях управления созданным ими акционерным обществом, периодически проводя общие собрания; существующий корпоративный порядок принятия ими решений предусматривает возможность игнорирования мнения меньшинства; с имуществом хозяйствуют не сами акционеры, а акционерное общество, и пр. Эти признаки характеризуют такие отношения как корпоративные, являющиеся самостоятельными в их типизации.

Деятельность акционеров не может рассматриваться в качестве государственно-частного партнерства и в случае заключения ими акционерных соглашений. В соответствии с п. 1 ст. 32.1 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»³⁰ акционерным соглашением признается договор об осуществлении прав, удостоверенных акциями, и (или) об особенностях осуществления прав на акции. По акционерному соглашению его стороны обязуются осуществлять определенным образом права, удостоверенные акциями, и (или) права на акции и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав. Каждый акционер, голосуя определенным согласованным с другими акционерами образом в силу принадлежащих ему акций, порождает определенные правовые последствия и даже конкретный хозяйственный результат.

Но считать такие действия совершенными в рамках государственно-частного партнерства представляется неверным. Сказанное в равной мере можно отнести и на счет договора об осуществлении прав участника общества с ограниченной ответственностью, возможность заключения которого предусмотрена п. 3 ст. 8 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».³¹

Поэтому корпоративная форма организации имущественных отношений не способна породить государственно-частное партнерство.

4. По нашему мнению, правовой основой государственно-частного партнерства может выступать *только договор*.

Именно на договорный характер государственно-частного партнерства обращает внимание В. Ф. Попондопуло,³² говоря о государственно-частном партнерстве как о договорном объединении усилий государства и частного инвестора для достижения какой-либо общественно значимой цели, например, совместного финансирования, строительства и эксплуатации автомобильной дороги.

В зависимости от объекта государственно-частного партнерства будут различаться типы и виды используемых договоров, как поименованных в ГК РФ (договоры купли-

²⁹ Васильев В. Правовые вопросы осуществления государственно-частного партнерства // Транспорт Российской Федерации. 2006. № 4. С. 28; Вилисов М. Государственно-частное партнерство: Политико-правовой аспект // Власть. 2006. № 7; Шишкин С. Н. Государственное регулирование экономики: Предпринимательско-правовой аспект. М., 2007.

³⁰ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

³¹ Там же. 1998. № 7. Ст. 785.

³² Попондопуло В. Ф. Концессионное соглашение — правовая форма государственно-частного партнерства / Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. № 1. 2007 / Под ред. В. Ф. Попондопуло. СПб., 2008. С. 105.

продажи, аренды, строительного подряда, возмездного оказания услуг, поручительства и др.), так и не поименованных в ГК РФ, получивших законодательное закрепление в других нормативных правовых актах (договор участия в долевом строительстве, договор о развитии застроенной территории, соглашение о разделе продукции, концессионное соглашение, соглашение об осуществлении (ведении) деятельности в особой экономической зоне и др.).

Некоторые авторы сводят государственно-частное партнерство к заключению гражданского договора,³³ что представляется слишком простым для квалификации отношений.

Но далеко не всякий договор способен выступать в качестве юридического факта, порождающего государственно-частное партнерство. Например, п. 2 ст. 1 Закона Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»³⁴ (Закон СПб о ГЧП), устанавливающего порядок и условия участия Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах путем заключения и исполнения от имени Санкт-Петербурга соглашений, в том числе концессионных, содержит оговорку о нераспространении его норм на отношения, связанные с предоставлением объектов недвижимости, находящихся в собственности Санкт-Петербурга, для осуществления градостроительной деятельности на территории Санкт-Петербурга, а также на отношения, опосредующие передачу имущества казны Санкт-Петербурга в доверительное управление.

Договор, в котором участники государственно-частного партнерства закрепляют связанные с ним обязательства, является финальной стадией выработки и принятия решения о вступлении в договорные отношения.

Заключению договора, опосредующего отношения государственно-частного партнерства, будут предшествовать этап определения публичным собственником условий своего участия, подготовка договора (комплекса из нескольких договоров), выбор контрагента (как правило, на основе организации и проведения торгов). Такие идеи лежат в основе заключения, например, соглашения о разделе продукции, концессионного соглашения, что предопределяется особенностями правового статуса публичного собственника и задачами его участия в государственно-частном партнерстве.

5. Сторонами государственно-частного партнерства являются: а) публично-правовое образование, статус которого законодательно определен и не вызывает принципиальных вопросов; б) партнер публичного образования.

Законодательство субъектов РФ зачастую в качестве партнера рассматривает субъекта, способного осуществлять предпринимательскую деятельность.

Закон СПб о ГЧП подходит к этому вопросу шире, считая партнером российское или иностранное юридическое или физическое лицо, что представляется не совсем верным и требующим уточнения статуса потенциального партнера в соответствии с ГК РФ. Не всякий субъект вправе осуществлять инвестиции в рамках государственно-частного партнерства, и распространение статуса партнера на физических лиц и некоммерческие организации не вовлечет последних в орбиту партнерства. Более того, подавляющая часть правовых форм государственно-частного партнерства изначально рассчитана только на субъектов, способных к осуществлению предпринимательской деятельности.

³³ Лисица В. Н. Государственно-частное партнерство в российском праве. С. 43.

³⁴ Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2007. № 2.

Поэтому партнером может быть только индивидуальный предприниматель или коммерческая организация. Подобное ограничение, предопределяемое необходимостью надлежащего исполнения такими субъектами обязанностей по осуществлению частных инвестиций в экономику и реализацию социально значимых проектов, представляется вполне обоснованным.

Иногда в качестве партнера рассматривается объединение юридических лиц, действующее без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности).³⁵ Но само по себе простое товарищество не обладает правосубъектностью, в связи с чем не может быть партнером; партнерами будут все простые товарищи.

Рассуждая о статусе сторон государственно-частного партнерства, нельзя не затронуть проблему неравнозначности правовых статусов субъектов партнерства. Органы власти, представляющие публично-правовые образования, с одной стороны, подписывают соглашения, руководствуясь своим гражданско-правовым статусом. С другой стороны, заключению соглашения предшествует определенная административная работа органов власти как публичных органов, в ходе которой создаются предпосылки для выработки критериев определения партнеров, в связи с чем соблюдение единых недискриминационных подходов представляется весьма важным. Отказ от конкурсных (аукционных) процедур путем закрепления административного порядка предоставления права (блага) рассматривается как коррупциогенный фактор, устанавливающий для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил (см. подп. «з» п. 3 Методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов³⁶).

6. Вопрос соотношения законодательства о приватизации и механизмов государственно-частного партнерства заслуживает отдельного внимания.

Результатами осуществления деятельности в рамках государственно-частного партнерства могут стать переход права собственности на объекты (как правило, недвижимость) от Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в собственность физических и (или) юридических лиц на возмездных основаниях и получение публичным собственником определенной имущественной выгоды, что формально подпадает под понятие приватизации, приводимое в ст. 1 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»³⁷ (далее — Закон о приватизации).

В соответствии со ст. 217 ГК РФ отчуждение имущества, находящегося в муниципальной собственности, может быть передано его собственником в собственность граждан и юридических лиц в порядке, предусмотренном законом о приватизации государственного и муниципального имущества.

Статья 13 Закона о приватизации определяет исчерпывающий (закрытый) перечень способов приватизации государственного и муниципального имущества, что

³⁵ Подпункт 3 п. 1 ст. 4 Закона Санкт-Петербурга от 25 декабря 2006 г. № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»; п. 3 ст. 4 Закона Республики Дагестан от 1 февраля 2008 г. № 5 «Об участии Республики Дагестан в государственно-частных партнерствах».

³⁶ Утверждена Постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» (СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084).

³⁷ СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

неоднократно подтверждалось материалами судебной практики. Использование иных способов перехода права собственности на имущество, а также существовавших ранее способов приватизации, не допускается.

Предпринимателю, направившему оферту для заключения сделки приватизации государственного или муниципального имущества, было отказано, поскольку действующим в тот момент Законом о приватизации не был предусмотрен такой способ приватизации, как выкуп арендованного имущества.³⁸

Соглашение об определении долей в праве общей долевой собственности на объекты недвижимости, заключенное между КУГИ и ООО, является недействительным, поскольку осуществление приватизации государственного имущества способами, отличными от предусмотренных Законом о приватизации, не допускается, а спорное соглашение фактически является сделкой по передаче в частную собственность доли в праве государственной собственности.³⁹

Предприниматель приобрел в собственность нежилое помещение в обмен на принимаемую в муниципальную собственность квартиру, принадлежащую ему на праве частной собственности. Такие действия, квалифицированные как мена, нарушают права и интересы неопределенного круга лиц в сфере предпринимательской и экономической деятельности и лишают последних как потенциальных покупателей права участвовать в открытых торгах по приобретению муниципального имущества. Прямого указания на такой способ приватизации, как мена имущества, в ст. 13 Закона о приватизации не содержится. Более того, указанный закон содержит прямой запрет на обмен государственного или муниципального имущества на находящееся в частной собственности имущество.⁴⁰

Исходя из того, что итогом государственно-частного партнерства может стать возникновение права частной собственности на имущество, ранее находившееся в государственной или муниципальной собственности, в доктрине существуют три подхода к вопросу о соотношении законодательства о приватизации и о ГЧП.

Во-первых, приватизация рассматривается в качестве одной из форм государственно-частного партнерства, что возможно при условии необоснованно широкого понимания последнего и представляется нам необоснованным.

Во-вторых, возмездная передача публичного имущества в собственность физических и юридических лиц должна осуществляться только по основаниям и в порядке, установленным законодательством о приватизации. В частности, по мнению О. М. Антиповой, такой порядок следует соблюдать при реконструкции здания на основании инвестиционных договоров с передачей права собственности на него или его часть инвестору.⁴¹

Но этот подход существенным образом ограничивает возможности государственно-частного партнерства как правового механизма.

В-третьих, не любая сделка, в результате которой прекращается право государственной или муниципальной собственности на конкретный объект и возникает право частной собственности, должна совершаться в порядке приватизации. Именно такой подход представляется верным.

³⁸ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 9 сентября 2008 г. № Ф04-5329/2008(10820-А45-28).

³⁹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19 февраля 2007 г. по делу № А21-808/2006.

⁴⁰ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 июня 2008 г. по делу № А52-4722/2007.

⁴¹ Антипова О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических и практических проблем). М., 2007.

В силу ст. 1, п. 2 ст. 2 Закона о приватизации государственное и муниципальное имущество отчуждается в собственность физических и (или) юридических лиц исключительно на возмездной основе (за плату либо посредством передачи в государственную или муниципальную собственность акций открытых акционерных обществ, в уставный капитал которых вносится государственное или муниципальное имущество) и не предполагает непосредственного и постоянного участия публичного собственника в судьбе этого имущества.

Государственно-частное партнерство строится на иных принципах. Здесь целью передачи будет не получение платы за передаваемое в неизменном состоянии государственное и муниципальное имущество. Имущество будет передаваться в инвестиционных, хозяйственных целях, в ходе достижения которых первоначальный объект может быть реконструирован или снесен и построен новый и т. п.

По мнению К. И. Скловского, если договор в целом не преследует цели перехода имущества в частную собственность, а имеет иные цели — инвестиции в городское хозяйство и т. п., то такой договор может быть квалифицирован как договор, не являющийся договором о приватизации.⁴²

В частности, законодательство о приватизации не распространяется на заключаемые между муниципальными образованиями и коммерческими организациями инвестиционные договоры о долевом участии в реконструкции нежилого встроенного помещения с последующим приобретением доли в праве собственности на реконструируемый объект.⁴³

В соответствии со ст. 3, 6, 19 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»⁴⁴ инвесторы имеют равные права на владение, пользование и распоряжение объектами капитальных вложений и результатами осуществленных капитальных вложений. Объектами капитальных вложений в Российской Федерации являются находящиеся в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности различные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами. Регулирование органами местного самоуправления инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, предусматривает прямое участие органов местного самоуправления в инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений, в том числе путем вовлечения в инвестиционный процесс временно приостановленных и законсервированных строек и объектов, находящихся в муниципальной собственности.

Если факт создания в результате реконструкции нового объекта подтвержден, инвестиционный договор соответствует требованиям закона, то законодательство о приватизации применению не подлежит и у регистрирующего органа отсутствуют основания для отказа в проведении государственной регистрации права общей долевой собственности.

В инвестиционный процесс могут быть вовлечены не только временно приостановленные и законсервированные стройки и объекты, находящиеся в муниципальной

⁴² Скловский К. И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004.

⁴³ Примером такой позиции может служить постановление ФАС Уральского округа от 17 июля 2008 г. № Ф09-10310/07-С6 по делу № А60-7625/07.

⁴⁴ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

собственности, но и иные виды вновь создаваемого и (или) модернизируемого имущества (п. 1 ст. 3 Закона об инвестиционной деятельности).⁴⁵

Но существует и противоположная судебная практика,⁴⁶ подчеркивающая важность вида опосредующего отношения сторон договора и наличие решения о приватизации спорного объекта. Суд посчитал, что нежилое помещение, занимаемое арендатором по договору аренды с условием о его участии в долевом строительстве кафе путем реконструкции арендуемых им помещений, которые предоставляются ему под реконструкцию, и включенное в перечень приватизируемого муниципального имущества, может быть передано арендатору только по плану приватизации способом, предусмотренным законодательством о приватизации, а не по итогам реконструкции.

7. Представляется важным отграничить саморегулируемые организации от механизмов государственно-частного партнерства.

В литературе встречается точка зрения о такой форме государственно-частного партнерства, как саморегулируемые организации. Отмечая их важность в деле формирования гражданского общества, повышения социальной ответственности бизнеса, борьбы с коррупцией, обращают внимание на развитие института саморегулируемых организаций как системы государственно-частного партнерства на взаимовыгодной основе в интересах решения стратегических задач, стоящих перед Россией.⁴⁷ Предлагается рассматривать институт саморегулирования в России не только как одну из форм объединения предпринимателей, но и как наиболее важный концептуальный принцип взаимодействия государства и рынка — государственно-частное (частно-государственное) партнерство.⁴⁸ К сожалению, авторы, объявляя саморегулируемые организации формой государственно-частного партнерства, не раскрывают содержание последнего.

Саморегулируемыми организациями признаются некоммерческие организации, созданные в предусмотренных законом целях, основанные на членстве, объединяющие субъектов предпринимательской деятельности исходя из единства отрасли производства товаров (работ, услуг) или рынка произведенных товаров (работ, услуг) либо объединяющие субъектов профессиональной деятельности определенного вида.⁴⁹

Термин «саморегулируемая организация» означает статус, присваиваемый в определенном порядке некоммерческим организациям, содержанием деятельности которых являются разработка и установление стандартов и правил предпринимательской или профессиональной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил. Участие в создании и деятельности саморегулируемых организаций принимают субъекты предпринимательской или профессиональной деятельности, а не публично-правовые образования.

Названными признаками различия не исчерпываются. Но уже в достаточной степени видно, что саморегулируемые организации, являясь способом оказания регулятивного

⁴⁵ Определение ВАС РФ от 18 февраля 2009 г. № 742/09.

⁴⁶ Определение ВАС РФ от 24 апреля 2008 г. № 5120/08.

⁴⁷ Некоторые СРО созданы с одной целью — торговать допусками [Интервью с М. Шакумом] // *Жилищное право*. 2010. № 5. С. 5–10.

⁴⁸ *Зульфугарзаде Т. Э., Хатаева М. А.* Государственно-правовые и организационные основы саморегулирования в строительном комплексе Российской Федерации // *Законодательство и экономика*. 2008. № 12.

⁴⁹ Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» // *СЗ РФ*. 2007. № 49. Ст. 6076.

воздействия на сектор экономики, принципиально отличаются от правовых форм осуществления государственно-частного партнерства.

8. Правовые формы государственно-частного партнерства разнообразны, но их перечень не является безграничным.

Под правовой формой понимается объективно выраженная и устойчивая связь между составляющими право элементами, а также между правом и неправовыми явлениями, нуждающимися в правовой регламентации. Возникновение правовой формы всегда обусловлено объективной социально-экономической ситуацией.⁵⁰ Имущественные, товарные отношения выступают универсальной предпосылкой для выявления правовых форм, а присущая им массовидность индивидуальных споров приводит к созданию правовой формы как универсальной формы их решения.⁵¹

В этом смысле правовая форма осуществления государственно-частного партнерства должна отвечать двум основным требованиям — обеспечить для инвестора привлекательность, безопасность вложения средств в государственную собственность и способствовать реализации основной цели инвестиционного проекта.⁵²

Правовая форма осуществления государственно-частного партнерства должна быть в достаточной степени определенной, позволяющей отграничить ее от иных смежных правовых явлений и добиться тем самым правовой определенности в ее квалификации.

Говоря о правовой форме осуществления государственно-частного партнерства, следует учитывать, какой формой опосредуется взаимовыгодное взаимодействие публичного собственника и частных лиц на условиях распределения рисков путем объединения имущества и усилий для эффективного достижения единой, общей цели.

Анализ законодательства субъектов Российской Федерации показал намерение последних использовать в качестве правовых форм осуществления государственно-частного партнерства различные средства:

- 1) финансирование работ по подготовке конкурса на заключение соглашения в рамках государственно-частного партнерства;
- 2) государственные гарантии по кредитам, привлекаемым партнером с целью реализации соглашения;
- 3) оплата по регулируемым тарифам (ценам) определенного объема товаров (работ, услуг), предусмотренных соглашением и произведенных партнером;
- 4) предоставление имущества, находящегося в государственной казне, в доверительное управление, аренду, в том числе на льготных условиях;
- 5) предоставление партнеру находящихся в государственной собственности земельных участков, на которых располагается или должен располагаться объект соглашения;
- 6) заключение концессионных соглашений;
- 7) участие в соглашениях о разделе продукции;
- 8) участие в создании особых экономических зон;
- 9) заключение государственных контрактов на поставку товаров для государственных и муниципальных нужд;

⁵⁰ Белицкая А. В. Правовые формы государственно-частного партнерства в России и зарубежных странах // Предпринимательское право. 2009. № 2.

⁵¹ Паишуканис Е. Б. Общая теория права и марксизм // Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 50.

⁵² Лысихина О. И. Концессионное соглашение как форма государственно-частного партнерства в транспортной сфере // Транспортное право. 2007. № 4.

- 10) участие в уставных капиталах открытых акционерных обществ;
- 11) инвестиционные фонды, в том числе венчурные фонды;
- 12) агентства инвестиций и развития;
- 13) инновационная деятельность;
- 14) лизинговая деятельность;
- 15) соглашения (договоры) о профессиональной подготовке и переподготовке;
- 16) оснащение объектов государственной или муниципальной собственности необходимым оборудованием;
- 17) благоустройство земельных участков, на которых расположены объекты государственной или муниципальной собственности;
- 18) бесплатное обслуживание населения в объемах, согласованных сторонами государственно-частного партнерства;
- 19) предоставление налоговых льгот в соответствии с налоговым законодательством и др.

Иногда соглашение об аутсорсинге рассматривается в качестве правовой формы осуществления государственно-частных партнерств, на основании которого может произойти передача субъектам предпринимательской деятельности прав на оказание различного рода публичных услуг: государственных социальных, негосударственных социальных и др.⁵³

В качестве правовой формы государственно-частных партнерств в России рассматривают венчурные фонды,⁵⁴ объединения работодателей,⁵⁵ государственные корпорации,⁵⁶ фонды поддержки научной и научно-технической деятельности.⁵⁷

Все это является отражением широкого подхода к пониманию государственно-частного партнерства, что неприемлемо с учетом выше сказанного.

Закрываемые в рамках государственно-частного партнерства соглашения должны базироваться на следующих принципах, выделение которых позволит разграничить различные случаи совместного участия публично-правовых образований и частных лиц в имущественных отношениях:

- 1) законности, учета государственных (как правило, общественных) и частных интересов;
- 2) участия публичного собственника в отношениях, связанных с заключением и исполнением соглашений, на равных началах с участниками этих отношений;
- 3) равных условий доступа хозяйствующих субъектов к участию в государственно-частном партнерстве, как правило, на основе торгов;
- 4) определения конкретного имущества, выступающего объектом государственно-частного партнерства;

⁵³ Терещенко Л. К. Услуги: государственные, публичные, социальные // Журнал российского права. 2004. № 10.

⁵⁴ Михеев В. А. Государственно-частное партнерство: политика и механизм реализации // Проблемы формирования государственных политик в России. Научный эксперт. М., 2006.

⁵⁵ Кирилловых А. А. Проблемы правового статуса объединений работодателей в системе некоммерческих организаций // Законодательство и экономика. 2010. № 2. С. 31–40.

⁵⁶ Долинская В. В. Проблемы законодательства о государственных корпорациях // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 4.

⁵⁷ Хатаева М. А., Цицин А. М. Законодательство о государственно-частном партнерстве в Российской Федерации: проблемы, тенденции, перспективы // Журнал российского права. 2008. № 10.

- 5) объединения активов и усилий участников государственно-частного партнерства для достижения общей хозяйственной цели;
- 6) максимальной эффективности использования средств публичного собственника при осуществлении государственно-частного партнерства;
- 7) безубыточности проекта;
- 8) разделения рисков государства и инвесторов, справедливого распределения между участниками достигнутых результатов, доходов и понесенных затрат;
- 9) срочности;
- 10) юридического закрепления взаимодействия сторон в рамках государственно-частного партнерства на договорной основе.

В связи с этим не все называемые в нормативных правовых актах и литературе формы взаимодействия государства и бизнеса могут быть отнесены к формам государственно-частного партнерства. По нашему мнению, государственно-частное партнерство может осуществляться в сфере недропользования (в том числе путем участия в соглашениях о разделе продукции), участия в осуществлении (ведении) деятельности в особых экономических зонах, путем заключения концессионных и инвестиционных соглашений и пр.

Перечень нельзя признавать исчерпывающим, но оценивать заключаемое соглашение как правовую форму осуществления государственно-частного партнерства следует с учетом названных выше принципов, а под государственно-частным партнерством следует понимать обусловливаемое срочным соглашением взаимовыгодное взаимодействие публичного собственника и частных лиц на условиях распределения рисков путем объединения имущества и усилий для эффективного достижения единой хозяйственной цели.