УДК/UDC 346.7

К вопросу о правовом регулировании концессионного соглашения

Замуреев Анатолий Сергеевич
студент юридического факультета
Ростовский институт (филиал) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России)
г. Ростов-на-Дону, Россия
e-mail: azamureev@mail.ru

Аннотация

С учетом широкой практики заключения концессионных соглашений на территории Российской Федерации, практически в каждом субъекте страны уже заключено или находится на этапе исполнения не одно концессионное соглашение, а как правило, заключен пакет таких соглашений. В связи с этим можно утверждать, что стороны таких соглашений получили возможность оценить качество юридической техники указанных соглашений и понять важность исключения ситуаций, при которых изменение внешней среды (изменение нормативного правового регулирования, отсутствие необходимого земельного участка для размещения объекта концессионного соглашения, изменение стоимости привлечения финансовых ресурсов), а также субъективные факторы (смена руководства публичного партнера или кадровые изменения в структуре управления частного партнера) могли бы повлиять на исполнение сторонами концессионного соглашения в течение всего его срока. Один из вопросов, на который следует обратить самое пристальное внимание, заключается в финансовой составляющей концессионного соглашения, а именно в проблеме экономического риска как квалифицирующего признака концессионного соглашения как такового, а также в его соотношении с экономическим равновесием указанного типа административных договоров.

Ключевые слова: концессионное соглашение, регулирование, концессионер, концедент, риски, обязательства.

On the Issue of Legal Regulation of the Concession Agreement

Zamureyev Anatoliy Sergeyevich
student of the Faculty of Law
Rostov Institute of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia)
Rostov on Don, Russia
e-mail: azamureev@mail.ru

Abstract

Considering the wide practice of concluding concession agreements on the territory of the Russian Federation, practically in every constituent entity of the country, more than one concession agreement has already been concluded or is in the process of execution, and, as a rule, a package of such agreements has been concluded. In this regard, it can be argued that the parties to such agreements were able to assess the quality of legal equipment of these agreements and to understand the importance of eliminating situations in which the change in the external environment (a change in the regulatory legal framework, the lack of the required land plot to house the object of the concession agreement, financial resources), as well as subjective factors (change in the management of the public partner or personnel changes in the management structure of partner) could affect the execution by the parties of the concession agreement throughout its term. One of the issues that should be paid the most attention is in the financial component of the concession agreement, namely, the problem of economic risk as a qualifying feature of the concession agreement as such, as well as its relationship with the economic equilibrium of the specified type of administrative contracts.

Key words: concession agreement, regulation, concessionaire, grantor, risks, obligations.

В июне 2018 г. вступила в силу редакция Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» [1], дополнившая этот акт гл. 4.1 и рядом других норм, касающихся особенностей регулирования отношений, возникающих в связи с подготовкой, заключением, исполнением и прекращением концессионного соглашения, объектом которого являются объекты информационных технологий или объекты

информационных технологий и технические средства, обеспечивающие их функционирование.

Содержание этих положений представляет интерес не только с точки зрения регламентации отдельных видов правоотношений, связанных с практическим использованием концессионных соглашений, но и для понимания путей формирования общей концепции дальнейшего развития законодательства в данной сфере [2].

Этапы договорного процесса в соответствующей части должны осуществляться с учетом специального регулирования, изложенного в гл. 4.1, и, следовательно, изымаются из-под действия значительного числа предписаний данного Федерального закона. Это приводит к мысли, что при наличии в концессионном соглашении одновременно как объекта, предусмотренного п. 21, так и иного объекта из перечня, содержащегося в ч. 1 ст. 4 Закона о концессионных соглашениях, может иметь место «расщепление» правового регулирования договорных отношений в рамках единого соглашения. В ч. 7 ст. 53.1 предложен также иной вариант заключения концессионного соглашения, согласно которому таким соглашением может быть предусмотрено, что объекты информационных технологий и технические средства обеспечения функционирования объектов информационных технологий входят в состав объекта концессионного соглашения. В этом случае возникнет не два отдельных объекта, а один, в отношении которого должна учитываться специфика регулирования, касающаяся указанных технологий. Представляется, что данный вариант в большей степени отвечает цели упорядочения договорных отношений.

Следует обратить внимание также на следующий аспект затронутого вопроса. Правительство РФ утверждает примерные концессионные соглашения в отношении указанных в ч. 1 ст. 4 Закона отдельных объектов концессионных соглашений. Необходимо отметить, что примерные соглашения, о которых говорится в рассматриваемом законе, отличаются от примерных договоров, регулируемых Гражданским кодексом РФ [3].

В соответствии с п. 1 ст. 427 ГК РФ в договоре может быть предусмотрено, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. Согласно п. 2 (в ред. Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ [4]) данной статьи в случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ. В ч. 2 этой статьи разъясняется, что в целях данного Федерального закона к созданию объектов информационных технологий относятся мероприятия по разработке новых и (или) переработке (модификации) существующих объектов информационных технологий [5].

К созданию технических средств обеспечения функционирования объектов информационных технологий ч. 3 ст. 53.1 в целях данного Федерального закона относит мероприятия по разработке новых и (или) модернизации существующих технических средств обеспечения функционирования объектов информационных технологий. При этом под модернизацией упомянутых технических средств понимаются достройка, приобретение и монтаж оборудования, замена комплектующих оборудования, реконструкция и иные виды работ, которые приводят к улучшению (повышению) показателей функционирования объекта концессионного соглашения, его технического уровня и (или) появлению у него новых или улучшенных характеристик и эксплуатационных свойств [6].

Приведенные положения свидетельствуют о том, что за время действия Закона «О концессионных соглашениях» развитие правового регулирования концессионных связей прошло путь от регламентации договорных отношений, возникающих исключительно по поводу передачи на началах концессии объектов недвижимости, как было установлено базовой редакцией этого акта, до регулирования наряду с ними комплекса правоотношений, касающихся объектов информационных технологий и технических средств обеспечения их функционирования. Это свидетельствует о качественном изменении концепции законодательного регулиро-

вания указанных правоотношений, влекущем за собой заметное расширение сферы применения указанного Закона.

Таким образом, за указанным исключением, иностранные юридические и физические лица, а также отвечающие означенным критериям российские юридические лица не вправе выступать концессионерами в упомянутых выше соглашениях. Вместе с тем необходимо учитывать, что в соответствии с общей нормой п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о концессионных соглашениях, концессионером может стать и индивидуальный предприниматель. Сопоставление обоих предписаний приводит к выводу о том, что такой субъект не подпадает под запрет, установленный ч. 1.6 ст. 5, поскольку тот относится лишь к юридическим лицам. Следовательно, участие в соглашении российского индивидуального предпринимателя надо признать допустимым и при наличии квалифицирующих признаков, изложенных в ч. 1.6.

Как уже отмечалось, запрет на участие в концессионных соглашениях лиц, перечисленных в норме данной части, может быть преодолен путем заключения международного договора, издания федерального закона, а также принятия решения Президентом РФ. В соответствии с ч. 1 ст. 90 Конституции РФ [7] Президент РФ издает указы и распоряжения. В этой связи формулировка ч. 1.6 представляется недостаточно четкой, так как не указывает, каким именно документом должно оформляться упомянутое решение.

На наш взгляд, избранный законодателем термин «решение» в данном случае является излишне широким. Необходимо учитывать, что один из видов актов, которые вправе издавать Президент РФ, а именно распоряжение, не носит нормативного характера и не может использоваться в целях корректировки закона федерального уровня. Иными словами, не всякое решение, принятое в пределах компетенции упомянутого лица, даже облеченное в одну из указанных форм, обладает юридической силой, необходимой для отмены действия прямого запрета, установленного федеральным законом.

Нужно отметить, что согласно ч. 3 ст. 90 Основного закона указы

и распоряжения Президента РФ не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам. По-видимому, по мысли разработчиков рассматриваемой редакции Закона «О концессионных соглашениях», возможность преодоления вышеупомянутого запрета, установленного федеральным законом, основывается на том, что соответствующее положение предусмотрено актом аналогичного уровня. Однако на деле эта позиция не способствует разрешению данной правовой ситуации, поскольку формулировка ч. 1.6, допуская необоснованное расширение полномочий, определенных императивным предписанием Конституции, изначально является неправомерной.

В связи с рассмотрением проблем, касающихся правового статуса концессионера, необходимо отметить, что Закон «О концессионных соглашениях» не позволяет с необходимой степенью достоверности решить вопрос, связанный с возможностью обладания концессионером — индивидуальным предпринимателем двойным гражданством (российским и иностранным).

Ст. 2 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» [8], раскрывающая основные понятия, используемые в этом акте, не предусматривает того, что такие лица могут выступать в качестве иностранных инвесторов. Однако Закон не содержит и прямого запрета на их участие в инвестиционных отношениях.

По мнению Долгих И. А, на лиц, обладающих наряду с российским также иностранным гражданством, должен распространяться установленный ч. 1.6 ст. 5 Закона о концессионных соглашениях запрет на участие последних в концессионных соглашениях, заключаемых в отношении объекта, предусмотренного п. 21 ч. 1 ст. 4 Закона. Во избежание иного толкования такое положение следовало бы включить в текст ч. 1.6. В любом случае позиция законодателя нуждается в разъяснении [9].

Следует отметить, что отсутствие сформированных взглядов на эту без преувеличения ключевую характеристику является, по нашему мнению, основной причиной искажения в законодательстве экономиче-

ской сущности административных договоров концессионного типа, что может привести (и уже приводит) к негативным последствиям при реализации общественно значимых проектов. В этой связи представляется необходимым затронуть вопросы об экономическом равновесии в концессионных соглашениях и о способе распределения рисков, лежащих на сторонах концессионных соглашений, а также о соотношении этих концептов с публичными интересами, которые неминуемо затрагиваются при реализации договоров подобного типа [10].

С момента принятия во многом частноправового по характеру Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» ограниченное использование этой договорно-правовой конструкции для оформления сотрудничества между органами публичной власти и частным сектором во многом было обусловлено отсутствием четких представлений о степени экономического риска, возлагаемого на концессионера. Это, в свою очередь, неизбежно влекло за собой недоверие со стороны потенциальных частных инвесторов к рассматриваемой форме государственно-частного партнерства, т. к. оставалось неясным, насколько гарантирована возвратность их инвестиций [11].

Так, согласно новой редакции ч. 1 ст. 20 Закона о концессионных соглашениях установлено, что в случае, если принятые федеральные законы и (или) иные нормативные правовые акты Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления приводят к увеличению совокупной налоговой нагрузки на концессионера или ухудшению положения концессионера таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, в т. ч. устанавливают режим запретов и ограничений в отношении концессионера, ухудшающих его положение по сравнению с режимом, действовавшим в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, концедент обязан принять меры, обеспечивающие окупаемость инвестиций концессионера и получение им валовой выручки (дохода от реализации

производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) в объеме не менее изначально определенного концессионным соглашением).

При этом ст. 6 Закона о концессионных соглашениях изложена в следующей редакции: «Срок действия концессионного соглашения устанавливается концессионным соглашением с учетом срока создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, объема инвестиций в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, срока окупаемости таких инвестиций, срока получения концессионером объема валовой выручки, определенных концессионным соглашением, срока исполнения других обязательств концессионера и (или) концедента по концессионному соглашению». Таким образом, по сравнению с предыдущей редакцией рассматриваемой статьи законодатель дополнительно указал на необходимость учета срока возвратности инвестиций концессионера при установлении срока действия концессионного соглашения. Аналогичные изменения внесены и в нормы отраслевого законодательства.

Таким образом, законодатель путем внесения вышеуказанных изменений исключил риск неполучения концессионером запланированной прибыли в ходе реализации концессионного соглашения. С 1 февраля 2015 г. концедент по общему правилу обязан принимать на себя обязательства по обеспечению окупаемости инвестиций концессионера и получению им изначально установленной валовой выручки, что также подразумевает возможность продления срока действия концессионного соглашения на указанном основании.

По всей видимости, законодатель пошел на создание столь комфортных условий возвратности инвестиций для концессионеров с учетом непростой экономической ситуации в стране и необходимости реализации крупных инфраструктурных проектов. Вместе с тем имеются основания полагать, что подобные меры, искажая экономическую сущность концессионного соглашения (как в плане перераспределения рисков, так и его экономического равновесия в целом), могут, как это ни парадоксально,

повлечь за собой существенное ограничение использования указанных административных договоров в России, а также вступить в противоречие с существующим антимонопольным регулированием. Кроме того, по мере развития законодательства об административно-договорных формах взаимодействия государства и бизнеса и соответствующей судебной практики отсутствие четких взглядов на проблему экономического риска как критерия для разграничения различных административно-договорных форм все чаще будет приводить к проблеме переквалификации конкретных договоров, заключаемых между организациями частного сектора экономики и органами публичной администрации.

Учитывая, что отечественная судебная практика по вопросам правового регулирования концессионных соглашений (как и в целом государственно-частного партнерства) находится в настоящее время в процессе своего формирования, в данном исследовании мы будем в случае необходимости опираться также на соответствующее правовое регулирование и судебную практику Европейского союза и Франции в частности.

Заметим, что легальное определение концессионного соглашения, содержащееся в ст. 3 Закона о концессионных соглашениях, однозначно возлагает расходы по созданию и реконструкции объекта концессионного соглашения на концессионера. При этом плата концедента не может признаваться выручкой от оказания услуг и должна расцениваться как предоставление преференций в силу следующих обстоятельств. Во-первых, само понятие платы концедента подразумевает, что публичный партнер берет на себя часть расходов по финансированию объекта, что не является оплатой услуг концессионера. С другой стороны, сущность концессионного соглашения как административного договора заключается в передаче частному партнеру общественно значимых обязанностей, лежащих на органе публичной власти, что вряд ли может расцениваться в качестве предоставления услуг [12].

Представляется, что предусмотренная законодательством возможность бюджетных выплат в пользу концессионера должна быть связана

с применением норм о контроле государственных и муниципальных преференций [13].

Очевидно, что в случаях, когда публичный партнер концессионного соглашения участвует в оплате услуг, предоставляемых концессионером (например, услуг водоснабжения, утилизации бытовых отходов), антимонопольные правила о предоставлении государственных и муниципальных преференций не подлежат применению в силу того, что предоставляемые выплаты носят «горизонтальный» характер, т. е. их бенефициарами являются потребители предоставляемых общественно значимых услуг. Однако в случаях, когда публичный партнер осуществляет выплаты концессионеру вне прямой связи с количеством и качеством предоставляемых услуг, возникает риск нарушения требований о защите конкуренции, который также следует учитывать. При этом, к сожалению, экономические условия концессионных соглашений, заключаемых Правительством Российской Федерации, не являются объектом контроля со стороны Федеральной антимонопольной службы, который фактически сведен к формальному согласованию изменений указанных условий.

Отечественное законодательство заключает в себе существенные экономико-правовые риски переквалификации концессионных соглашений в смежные административно-договорные формы, а именно в государственный (муниципальный) контракт на выполнение подрядных работ для государственных (муниципальных) нужд и наоборот, а также в целом не содержит четких критериев по разграничению случаев применения различных административно-правовых форм к конкретным публичным нуждам.

Представляется очевидным, что законодателю следует системно подходить к правовому регулированию всего спектра соглашений концессионного типа, партнерских договоров и государственных (муниципальных) контрактов, чтобы избежать путаницы в их использовании и неправильного применения закона, обеспечения юридической безопасности сторон, а также эффективности расходования бюджетных средств.

Нужно отметить, что проблема распределения экономического рис-

ка в рамках взаимодействия государства и частного капитала также находит свое отражение в недавно принятом Федеральном законе от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Давая определение государственно-частному партнерству, законодатель указывает, что оно представляет собой сотрудничество публичного и частного партнеров, основанное на распределении рисков. Действительно, одной из характерных черт партнерских договоров является именно эффективное распределение рисков между органом публичной администрации, с одной стороны, и частным партнером — с другой, основанное на том, что тот или иной риск возлагается на сторону, которая в состоянии в силу тех или иных обстоятельств лучше им управлять [14].

При сопоставлении норм, устанавливающих правовой режим концессионных соглашений и договоров государственно-частного партнерства, нетрудно обратить внимание на то, что положения частей 5 и 11 ст. 15 Закона о ГЧП, по сути, повторяют правила, установленные частью 1 ст. 20 и статьей 6 Закона о концессионных соглашениях соответственно.

В настоящий момент остается неясным, по какому пути будет направлено законодательство и судебная практика в рассмотренном нами вопросе и в какой степени при этом будет учтена необходимость поддержания баланса публичных и частных интересов и усиления прозрачности взаимодействия государства и общества, однако уже сейчас можно с высокой степенью вероятности утверждать, что от этого зависит успех применения в России административно-договорных методов управления экономикой в целом и концессионного соглашения как одной из форм государственно-частного партнерства в частности.

Список литературы

1. О концессионных соглашениях: Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации.2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

2. Борщевский Г. А. Государственно-частное партнерство: Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры / Г. А. Борщевский. М.: Юрайт, 2018. 344 с.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

4. О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 10. Ст. 1412.

5. Гринев В. П. Закупки работ по проектированию и строительству в рамках контрактов жизненного цикла // Госзаказ в вопросах и ответах. 2018. № 10. С. 13–20.

6. Гринев В. П. Застройщик как институт нормоконтроля расходования бюджетных средств в сфере капитального строительства // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2015. № 40. С. 96–105.

7. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Справочно-правовая система «Консультант Плюс».

8. Об иностранных инвестициях в Российской Федерации: Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ // Справочно-правовая система «Консультант Плюс».

9. Долгих И. А., Зусман Е. В. Концессия: анализ ключевых новелл // Закон. 2015. № 3. С. 50–59.

10. Игнатюк Н. А. Государственно-частное партнерство: учебник. М.: Юстицинформ, 2017. 384 с.

11. Высоцкая Н. В. Государственно-частное партнерство: вопросы теории и методологии: учебное пособие / Н. В. Высоцкая, О. А. Жилина. М.: МГУУ ПМ, 2018. 28 с.

12. Гринев В. П. К вопросу о требованиях к техническому заказчику в строительстве в рамках контрактов жизненного цикла // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2016. № 39. С. 54–63.

13. Нуриев А. Х. Контракты жизненного цикла: проблемы и пути развития // Законы: опыт, теория, практика. 2014. № 8. С. 89–93.

14. Мещеров А. В. Государственно-частное партнерство: теория, методология и практика // Экономические науки. 2015. № 2 (123) С. 16–17.