

Сона Теванян

Кандидат юридических наук

Ассистент кафедры гражданского права ЕГУ

Правовое регулирование концессионного договора

Монография

Ереван 2016

ISBN 978-5-8084-2117-2

© Издательство ЕГУ, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	2
ГЛАВА 1. СУЩНОСТЬ И ОСОБЕННОСТИ КОНЦЕССИИ И КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА	5
<i>§ 1. Понятие и правовая природа концессии и концессионного договора</i>	5
<i>§ 2. Законодательные основы концессионных отношений в Республике Армения</i>	19
<i>§ 3. Концессионный договор как самостоятельный вид гражданско-правового договора</i>	26
ГЛАВА 2. ЭЛЕМЕНТЫ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА. КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРА....	41
<i>§ 1. Проблемы разграничения предмета и объекта концессионного договора</i>	41
<i>§ 2. Место концессионного договора в гражданском праве и его классификация</i>	53
<i>§ 3. Содержание концессионного договора</i>	64
ГЛАВА 3. ОСОБЕННОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ИСПОЛНЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЯ КОНЦЕССИОННОГО ДОГОВОРА	76
<i>§ 1 Особенности передачи имущества на концессионной основе</i>	76
<i>§ 2. Прекращение концессионного договора: защита прав сторон</i>	86

Введение

В условиях динамичного развития цивилизации отношения между странами становятся более прочными, и для них открываются новые области сотрудничества. Несмотря на то, что экономическое взаимодействие между государствами не ново, и с давних времен оно было наиболее распространенной формой сотрудничества, процессы развития диктуют необходимость разработки более эффективных путей для этого сотрудничества. Одним из них являются инвестиции, особенно иностранные, которые распространены как в отношениях между развитыми, так и развивающимися государствами. Пути осуществления инвестиций разные – прямые, портфельные и договорные, в том числе и на основе концессионных договоров, которые направлены на содействие экономик развивающихся стран. Регулирование концессионных отношений во многих из них основывается на привлекательности инвестиционной атмосферы для частных предпринимателей. Учитывая роль концессионного механизма в развитии инфраструктур и экономики страны, немалое количество государств склонно обеспечивать функционирование частного сектора, разрабатывая специальное отраслевое законодательство и вовлечение соответствующих финансовых ресурсов. Концессионные отношения в Республики Армения (далее РА) урегулированы не в полной мере и не очень последовательно: практически нет единого законодательного акта, регулирующего отношения в этой сфере, из которого могут следовать основные пути и принципы смежного регулирования. Несмотря на такую неурегулированность отношений, концессия нашла свое применение и договорное закрепление в РА. Ярким примером этого являются концессионные договоры с участием РА в отраслях железнодорожного транспорта, аэропортов и недр. Оценивая создавшуюся ситуацию, можем утверждать, что степень развития и практическая распространенность концессионных отношений делает актуальным вопрос о правовом регулировании и теоретическом исследовании этого института. В процессе регулирования концессионных отношений происходит взаимодействие частных и публичных интересов. В этом смысле нужно определить дозволенную границу внедрения публичных интересов в процесс правового регулирования отношений с участием частного капитала, за чертой которого любое вмешательство можно оценивать как попытку давления на частные интересы.

Ученые часто подчеркивают, что в деле регулирования концессионных отношений наличие основного базового законодательного акта способствует улучшению инвестиционной атмосферы данного государства, т.к. таким образом формируются основные предпосылки для развития надежных гражданско-правовых отношений между государством и инвестором. В таких условиях взаимоотношения между сторонами имеют договорный, а не административный характер, и основаны на двусторонних правах и обязанностях.

За последние 15-20 лет концессионные отношения, как наиболее эффективный механизм сотрудничества государства с частным сектором, внедрились в экономические и социально-инфраструктурные области многих стран мира. Современное государство значительно меняет стратегические аспекты своего участия в экономической и общественной жизни страны, и большой размах приобретает участие предпринимательского и финансового капитала частного сектора именно в тех сферах экономики, которые прежде были абсолютной монополией государства.

Таким образом, государство, делегируя некоторые из своих функций частному лицу, приобретает возможность сосредоточить свое внимание на новых функциях, которые в период глобализации необходимы для современного государства. Кроме того, сотрудничество государства и частного сектора, участие частных субъектов в сфере государственной экономики дает возможность экономить средства государственного бюджета, а также с помощью конкурсного отбора частного партнера представляется возможным обеспечить конкуренцию в ранее монопольных областях государственной деятельности и выбрать наиболее благоприятный вариант сотрудничества. Как показывает опыт многих зарубежных стран, внедрение организационных способностей частных организаций, преуспевающих в сфере предпринимательства и рыночных отношений, в процессе решений некоторых социально-экономических проблем, делает возможным преодоление проблемы неэффективного функционирования инфраструктур, являющихся государственной или муниципальной собственностью. Наконец, постоянный контроль общественной власти над концессионной деятельностью частных лиц дает возможность сохранить социальные приоритеты делегированного управления. Таким образом, государство продолжает нести ответственность за соблюдение жизненно важных интересов общества и удовлетворения его потребностей.

Глава 1. Сущность и особенности концессии и концессионного договора

§ 1. Понятие и правовая природа концессии и концессионного договора

Концессия как система отношений применялась еще с давних времен. В Римской империи в муниципиях, которые соответствуют сегодняшним общинам, был некий опыт отдавать в управление частных лиц почтовые станции, порты, рынки, бани и другие значимые инфраструктурные объекты¹. В средневековые концессионные отношения были распространены не только в Европе, но и в Южной Америке, а позднее еще и в России. В XVII-XVIII веках во Франции на основе концессионных договоров строились дороги, мосты, а также функционировали коммунальные службы, в XXI веке в Бельгии и Испании дороги и железнодорожные сооружения также строились на основе частных инвестиций, применяя концессионный механизм. В то же время в Аргентине концессионные договоры применялись для эксплуатации гидростанций и иных гидротехнических сооружений. В Мексике они были распространены в области авиаперевозок, а в Египте – в областях эксплуатации международных аэропортов и пользования недр. На концессионной основе были построены Эйфелева башня и Суэцкий канал². В советской России, во времена НЭП-а, также были распространены концессионные соглашения, и даже при наркоматах были сформированы специальные комитеты, которые должны были заниматься разработкой соответствующих условий для вовлечения в народную экономику иностранного капитала. Некоторые нормы относительно концессии, как об отношениях, которые включены в рамки международного частного права, существуют в международном кодексе Бустаманте, который является единым кодифицированным актом международного частного права, в странах региона Латинской Америки и более известен как «Гаванская конвенция»³. В первой главе данного документа, в разделе «Международное гражданское право» говорится о том, что концессии рассматриваются в рамках законодательной системы той страны, где они были выданы законным путем. В большинстве современных развитых и развивающихся

¹ См. Steven Van Garsse, Public-Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, August 2008, p. 221.

² См. там же.

³ См. Большой юридический словарь, под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е., М., 2003, с. 254.

странах имеется специальное законодательство, регулирующее концессионные отношения. Согласно отчету Европейского банка по реконструкции и развитию, законы о концессиях приняты примерно в 19 государствах, из которых лучшим считается Концессионный закон Латвии. Кроме того существуют страны, в которых соответствующий закон не принят, но концессионная практика соответствует принятым на международном уровне концессионным законодательным принципам. К числу этих стран относится и РА.

А что такое концессия и почему так важно правовое регулирование этой сферы? Термин «концессия» происходит от латинского «concession», которое в переводе означает «разрешение»⁴. Сущность концессии состоит в том, что неким частным лицам дается возможность входить в те области деятельности, которые являются привилегированными сферами функционирования государства. Так как концессионные отношения возникают между экономическими агентами, то в этих отношениях тесно связаны экономические и юридические аспекты. С экономической точки зрения концессии являются способом привлечения иностранного капитала⁵. Концессия как инструмент должна стимулировать активное пользование инвестиционными ресурсами частного сектора со стороны государства в условиях финансового и экономического кризиса⁶.

Концессия, как система отношений, включает:

1. отношения, которые связаны с государственным волеизъявлением в связи с решением о передаче государственного (муниципального) имущества в пользование частного субъекта;
2. организационные отношения, которые направлены на урегулирование концессионной деятельности;
3. отношения, которые связаны с организацией и проведением конкурса для заключения концессионного договора;
4. отношения, которые связаны с заключением смежных договоров, необходимость в которых возникает в процессе исполнения концессионного договора.

⁴ См. Большой юридический словарь, под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е., М., 2003, с. 258.

⁵ См. Карасс А.В., Советское промышленное право (обзор и материалы), Ленинград, 1925, с. 128.

⁶ См. Азизов А., Возможности использования концессионных соглашений в условиях кризиса // Корпоративный юрист, № 5, 2009, Приложение, с. 11.

Концессионное соглашение – это прямой способ оформления частноправового содействия концессионера и концедента, направленное на определение взаимных прав и обязанностей. Он является одним из элементов системы тех отношений, которые составляют содержание понятия «концессия». Таким образом, концессионный договор представляет из себя один из элементов сложной системы концессионных отношений и является необходимым, но недостаточным условием для формирования этих отношений. В юридической литературе нет однозначного мнения по поводу употребления и форм термина «концессия». Некоторые ученые (М. Субботин) считают, что употребление этого термина по поводу отношений, возникающих впоследствии сотрудничества государства и частного сектора не оправдан, потому что законодательства многих стран уже содержат нормы о коммерческой концессии или франчайзинга, и может появиться терминологическое недопонимание. Для того, чтобы избежать этого, предлагается вместо формулировки «концессионное соглашение» употреблять понятие «договор между государством и негосударственным инвестором», или «инвестиционный договор». Вместо этого мы предлагаем в отношении разрешения пользования исключительными правами употреблять более известный в международной практике термин – «франчайзинг», а термин «концессия» – только в отношении тех договоров, предмет которых исторически являлся основой концессионных отношений⁷. Некоторые ученые (Ю.Я. Великомыслов⁸) настаивают на том, что необходимо различать концессию как гражданско-правовую категорию, и концессию как форму инвестиционной деятельности. По их мнению, с гражданско-правовой точки зрения концессия – это знакомый нам франчайзинг, т.е. договор между двумя частными субъектами, а с точки зрения инвестиционной деятельности – это договор между государством и частным лицом, направленный на привлечение инвестиций в экономику государства. По нашему мнению, вышеупомянутые точки зрения не обоснованы, и на практике не нужно пытаться внедрить новые термины для определения договора, опосредующего государственно-частное партнерство. Надо отметить, что концессия в своих

⁷ По Гражданскому законодательству РА альтернативным термином «франчайзинг» является «договор о разрешении комплексной предпринимательской деятельности», а термин концессия вообще не имеет места в ГК РА.

⁸ См. Великомыслов Ю.Я., Международно-правовое и внутригосударственное регулирование деятельности предприятия с иностранными инвестициями <http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum5022/print5025.html>

исторических истоках вообще не имела договорную форму⁹. Это был односторонний акт дарования прав феодальным сувереном своему подданному на совершение каких-либо действий, составляющих прерогативу суверена. В настоящее время вместе с экономическим развитием взамен недоговорной формы концессии пришел современный, чисто договорный вид концессии. Вместе с этим в обиходе по-прежнему широко используются выражения типа «предоставить концессию», «выдать концессию», что приводит к научным дискуссиям по поводу правовой природы концессионного договора. В юридической литературе при обсуждении концессии в узком смысле замечается разнообразность понятий: некоторые авторы употребляют термин «концессионное соглашение», другие «концессионный договор». Несмотря на то, что эта неоднозначность на практике не создает проблем, тем не менее она достойна внимания, т.к. содержания этих понятий абсолютно не совпадают: договор – это соглашение, то не всякое соглашение представляет собой договор¹⁰. Еще в римском праве договоры делились на контракты (*contractus*) и соглашения (*pacta*). Контрактом (по терминологии классического права) считался договор, признанный гражданским правом и снабженный исковой защитой. В эту категорию были отнесены только известные виды договоров, и их число было ограничено. Известный римский юрист Гай в своих Институциях говорит, что обязательства, возникающие на основании договора, бывают четырех видов: обязательство возникает или посредством передачи вещи, или путем произнесения слов, или путем письменного акта, или вследствие самого соглашения¹¹. Что касается соглашений, то, согласно римскому праву, оно имеет неформальный вид и, по общему праву, не пользуется исковой защитой¹². Несмотря на то, что Законодательство РФ не различает понятия «соглашение» и «договор», тем не менее термин «соглашение» в Гражданском кодексе РФ не применяется, и ввиду этого, мы считаем, что по отношению к концессии в узком смысле приемлемо только понятие «**концессионный договор**».

Правовая сущность концессионного договора в разных доктринальных источниках проявляется в разных теориях, и эти точки зрения отличаются друг от друга не только

⁹ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права, 2003, № 2, с. 45.

¹⁰ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга первая. Общие положения, М., 2001, с. 80.

¹¹ См. Римское частное право, под. ред. Новицкого И.Б., Перетерского И.С., М., 1996, с. 364.

¹² Со временем некоторые соглашения все-таки получили признание со стороны гражданского права и стали делиться на *pacta vestita* – снабженные иском, и *pacta nuda* – без исковой защиты. Подробнее см. Римское частное право, под ред. Новицкого И.Б., Перетерского И.С., М., 1996.

определениями концессионного договора, которые подчеркивают тот или иной аспект концессионной деятельности, но и особенностями концессионного законодательства разных стран и ролью концессии в экономике данной страны. Из этих теорий можем выделить следующие четыре основные концепции:

1. согласно первой концепции, концессионный договор рассматривается как административный акт¹³, который несет характер соглашения;
2. сторонники второй теории (В.П. Мозолин¹⁴, М.И. Кулагин¹⁵, Э. Талапина¹⁶) концессионный договор относят к числу административных договоров¹⁷;
3. третья группа ученых считает, что концессионный договор принадлежит к числу смешанных договоров¹⁸;
4. согласно четвертой теории, концессионный договор является чисто гражданско-правовым договором¹⁹.

Сторонниками теории, согласно которой концессионный договор относится к числу административных, являются французские ученые и теоретики тех стран Ближнего Востока (Египет, Ливан, Сирия), которые заимствовали обычаи французского права. В настоящее время в некоторых иностранных государствах в соответствии с этой теорией разработан и широко применяется институт публичного (административного) договора, в котором в той или иной степени соединяются элементы «горизонтальных» и «вертикальных» отношений. В других странах, в частности РФ, концессионные договоры относятся к числу гражданско-правовых, принимая во внимание тот факт, что в них сочетаются публично-правовые и частноправовые элементы, и последние имеют преобладающее, приоритетное значение. Это

¹³ По определению Европейского комитета, концессия – это государственный акт, которым государственная власть на основе соглашения или одностороннего акта, а также имея согласие третьей стороны, доверяет последнему полное или частичное управление области обслуживания, которая, как правило, является исключительным полномочием государства, и в связи с чем государство несет все риски.

¹⁴ См. Мозолин В.П., Право США и экспансия американских корпораций, М., 1974, с. 70.

¹⁵ См. Кулагин М.И., Правовая природа инвестиционных соглашений, заключенных развивающимися странами. Политические и правовые системы стран Азии, Африки, Латинской Америки, М., 1975, с. 40-53.

¹⁶ См. Талапина Э., Концессии – как форма публично-частного партнерства // Хозяйство и право, 2009, № 4, с. 73.

¹⁷ В рамках данной монографии мы не будем обсуждать вопрос о научной обоснованности существования института административного договора.

¹⁸ См. Дубничина С.В., Особенности отношений, связанных с получением имущества по концессии // Журнал ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера, 1 января, 2006.

¹⁹ См. Левицкая Е.А., Концессионные соглашения в сфере коммунального имущества муниципальных образований, Автореферат диссертации, Краснодар, 2008, с. 21.

сочетание некоторым авторам дает повод отнести концессионный договор к числу смешанных договоров²⁰. Для обоснования своей точки зрения они приводят в пример международную арбитражную практику и, в частности, решение по делу фирмы «Liamco» (1981), в котором говорится, что концессионный договор – это публичное соглашение между государством и частным лицом, объектом которого являются публичные службы и природные ресурсы. Существует также мнение, что Закон РФ «О концессионных соглашениях» определяет концессионный договор как смешанный²¹, потому что согласно этой формулировке, в нем содержатся элементы различных договоров, например, элементы договоров доверительного управления, аренды, подряда, иногда договора поставки товаров, оказания услуг или выполнения работ для государственных нужд. Некоторые авторы, которые относят концессионный договор к смешанному типу, в основу ставят тот факт, что в нем присутствуют элементы различных гражданско-правовых договоров. Другие же, в основу этого приводят тот аргумент, что в нем содержатся как гражданско-договорные условия, так и условия негражданского, публично-правового характера. Авторы, представляющие страны общей правовой семьи, согласны с тем мнением, что управленческие договоры принадлежат к той группе, в которой собраны договоры, представляющие совокупность публичного и частного права. Этим договорам присущи, с одной стороны, приоритеты государства, вытекающие из публичных элементов, и особенные права инвестора, вытекающие из частноправовых элементов, с другой стороны²². Но по нашему мнению, эти точки зрения не соответствуют идее смешанного договора. Традиционно сложилось так, что смешанным является договор, который не имеет собственного правового регулирования и, соответственно, легального определения. Указанные основополагающие признаки смешанного договора не согласуются с концессионным соглашением, т.к. в тех странах, в которых оно имеет широкое распространение, существуют соответствующие законодательные регулирования и легально

²⁰ См. Савинова О.Н., Концессионные соглашения: правовое регулирование, Автореферат диссертации, М., 2006.

²¹ См. Дубничина С.В., Особенности отношений, связанных с получением имущества по концессии // Журнал ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера, 1 января, 2006, Shihata J.F. Legal treatment of foreign investments. The World Bank guidelines. Boston, 1993, с. 366.

²² См. Shihata J.F. Legal treatment of foreign investments. The World Bank guidelines. Boston, 1993, с. 366.

закрепленное определение. Следовательно, подход, считающий концессионный договор смешанным, не оправдан.

Что касается сторонников рассмотрения концессионного соглашения в числе административных (публичных), то Э. Талапина²³, например, считает, что в РФ концессионный договор не относят к административным лишь в силу слабой разработанности теории административного договора и отсутствия его нормативного понятия. Что касается гражданско-правового регулирования, то оно аккумулировало нормативное регулирование всех тех отношений, в которых хоть в какой-то степени присутствует имущественный элемент, невзирая на статус тех участников правоотношений, которые однозначно являются публичными. Именно поэтому, по мнению автора, в РФ так распространилось правило субсидиарного гражданского регулирования имущественных отношений с публичным участием. Иными словами, к концессионному договору гражданское право применяется постольку, поскольку другого применимого права (правового регулирования) просто не существует.

Еще одним публично-правовым признаком концессии является исключительный (или монопольный) характер прав, предоставляемых концедентом концессионеру. В таких отношениях исключительность этих прав проявляет не столько статус концедента как собственника концессионного имущества, сколько прерогативы концедента как публично-правового образования²⁴.

Рядом с вышеупомянутыми мнениями существуют также точки зрения, авторы которых приводят разные доводы в пользу гражданско-правового характера концессионного договора. Е.А. Левицкая, например, принимая особый публично-правовой статус одного из сторон концессионного договора, существование публичного интереса, наличие распределительных и контрольных правомочий у концедента, одновременно считает, что все это недостаточно для приписания ему не гражданско-правового характера и выдвижения из круга частноправового регулирования²⁵. Другой автор, А. Карасс, отмечает, что передача государственной собственности частному лицу на концессионных основах порождает

²³ См. Талапина Э., Концессии – как форма публично-частного партнерства // Хозяйство и право, 2009, № 4, с. 73.

²⁴ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения: теория и практика, 2002, М., с. 162.

²⁵ См. Левицкая Е.А., Концессионные соглашения в сфере коммунального имущества муниципальных образований, Автореферат диссертации, Краснодар, 2008, с. 21.

различные юридические последствия: с одной стороны, административно-правовые, а с другой – гражданско-правовые²⁶. Иными словами, несмотря на то, что концессионный договор заключается на основе административных актов, тем не менее он несет исключительно гражданско-правовой характер.

С нашей точки зрения, эту проблему можно рассмотреть таким образом: в сущности в концессионных правоотношениях государство участвует на двух разных уровнях, пользуясь разными группами права, которые составляют содержание своей правосубъектности. На первом уровне государство является субъектом публичного права и создает основу для возникновения второго уровня, в котором участвует уже как субъект частного права, сохраняя некоторые черты публично-правового характера.

Другие авторы, например И.Н. Берштейн²⁷, считают, что концессия – это усложненное по форме разрешение, где и права, и обязанности сторон прямо определяются разрешительным актом государства. К этому правовому механизму сегодня наиболее близко стоит институт лицензирования, суть которого не отождествляется с концессией.

В отличие от договора, по которому стороны принимают взаимные права и обязанности, лицензия дает право на совершение деятельности обладателям лицензии и не сопровождается соответствующей обязанностью. Кроме этого, принципиально различны экономические цели концессии и лицензии. С помощью института лицензирования у государства возникает возможность выбирать тех участников правоотношений, которые занимаются отдельными видами деятельности, несущими угрозу правам и законным интересам людей. Фактически, институт лицензирования не преследует существенной экономической выгоды²⁸. В отличие от этого, концессия активно способствует решению экономических задач не только с помощью концессионных плат, но и обеспечивает развитие государственных инфраструктур за счет этих ресурсов. Очевидно, что концессия своим нынешним содержанием, особенностями и целями сильно отличается от института лицензирования, и их ни в коем случае нельзя отождествлять. Некоторые специалисты, например, А. Конопляник, изучая институт концессионного договора, подчеркивают тот

²⁶ См. Карасс А.В., Право государственной собственности: объекты и содержание, М., 1954, с. 142.

²⁷ См. Берштейн И.Н., Очерк права СССР, Ленинград, 1930, с. 14.

²⁸ См. Дроздов И., К правовой природе концессионного соглашения // Хозяйство и право, 2006, № 6, с. 50.

факт, что в сфере недропользования применение концессионного механизма нецелесообразно, т.к. этим недропользовательские отношения перемещаются в гражданско-правовую сферу. Согласно этой точки зрения, в отношениях, связанных с недрами, более приемлемо применение института лицензирования, т.к. он основан на публичном праве, и государство всегда «выше» инвестора, что имеет немаловажное значение во время разрешения споров во внутригосударственных судебных инстанциях. Для обоснования этой точки зрения ссылаются на тот факт, что похожие положения закреплены в законодательных актах таких развитых стран, как США, Великобритания, Норвегия²⁹.

В юридической литературе имеет место еще одна точка зрения, согласно которой концессионный договор, заключаемый между государством и иностранной частной организацией, можно рассматривать как международный или квазимеждународный договор, из которого для концессионера вытекают международные обязанности³⁰. Эта доктрина в основном направлена против тех государств, которые формировались вследствие реорганизаций колоний, пытающихся приобрести экономическую независимость, досрочно прекращая предоставленные концессии, и поэтому считается целесообразным этот процесс рассматривать как нарушение международных обязанностей. Своеобразным аргументом этой трактовки договора служит тезис о том, что стабилизационные оговорки, обычно присущие концессионному договору, выводят его за рамки регулирования национального права и вносят в договор элементы международного публичного права. Кроме того, группа авторитетных западных юристов-международников (Дюпюи, Лагерген и др.) считает, что принцип «автономии воли сторон» позволяет в данном случае подчинить концессионный договор международному праву, определив его как право, применимое к данному договору³¹. Эта точка зрения основывается, прежде всего, на прецедентах, в которых стороны концессионного договора сделали выбор применимого права в пользу международного права, или же «общих принципов права». Последние практикой международного арбитража толкуются как отсылка к международному праву³². Тем не менее, теория о регулировании концессионного договора международным публичным правом не выдерживает никакой

²⁹ См. Конопляник А., Концессии: государство-предприниматель // Ведомости, 4 сентября, 2002.

³⁰ См. Лунц Л.А., Курс международного частного права. Особенная часть, М., 2002, с. 408.

³¹ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения: теория и практика, 2002, М., с.104.

³² См. Силкин В.В., Правовые формы привлечения и защиты иностранных инвестиций по законодательству и международным договорам РФ, Диссертация, М., 2001, с. 121-124.

критики: как справедливо замечает Е.Т. Усенко, исходя из того, что государства могут участвовать в гражданско-правовых отношениях, а коммерческие организации не могут быть субъектом международного публичного права, «горизонтальный» договор, заключаемый ими *a priori*, рассматривается как гражданско-правовой, который регулируется исключительно нормами гражданского или международного частного права. По нашему мнению эту теорию вообще не следовало бы рассматривать, если бы не внимание ООН к этому вопросу. Решение XXI сессии Комиссии по международному праву ООН полностью отрицает эту теорию, утверждая, что все соглашения, в которых только один из участников является государством или иным субъектом международного права, который наделен правом участия в международных договорах, а другой участник – частное физическое или юридическое лицо, ни в коем случае не может считаться международным договором, даже если внешними признаками соответствует ему³³. Мы согласны с тем мнением, что включение концессионного договора в круг регулирования международного публичного права не оправдано, т.к. он является институтом частного права. Кроме того, автономия воли сторон в решении вопроса о выборе применяемого права является той основой, которая дает возможность исключить применение международного публичного права для регулирования концессионных отношений. Эта доктрина – лишь неудавшаяся попытка отрицания теории о необходимости регулирования гражданским правом внешнеэкономических договоров с участием государства.

О правовой природе концессионного договора можно составить представление также исходя из того факта, как называются стороны договора – концедент и концессионер, или как-то иначе. Если проанализировать законодательное регулирование этого вопроса в РА, то можем обратить внимание на Решение Правительства РА «Об утверждении примерного образца концессионного договора» № 989-Н от 31 июля 2003 года, на основе которого заключены все договора в области недропользования. К сожалению, в этом документе авторы далеко ушли от присущей концессионным договорам терминологии и формулировок, и стороны договора называли иначе: министерство, которое выступает от имени государства, называли уполномоченным органом, а компанию природопользователя –

³³ Доклад Комиссии международного права ООН на XI сессии в Нью-Йорке, 1959, с. 12.

лицензиаром. Но ведь очевидно, что нельзя делать стороной гражданско-правового договора участника административно-правовых отношений.

Согласно Решению Правительства РА № 245-Н от 30-ого января 2003 года, сторонами являются Республика Армения, в лице уполномоченного органа, и инвестор. Как можно заметить, в этом документе также не употребляются термины «концедент» и «концессионер». Ситуация не лучше в концессионном договоре аэропорта, в котором стороны именуются как Правительство РА, когда речь идет о концеденте, и Управляющий, когда речь идет о концессионере. В этом случае, как и в вышеупомянутых других, для нас непонятна аргументация выбора этих терминов, особенно если иметь в виду, что в решении Правительства об одобрении данного договора уполномоченным лицом является Министерство юстиции в лице Министра, а не Правительство РА. Более приемлемым для нас и более соответствующим сущности концессионного соглашения является формулировка концессионного договора в области железных дорог, где стороны названы, как принято, – концедент и концессионер.

Резюмируя, подчеркиваем, что мы сторонники той научной точки зрения, согласно которой концессионный договор рассматривается как чисто гражданско-правовой. Обоснования, представленные с нашей стороны в пользу этой точки зрения, сводятся к следующему. В первую очередь, в некоторых научных источниках³⁴, определяя гражданское право как отрасль, отмечают, что оно представляет собой внутренне организованную на принципах единства и дифференциации совокупность правовых норм, регулирующих имущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников, а в случаях, прямо предусмотренных действующим законодательством, и на властном подчинении одной стороны другой. Кроме того, государство как субъект гражданского права может свободно участвовать в гражданском обороте (ГК РА, статья 128). Это означает, что относить концессионный договор к группе гражданско-правовых либо к группе административно-правовых, исходя из факта участия в них государства, не оправдано. В решении вопроса отраслевой принадлежности концессионного договора важную роль имеет также разница между методами регулирования гражданского и административного права. В контексте концессионного договора мы имеем

³⁴ См. Гражданское право, часть первая, под ред. Калпина А.Г., Масляева А.И., М., 1997, с. 11.

дело с таким субъектом, который одновременно может являться участником и гражданских, и административных отношений. Если в административно-правовых отношениях государство односторонним волеизъявлением определяет содержание и суть своих отношений с другими субъектами, то в рамках концессионного соглашения стороны равноправны и наделены автономной волей и имущественной самостоятельностью. Конечно, последняя черта у контрагента (государства) имеет более ограниченный характер, нежели у других субъектов гражданского права, т.к. он может распределить свое имущество исключительно в определенных законом рамках и по его целевому назначению, но это не меняет равноправный статус сторон в рамках этого договора и не придает ему административного характера. Тем не менее, нужно иметь в виду, что некоторые ученые считают довольно сложной задачей применять нормы о равноправии участников гражданского оборота относительно субъектов публичного права³⁵. Мы полагаем, что особая правосубъектность государства, в котором объединены как властные привилегии, так и характерные черты субъекта хозяйственной деятельности, не должна менять природу регулируемых гражданским правом правоотношений, в которых участвует само государство, превращая их в смешанные отношения с элементами власти и подчинения. В этом случае «исчезает» рынок, и разрушается его гражданско-правовая основа³⁶.

Очевидно, что до заключения концессионного договора государство выполняет абсолютно административные функции, вытекающие из полномочий суверенного государства, и это для некоторых авторов становится основой для рассмотрения концессионного договора как административно-правового, либо как межотраслевого института, т.к. концессионный договор «предположительно» включает в себя элементы и публичного, и частного характера с привилегий последних. Мы считаем, что это мнение не соответствует состоянию существующих законодательных регулирований. Известно, что правовое регулирование любых общественных отношений осуществляется государством, и регулирование само по себе всегда имеет публичный характер³⁷, но т.к. «концессионный договор» более узкое понятие, чем концессия, то публичные признаки могут быть присущи

³⁵ См. Грось Л., Участие публично-правовых образований в отношениях собственности: гражданско-правовые проблемы // Хозяйство и право, 2001, № 5, с 30.

³⁶ См. Гражданский кодекс РФ. Комментарий. Под ред. Карповича В.Д., М., 1996, с. 183.

³⁷ См. Пустовит Ю., Концессионные соглашения в России и Испании, как форма государственно-частного партнерства, Адвокатское бюро «Юг», 25.02.2009. <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=3987>

не самому договору, а концессии как системе правоотношений, в которой может быть одновременное применение частного и публичного права. Как правило, заключению концессионного соглашения предшествуют разные юридические факты чисто административного характера. Это означает, что публично-правовые функции государства имеют место до заключения концессионного соглашения и ограничиваются формированием необходимых предпосылок для передачи частному субъекту права на хозяйствование в сферах, являющихся государственной монополией, или права на пользование имуществом, являющимся государственной исключительной собственностью³⁸. Содействие этих двух отраслей права проявляется еще и в том, что в некоторых случаях административные акты являются основой возникновения, исполнения или прекращения гражданско-правовых отношений³⁹. В этом случае административно-правовые юридические факты, предшествующие возникновению частных правоотношений, выступают в комплексе с другими, в частности, с гражданско-правовыми юридическими фактами, вследствие чего формируется сложный правовой состав, из которого вытекают гражданско-правовые последствия⁴⁰.

Таким образом, чисто гражданско-правовой характер концессионного договора, на наш взгляд, обосновывается наличием следующих признаков:

1. взаимоотношения между сторонами в рамках предусмотренной концессии регулируются только договором;
2. возможность согласовывания отдельных условий концессии, т.е. присутствие диспозитивного элемента;
3. наличие взаимной ответственности у сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей;
4. предусмотрение гражданско-правовых процессов для изменения или прекращения концессионного соглашения.

³⁸ См. Исаев И.А., Правовые вопросы использования частного капитала в восстановлении советского народного хозяйства (1921-1925гг.), Учебное пособие, М., 1977, с. 35.

³⁹ Там же.

⁴⁰ См. Грось Л., Участие публично-правовых образований в отношениях собственности: гражданско-правовые проблемы // Хозяйство и право, 2001, № 5, с. 33.

Очевидно, что перечисленные признаки в своей совокупности подчеркивают равноправие сторон в рамках концессионного соглашения.

Обобщая вышесказанное, можем отметить:

- концессионный договор имеет чисто гражданско-правовой характер;
- концессионный договор имеет специфический субъектный состав. Участниками договора являются, с одной стороны, государство как субъект гражданского оборота на равных основах с гражданами и юридическими лицами, и, с другой стороны, внутригосударственное или иностранное юридическое лицо;
- для заключения данного договора, помимо автономной воли и соответствующего волеизъявления сторон, необходимы и другие, по своей природе, административного характера предпосылки, связанные с принятием соответствующего решения со стороны государства как носителя суверенной власти. Это означает, что для заключения концессионного договора, в отличие от других гражданско-правовых договоров, необходимо наличие сложного юридического состава;
- концессионный договор независимо от характера юридических фактов, на основании которых он заключается, основан на свободном волеизъявлении сторон, имеющих равноправный статус. Для регулирования отношений между ними применяется диспозитивный метод;
- концессионный договор имеет особую экономическую цель, связанную с привлечением инвестиций для развития и эффективного функционирования общественно значимых сфер и инфраструктур;
- концессионный договор имеет особый предмет и объект регулирования: предмет данного договора – это недвижимое имущество, являющееся государственной исключительной собственностью, или соответствующая деятельность, а объектом данного договора является деятельность, направленная на создание, реконструкцию и/или эксплуатацию этого имущества;
- концессионный договор заключается для выполнения долгосрочных проектов, поэтому и имеет продолжительный характер.

Обобщая, можем уверенно констатировать, что концессионный договор нуждается в собственном (отдельном) правовом регулировании как в рамках гражданского кодекса, так и в отдельном базовом законе, для полного и разностороннего регулирования.

Предлагаем для достижения этих целей ключевым считать сформулированное нами следующее определение концессионного договора:

По концессионному договору одна сторона – государство-концедент – обязуется предоставить другой стороне – коммерческому юридическому лицу – концессионеру, недвижимое имущество, являющееся своей исключительной собственностью, или делегировать исполнение некоторых из видов своей монопольной деятельности, а концессионер обязуется за свой счет строить и/или реконструировать переданное недвижимое имущество, эксплуатируя это имущество, или распространять деятельность, пользуясь этим имуществом, или исполнять делегированные ему функции, а также платить предусмотренные договором концессионную и другие платы, а после окончания срока договора передать в собственность концедента построенные новые объекты или вернуть объекты, ранее принадлежащие ему.

§ 2. Правовое регулирование концессионных отношений в Республике Армения

Законодательство РА проводит неполное и одностороннее регулирование концессионных отношений. В основополагающем правовом акте, касающемся регулирования договорных отношений, в Гражданском кодексе (ГК) РА⁴¹ в настоящее время концессионный договор как самостоятельный вид гражданско-правового договора не определен. По отношению к концессионному договору ГК осуществляет правовое регулирование постольку, поскольку к нему применяются общие положения о сделках. Что касается тех немногочисленных актов, в которых содержатся положения о концессии, то в них тем не менее отсутствует и единое определение концессии как системы отношений, и определение концессионного договора. Регулирующая функция этих актов ограничивается лишь определением специфических признаков отдельных областей. Прежде, несмотря на то, что в Законе РА «О предоставлении недр (концессии) для изучения и промышленной добычи в целях эксплуатации полезных ископаемых»⁴² дано понятие концессионного

⁴¹ Гражданский кодекс РА был принят 05.05.1998.

⁴² Данный Закон был принят 05.11.2002. Потерял силу 01.01.2012.

договора, оно было довольно ограниченного характера и относилось исключительно к области недропользования. В статье 3 Закона, где даны основные понятия, концессионный договор закреплен как письменное соглашение, заключенное между Республикой Армения (в лице государственного органа, уполномоченного Правительством Республики Армения) и специальным лицензиаром горнопромышленной добычи, которым регулируются обязательства (права и обязанности – автор) сторон, установленные данным Законом. Интересен тот факт, что данный закон не исходил из прежнего Кодекса о недрах, т.к. в нем отсутствуют нормы о концессии или о концессионном договоре, хотя это был единственный законодательный акт, который обеспечивал основное регулирование сферы недропользования. Ситуация не улучшилась с принятием нового Кодекса РА «О недрах»⁴³ от 28.11.2011 года, который вступил в силу с 1 января 2012 года. Согласно заключительным положениям Кодекса, с 1 января 2012 года потеряют силу прежний Кодекс «О недрах» и Закон РА «О предоставлении недр (концессии) для изучения и промышленной добычи в целях эксплуатации полезных ископаемых». Как видим, вместо того, чтобы внести ясность в вопрос регулирования этих отношений, законодатель пошел другим путем, и тем самым вовсе отошел от решения данных проблем. При тщательном изучении положений данного Кодекса нетрудно заметить противоречия и неточности, особенно в вопросах определения оснований для предоставления прав на недропользование и в формулировании их понятий. По кодексу основанием для возникновения прав являются разрешение на недропользование, договор недропользования и акт горного отвода (п. 1, ст. 3 и ст. 20), но определяя понятие данного акта (акт горного отвода), кодекс закрепляет его частью права на недропользование. (п. 1, с. 21). В результате этих противоречий получается, что акт горного отвода практически не может быть основой возникновения права на недропользование, как это отмечено в статье 20 указанного Кодекса. Далее, при определении понятия договора недропользования, отмечается, что это письменное соглашение между уполномоченным органом и недропользователем, по которому закрепляются условия передачи права на недропользование (для геологических исследований и добычи полезных ископаемых), права и обязанности сторон. Что касается оснований для возникновения прав на геологические исследования и добычу полезных ископаемых, то их основой Кодекс считает некое

⁴³ Кодекс РА «О недрах» был принят 28.11.2011.

«разрешение», роль которого в процессе заключения договора и возникновения прав на недропользование для нас непонятна. Получается так, что основами возникновения права на недропользование являются разрешение, договор и акт, но последний, в свою очередь, является основной частью этого права. И несмотря на то, что соответствующее разрешение отмечается основой возникновения права на недропользование, тем не менее оно определяет условия предоставления этих же самых прав. Непонятно также и то, определяются ли по договору условия предоставления разрешений или же это разрешение служит основой для заключения договора? Но Кодекс ответы на эти вопросы не дает. Вместо этого, из анализа терминологии Кодекса и определенных им условий и основ создается впечатление, что отношения в области недропользования имеют административный характер, и для возникновения права на недропользование разрешение является более весомой основой, чем договор. Но в действительности, конечно же, это не так. Из анализа вышеупомянутых сравнений очевидно, что попытки выяснения отношений в этой сфере не служат своей цели, и вопросы об основаниях возникновения правоотношений в области недропользования, об их отраслевой принадлежности, о базовом акте, регулирующем эти отношения, так и остались без ответа. По нашему мнению, вместо такого несистемного регулирования законодатель должен был пойти путем внедрения института концессионного договора и урегулирования отношений в области недропользования с учетом международной практики и тенденций современности. Для этого было бы достаточно считать основой заключения концессионного договора Решение Правительства РА о начале концессионного процесса, а также Протокол конкурсного комитета о выборе соответствующего контрагента. Следовательно, нет необходимости внедрять в эту область институт разрешения, который имеет административный характер, или продолжать использовать его.

Малочисленны нормы о концессионном договоре и в Водном кодексе⁴⁴. В первой статье, определяющей основные понятия, применяемые в кодексе, закреплено, что концессионный договор – это генеральный договор о передаче прав пользования в отношении водной системы или ее части. В последующем изложении Кодекса, помимо статей 49 и 53, других норм о концессионном договоре нет. В статье 49 Кодекса определены формы передачи прав пользования водной системой – это передача на доверительное

⁴⁴ Водный кодекс РА был принят 04.06.2002.

управление, создание коммерческой организации и передача по аренде, там же упоминается и концессионный договор, а в ст. 53 общей формой определено, что договором концессии может быть предоставлена водная система или ее часть, а также несколько положений о порядке их предоставления. Этим и заканчивается правовое регулирование Водного кодекса недропользовательских отношений. Довольно детальное регулирование проводится согласно Решению Правительства РА «О подтверждении порядка передачи прав пользования водными системами государственной собственности по концессионному договору» № 245-Н от 30 января 2003 года. В нем подробно регулируются вопросы, связанные с передачей права пользования водными системами государственной собственности коммерческим организациям и/или частным предпринимателям на основе концессионного договора, порядок проведения конкурсов для отбора инвестора (концессионера – автор), порядок организации и проведения конкурса, подготовки и заключения договора, содержание договора и механизм контроля над его надлежащим выполнением, а также порядок и случаи прекращения договора. Данным Решением Правительства мы имеем один из тех исключительных правовых актов отечественного законодательства, который самым удачным образом решает поставленную перед собой задачу урегулирования концессионных отношений в конкретной сфере.

В Лесном кодексе РА⁴⁵ нет ни единой нормы, относящейся к концессионному договору, а в тех других актах, в которых они есть, затрагиваются лишь вопросы отраслевого назначения (сфера эксплуатации природных ресурсов), которые не относятся к основным принципам и механизмам концессионного института. Только в отношении сферы природопользования сформулированы положения Закона РА «Об иностранных инвестициях»⁴⁶, статья 21 которого определяет: предоставление иностранным инвесторам прав на эксплуатацию возобновляемых и невозобновляемых природных ресурсов осуществляется на основании концессионных договоров, заключаемых с иностранными инвесторами Правительством РА или иным уполномоченным на это государственным органом в порядке, установленном Законодательством РА о концессиях.

⁴⁵ Лесной кодекс РА был принят 24.10.2005.

⁴⁶ Закон РА «Об иностранных инвестициях» был принят 04.07.1994.

Как видим, Закон о концессионных отношений очень краток и ограничен, хотя можно было ожидать, что в этом законе границы регулирования этих отношений могли бы быть намного шире и включать разные аспекты экономики.

Другой законодательный акт, по которому частично регулируется концессионный договор, – это Закон РА «Об Авиации»⁴⁷. В нем концессионный договор рассматривается с совсем другой точки зрения, нежели в вышеупомянутых правовых актах, где он рассматривался только с точки зрения природопользования. Закон «Об Авиации» исследует концессионный договор в области инфраструктур и, в частности, в сфере аэропортов и смежных сооружений. Эта ситуация обусловлена многогранностью предмета концессионного договора. Согласно статье 3 данного Закона концессионный договор – это договор, заключенный между Правительством РА и концессионером международного аэропорта «Звартноц», или государственной некоммерческой организацией, или организацией с государственным участием, или изменения в данном договоре. Кроме того, под понятием «концессионер» в контексте данного закона отмечается, что концессионер – это концессионер аэропорта «Звартноц» и те лица, которые уполномочены эксплуатировать и/или управлять другими аэропортами, или негосударственные организации, или организации с государственным участием в области авиации.

Очевидно, что эти определения не дают возможности раскрыть основную сущность и значение концессионного договора и концессионера в области авиации. Принципиально неверно вышеупомянутое определение концессионера, т.к. такой статус частное лицо может приобрести, заключив концессионный договор с государством в лице уполномоченного органа. Между тем законодательная формулировка создает такое впечатление, что договор заключается между государством и неким «концессионером» из области авиации, хотя такая очередность на практике невозможна. Также неудачна попытка выяснить, кто же такой инвестор, т.к. вместо подходящего определения мы сталкиваемся с вышеупомянутой тафтологией, согласно которой концессионер – это концессионер аэропорта «Звартноц». Закон не подчеркивает организационно-правовую форму концессионера и не предусматривает другие нормы, направленные на определение каких-либо особенностей концессионера или его правовой сущности.

⁴⁷ Закон РА «Об Авиации» был принят 02.02.2007.

Конечно, в статье 12 определено, что концессионер аэропорта – это частное лицо, которое уполномочено эксплуатировать, распоряжаться, управлять одним или несколькими аэропортами РА в рамках предоставленных Правительством РА полномочий. Мы предполагаем, что законодатель хотел пояснить понятие концессионера и объем его полномочий, но в нем тоже существуют принципиальные неточности, в частности, то, что согласно этой статье, помимо других прав концессионеру предоставляется право распоряжаться государственным имуществом. Это вовсе не соответствует правовой природе концессионного договора, т.к. в этом случае исключительное право распоряжения предметом концессионного договора оставляется за концедентом. В дальнейших статьях закона встречается несколько положений о концессии, но они имеют чисто процессуальный характер и относятся к правам концессионера, порядку осуществления контроля за исполнением норм договора и так далее. Нужно отметить, что в некоторых законах, где тоже должны были быть закреплены положения о концессионном договоре, в частности, в законах о транспорте, об автомобильном транспорте, о железнодорожном транспорте, нет ни единой нормы о концессиях, хотя это было бы вполне логично. Довольно интересно Решение Правительства РА от 31 июля 2003 года № 989-Н «Об утверждении примерной формы концессионного договора»⁴⁸, в котором делается попытка урегулировать отношения, возникающие в области недропользования, но эта попытка тоже неудавшаяся, т.к. этот подзаконный акт отождествлял такие разные правовые механизмы, как договор и лицензия. Об этом свидетельствует то положение данного решения, в котором говорится, что заключаемый концессионный договор считается частью лицензионного договора, заключенного между лицензиаром и уполномоченным государственным органом. Более того, в нем закреплено, что положения договора толкуются в сопоставлении с правами и обязанностями сторон, закрепленными в лицензионном договоре. Кроме этого, в дальнейшем тексте документа никакого обращения к этому вопросу не существует. По нашему мнению, если даже лицензионному договору предоставить право на существование, то вытекающие из него права и обязанности не могут конкретизироваться в положениях гражданско-правового договора, т.к. несмотря на то, что стороны договоров совпадают, в

⁴⁸ Данное Решение потеряло силу по Решению Правительства РА № 613 от 17-ого мая 2012 года. В нем отмечено, что положения данного акта распространяются на правоотношения, возникшие с 1 января 2012 года.

обоих случаях это концессионер и уполномоченный государственный орган, но они в разных сделках участвуют в совершенно разных статусах.

Несмотря на то, что правовое регулирование концессионного договора в РА не кодифицировано, т.к. не существует единого правового акта для регулирования правоотношений в этой области, из которого могли бы вытекать основные направления отраслевого урегулирования и смежных подзаконных актов, эта ситуация не воспрепятствовала формированию концессионных отношений на практике и их договорному регулированию. Об этом свидетельствуют концессионные договоры, заключенные между РА и частными недропользователями в отношении нескольких участков недр, концессионный договор, заключенный между «Корпорасион Америка С.А.»⁴⁹ 18 декабря 2001 года в области авиационных инфраструктур, концессионный договор заключенный между РА и ЗАО «Южно-Кавказские железные дороги» 7 февраля 2008 года. Заключению последнего договора предшествовала серьезная предварительная подготовка, по поводу чего было принято Решение Правительства РА «О первоочередных мероприятиях преобразования в области железнодорожного транспорта» № 1479-Н от 12 октября 2006 года⁴⁹.

В нем подробно обсуждаются возможности развития и эксплуатации железнодорожной системы на концессионных основах, объем тех инвестиций, которые необходимы и достаточны для полноценной реконструкции системы железных дорог. Примечателен и тот факт, что в этом решении, которое было принято при содействии Всемирного банка, отмечается, что в течение 18-месячных реформ в этой области необходимо принять новый закон о железных дорогах и доработать закон о концессионных договорах как основной этап данного процесса преобразований.

По нашему мнению, было бы вернее поставить условие о принятии закона о концессионных договорах в рамках этого процесса, т.к. его доработка не может осуществляться при полном отсутствии данного законодательного акта. Следующим этапом было принятие Решения Правительства 1281-А⁵⁰ от 12 октября 2007 года, после чего со стороны Правительства РА был заключен и утвержден концессионный договор в области

⁴⁹ Данное Решение не было опубликовано.

⁵⁰ Данное Решение не было опубликовано.

железных дорог. Таким образом, даже полное отсутствие правового регулирования в этой сфере не могло препятствовать развитию концессионной практики и формированию соответствующих общественных отношений. Это, конечно же, положительное явление, но имея ввиду роль концессии в экономике страны, мы не можем не подчеркнуть необходимость отдельного правового регулирования концессионного договора. В настоящее время сложилось так, что правовое регулирование концессионного договора не только не существует, но и немногочисленные законодательные вмешательства являются регрессивным шагом в деле развития этого института.

Новый кодекс о недрах, например, вовсе исключил существующие, пусть неполноценные, регулирования, из чего вытекает, что из области недропользования вытесняются понятие и институт концессионного договора, и законодательный акт об утверждении примерной формы концессионного договора потерял свое практическое значение. Эта сфера, так же, как и сфера инфраструктур, не находится в области влияния концессионного договора, и это в то время, когда этот институт является самым эффективным механизмом правового регулирования данных отношений. Концессионный договор – самая принятая конструкция, опосредующая отношения между государством и частным субъектом, которая в настоящее время находится в центре научных дискуссий. Следовательно, в нашей стране при таких условиях его практического применения и распространения, не может быть приемлемо отсутствие надлежащего правового регулирования.

§ 3. Договор концессии как особый вид гражданско-правового договора

Вследствие изучения правовой сущности концессионного договора и обоснования права концессионного договора существовать как самостоятельный вид гражданско-правового договора, мы пришли к выводу, что он является договором чисто гражданско-правового характера. После этого считаем необходимым изучать его особенности для выявления сходства и отличия указанного договора от других гражданско-правовых договоров.

В теории и на законодательном уровне существуют различные понятия концессионного договора, не имеющие ни терминологического, ни смыслового единства⁵¹, т.к. в разных доктринах и на практике нет однозначного отношения к нему.

В одних случаях концессионный договор рассматривается как конструкция, по которой государство на условиях срочности и возмездности предоставляет иностранному инвестору исключительное право на распространение определенной деятельности, а так же предоставляет право собственности на доход или продукцию, полученную в результате этой деятельности⁵².

В этом определении можно выделить следующие аспекты:

1. стороной договора и контрагентом государства рассматривается только иностранный инвестор, однако институт концессии направлен на вовлечение инвестиций вообще, независимо от того иностранный или отечественный инвестор;
2. одна сторона договора передает другой стороне не само имущество, составляющее предмет договора на право пользования, а передает именно право пользования этим имуществом.

Другой автор предлагает следующее определение концессионного соглашения: «Концессионное соглашение – это институт гражданского права, представляющий собой форму выражения концессионных отношений, регулируемых законодательством данной страны и обладающих рядом признаков, характерных для гражданско-правового договора (свобода заключения, взаимовыгодный характер, двухсторонность, возмездность), а также особыми признаками такими как:

1) обязательное участие государственного (муниципального) образования в качестве стороны соглашения как особого лица гражданского права, заключающего гражданско-правовую сделку на равноправных условиях, отказываясь от своих иммунитетов и привилегий;

2) общественная значимость объекта соглашения»⁵³.

⁵¹ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права, № 2, 2003, с. 14.

⁵² См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг, М., 2001, с. 540.

⁵³ См. Савильева В.М., Концессионное соглашение, как институт гражданского права. Автореферат диссертации, М., 2011, с. 9.

Как видим, автор данной точки зрения В.М. Савильева, делает акцент на совсем другие признаки концессионного договора. Здесь существенными считаются факты общественного значения предмета договора и участие государства в стороне концедента, в отличии от предыдущего определения, где акцент ставился на статус стороны концессионера.

Ж. Ведель тоже попытался дать определение концессионному договору. По его мнению, по этому договору общественное юридическое лицо поручает частному юридическому или физическому лицу исполнение общественных услуг под контролем лица, передавшего эти полномочия⁵⁴.

Закон «О концессионных соглашениях» РФ (статья 3) определяет, что по концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (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.

Это гораздо более широкое определение концессионного соглашения, нежели все другие упомянутые определения, и оно охватывает довольно разные аспекты концессионных правоотношений, но опять-таки полностью не раскрывает сущность концессионного договора. Из данного определения становится ясным, что концессионный договор – это такая конструкция с помощью которой:

1. происходит качественное улучшение состояния государственного имущества, либо создается новое имущество, которое тоже в дальнейшем перейдет в собственность государства, или происходит делегирование государственных монопольных правомочий частному субъекту;
2. улучшение состояния имущества государственной собственности происходит за счет инвестиций частных субъектов;
3. развиваются общественно и публично важные сферы и инфраструктуры;
4. повышается сотрудничество публичных и частных секторов.

⁵⁴ См. Ведель Ж., Административное право Франции, М., 1973, с. 50.

Вышеупомянутые признаки, конечно, очень характерны для концессионного договора, но указанные признаки должны выступать вместе одновременно и в сопоставлении с другим признаками. Только в этом случае, данная совокупность будет оценена как достаточная для рассмотрения концессии, как особого вида договора с его исключительными характеризующими признаками, нуждающимся в отдельном правовом регулировании. Как уже было отмечено в настоящее время в доктринальных источниках расширился объем обсуждений правовой сущности концессии и концессионного договора. Для регулирования концессионных отношений разные ученые считают приемлимыми разные договорные формы – от публично-правового, или административного, до часто-правового, или гражданского⁵⁵. Острые дискуссии идут между сторонниками рассмотрения концессионного договора как административного института и цивилистами, считающими договор концессии одним из видов гражданско-правовых сделок. Хотя последние тоже не единогласны в вопросе самостоятельности данного договора: некоторые авторы рассматривают его, как разновидность гражданско-правового договора. По нашему мнению из сравнения концессионного договора с иными гражданско-правовыми договорами становятся очевидны существующие между ними отличия, вследствие чего становится возможным разграничить эти договоры друг от друга. Вообще, концессионный договор сравнивается со многими гражданско-правовыми договорами, но мы считаем наиболее интересными те точки зрения, согласно которым концессионный договор сравнивается с договорами аренды, франчайзинга, подряда, а также с договором доверительного управления. Мы, представляя сравнительный анализ вышеупомянутых договоров, имеем целью обосновать самостоятельность концессионного договора и необходимость его отдельного правового регулирования.

Концессионный договор и договор аренды. Особенно широкие дискуссии ведутся по вопросу схожести концессионного договора и договора аренды, или о целесообразности рассмотрения договора концессии как вида аренды. Как отмечает С.А. Сосна в своей статье «Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве», в зарубежной литературе, иногда и в законодательстве, концессия и аренда, концессия и подряд нередко

⁵⁵ См. Дроздов И., К правовой природе концессионного соглашения // Хозяйство и право, 2006, № 6, с. 46.

отождествляются⁵⁶. Сторонники этой теории утверждают, что в международном понимании «концессия» включает в себя все характеристики договора аренды предприятия как имущественного комплекса, но одновременно накладывает на организацию-концессионера дополнительные обязательства. Другие исследователи (Р. Жемалетдинов⁵⁷, С. Мороз⁵⁸) обсуждая вопрос о недрах, как объекте концессионного соглашения, отмечают, что, в целом, концессия предусматривает передачу концессионеру в аренду имущества, земли, природных ресурсов: таким образом, государство уступает концессионеру правомочия владения и пользования объектами концессии. Развивая свою точку зрения, они приходят к выводу, что концессионный договор является разновидностью договора аренды, со всеми вытекающими отсюда последствиями⁵⁹. С.А. Сосна, исследуя данную проблему, отмечает, что имеются два вида отличий: одни из них становятся очевидными при анализе сопоставимых понятий концессионного и арендного договоров и не выходят за рамки общего для них гражданско-правового пространства. Другие связаны с публично-правовыми особенностями концессии и как следствие, не имеют сопоставимых понятий⁶⁰. Мы изучаем проблему с целью выявления отличий первой группы, и основываемся на той презумпции, что концессионный договор имеет полноценный гражданско-правовой характер.

Этим вопросом интересовались еще в начале XX века, когда в апреле 1921 года В.И. Ленин в речи «О концессиях и о развитии капитализма» заявил, что концессия есть своего рода арендный договор. Капиталист становится арендатором части государственной собственности по договору на определенный срок, но не становится собственником⁶¹.

Отличия между этими двумя договорами обсуждались также и в советское время, когда для разграничения простой аренды государственного предприятия от концессии принимали во внимание срок действия договора, который не мог превышать 12 лет в случае аренды⁶². Кроме того, по концессионному договору в области экономики, производства, торговли и

⁵⁶ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права, № 2, 2003, с. 16.

⁵⁷ См. Жемалетдинов Р.М., Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений, Автореферат диссертации, Уфа, 2008, с. 10.

⁵⁸ См. Мороз С., О правовой природе договора концессии // Юрист, 2004, № 12, стр. 12.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права, № 2, 2003, с. 16.

⁶¹ См. Мороз С., О концессии на Руси. Хорошо забытое прошлое http://stroy puls.ru/vipusk/detail.php?article_id=28174

⁶² См. Сборник Указов, 1921, № 53, с. 313.

других сферах деятельности советского государства входил иностранный капитал⁶³. На сегодняшний день концессионный договор применяется как способ привлечения как иностранного капитала, так и внутренних инвестиционных средств. А что касается аренды имущественного комплекса, то в этих отношениях в настоящее время, кроме отечественных частных субъектов, участвуют также иностранные предприниматели. Эти изменения связаны с переходом к рыночной экономике, но, несмотря на разницу между советской и современной экономиками, существуют вопросы, которые были актуальны и тогда, и сегодня: одной из таких проблем является вопрос об отличиях между договором концессии и аренды.

Размышляя об этом, современные ученые, выявляют разные признаки – начиная с экономических целей договора и заканчивая объемами прав и обязанностей сторон. И. Дроздов, например, отмечает, что договоры аренды и концессии можно отличить исходя из их экономической направленности⁶⁴. Он подчеркивает, что в первом случае цель договора – получение прибыли от арендатора в виде стабильной арендной платы, а во втором случае целью является развитие социальных инфраструктур. Другой автор, Б. Клюкин, изучая этот вопрос в контексте недропользования, обращает внимание на природу возникающих прав. По его мнению, в случае предоставления права пользования участком недр и полезных ископаемых – это права имущественного характера, а в случае аренды – обязательственные⁶⁵. Сторонники этого подхода для обоснования своей точки зрения упоминают научные теории о соотношениях между имущественными и обязательственными правами. Но, по нашему мнению, если экономические цели можно ставить в основу разграничения договоров концессии и аренды, то правовую природу возникающих на основании этих договоров, как отдельных юридических фактов, прав, нельзя ставить в основу такого разграничения, т.к. подобных отличий вовсе не существует. Как отмечает С.А. Сосна, по договору аренды контрагенту передается конкретное определенное имущество в право пользования, а по договору концессии передается право пользования на это имущество, что является более полным, качественным и весомым правом и стоит ближе к имущественным правам. На практике в большинстве случаев право пользования имуществом – это обязательственное

⁶³ См. Карасс А.В., Советское промышленное право (обзор и материалы), Ленинград, 1925, с. 128.

⁶⁴ См. Дроздов И., К правовой природе концессионного соглашения // Хозяйство и право, 2006, № 6, с. 53.

⁶⁵ См. Клюкин Б.Д., Горное законодательство в странах Западной Европы и Америки, М., 2000, с. 42.

право, и только некоторые виды права бессрочного пользования считаются имущественными⁶⁶. Кроме того, и к концессии, и к аренде применяется термин «договор», что само по себе исключает возможность возникновения имущественных прав. Очевидно в обоих случаях имеем дело с обязательственными правоотношениями. В пользу этой точки зрения можно привести еще несколько аргументов:

- виды имущественных прав определяются законом, и субъекты гражданского права не могут своим волеизъявлением создать новые, не предусмотренные законом виды, а обязательственные правоотношения могут возникнуть как на основе определенных законом договоров, так и на основе договоров, не определенных законом;
- имущественные права могут возникнуть только по отношению к существующим вещам, а объектом обязательственных прав могут являться как вещи, еще не существующие, так и вещи существующие.

Интересно, что некоторые из авторов сравнивают концессионный договор с договором аренды вообще, а другие – с одной из разновидностью арендного договора – с арендой предприятия. Этот вид арендного договора по Гражданскому законодательству РФ не урегулирован, но с его особыми чертами можно знакомиться, исследуя этот институт в Гражданском кодексе РФ. Согласно пункту 1 статьи 656 ГК РФ установлено, что, по договору аренды, предприятия арендодатель обязуется предоставить арендатору за плату во временное владение и пользование предприятие в целом, как имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности⁶⁷. В понятие «предприятия» входят земельные участки, здания, сооружения, оборудование и другие основные средства⁶⁸. В. Дозорцев по поводу понятия «предприятия» отмечает, что это скорее производственная или технологическая категория, чем юридическая⁶⁹. Основное и единственное сходство заключается в том, что объектом двух договоров является некий имущественный комплекс развивающий предпринимательскую деятельность или имеющий такое функциональное значение. Но это сходство существует лишь при передаче имущества

⁶⁶ См. Барсегян Т.К., Гражданское право, часть первая, Ер., 2009, с. 389.

⁶⁷ См. Гражданский кодекс РФ, № 51-ФЗ от 30.11.1994.

⁶⁸ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга вторая. Договоры о передаче имущества, М., 2006, с. 528.

⁶⁹ Традиционно предприятие являлось не субъектом, а объектом права и на праве собственности принадлежит конкретному юридическому лицу. Подробно см. Дозорцев В.А., Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе, Юридический мир, 1997, № 9, с. 33.

государственной собственности по арендному договору, а объектом данного договора может быть также имущественный комплекс, принадлежащий частному субъекту. Кроме того, концессионный договор также имеет свои разновидности, и, например, при передаче в частное пользование недр на концессионной основе, все признаки сходства исчезают. По этому поводу Р.М. Жемателдинов отмечает, что разновидностью концессионного договора можно считать типовой арендный контракт на разработку нефтяного месторождения, как, например, в США⁷⁰. По всей видимости, автор данного подхода не учел тот факт, что предметом арендного договора является исключительно неисчерпаемое имущество, между тем, при передаче участков недр на концессионной основе вполне возможно полное истощение невозобновляемых полезных ископаемых. Можно также добавить, что передача имущества в аренду не является основой для прекращения прав третьих лиц на него, а предмет концессионного договора может быть только свободным от прав третьих лиц имуществом. Кроме этого, предметом договора аренды может стать любое недвижимое и движимое неисчерпаемое имущество, а в договоре недропользовательской концессии этот признак не обеспечивается. Наличие столь принципиальных отличий указывает на то, что аренда и концессия – это два отдельных вида гражданско-правовых договоров, и что они могут иметь свои разновидности.

Договор концессии и договор франчайзинга. Несмотря на то, что в юридической литературе часто концессия и коммерческая концессия, более известная как франчайзинг, отождествляются, хотя между ними нет ничего общего⁷¹. Здесь вопрос состоит в большей степени в терминологическом сходстве, чем в юридическом. Подчеркивание концессионной природы франчайзинга обусловлено скорее природой формирующихся отношений, где ключевым является разрешение правообладателя на пользование комплекса исключительных прав (*concessio*), точно также, как государство дает право частному субъекту развивать деятельность, используя его собственность, или исполнением его функций. Но эти сходства не достаточны для отождествления этих институтов. Это невозможно, во-первых, потому, что участие государства в концессионных отношениях

⁷⁰ См. Жемателдинов Р.М., Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений, Автореферат диссертации, Уфа, 2008, с. 10.

⁷¹ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг, М., 2001, с. 540.

обязательно, а в отношениях франчайзинга сотрудничают два частных субъекта – юридические лица, занимающиеся предпринимательством, или частные предприниматели⁷². Они отличаются не только субъектным составом договора, но и объектом. В случае договора франчайзинга объектом является комплекс исключительных прав, передаваемый правообладателем, или право пользования этим комплексом прав, а в случае концессионного договора – это право пользования исключительным государственным имуществом или право исполнения монопольных государственных функций.

Договоры франчайзинга и концессии отличаются также своей целенаправленностью: цель коммерческой концессии – это расширение бизнеса крупных компаний и предоставление возможности начинающим организациям состояться в сфере предпринимательства, а целью концессии, в нашем понимании, является развитие общественно важных сфер, эффективное функционирование инфраструктур и разрешение важнейших государственных задач с помощью привлечения частных инвестиций. Кроме того, каждый из них имеет свои разновидности⁷³, что еще раз подчеркивает их самостоятельность. Основные сферы распространенности договора франчайзинга – это автомобильная промышленность и услуги автосервиса, ремонтно-строительные организации, салоны мод и косметических услуг, центры переподготовки рабочей силы, пункты по оказанию компьютерных услуг, организации бытового обслуживания, рестораны, гостиничное хозяйство и др., а сферы концессионного договора включают железнодорожный, воздушный и автомобильный транспорт, строительство дорог, недропользование, коммунальное обслуживание и т.д.

Эти и другие особенности договоров говорят о том, что договор франчайзинга, или, иначе говоря, коммерческой концессии, и договор классической концессии, имея абсолютно разное функциональное назначение, опосредуют абсолютно разные гражданско-правовые отношения и являются самостоятельными видами гражданско-правовых договоров.

Концессионный договор и договор подряда. Многие авторы делают попытки отождествить договоры концессии и строительного подряда⁷⁴, т.к. с помощью обеих

⁷² См. Там же, с. 544.

⁷³ См. Шмитгрофф К., Экспорт: право и практика международной торговли, М., 1993, с. 140; Гражданское право. В. 2, Том 2, полутом 1, Учебник, отв. ред. проф. Е.А. Суханов, М., 1999, с. 624.

⁷⁴ См. Дроздов И., К правовой природе концессионного соглашения // Хозяйство и право, 2006, № 6, с. 55, Сосна С.А., Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права, № 2, 2003, с. 18.

конструкций происходит строительство новых объектов недвижимого имущества или реконструкция старых, при условии сохранения права собственности за заказчиком/концессионером. Но, в отличие от строительного подряда, когда работы выполняются материалами и средствами, предоставляемыми заказчиком, по концессионному договору строительство или реконструкция предмета договора производится за счет концессионера и его средствами. По ст. 738 ГК РФ дается понятие строительного подряда, общий анализ которого показывает, что единственная общая черта между ними – это предмет договора, но с оговоркой, что, если в случае строительного подряда предметом договора является любое имущество, принадлежащее заказчику, то в случае концессионного договора предметом может быть только имущество исключительной государственной собственности, полностью изъятое из оборота. Кроме этого, участки недр могут быть предметом только концессионного договора. По нашему мнению, для выявления похожих признаков между концессионным и подрядным договорами нужно сравнивать концессию не со строительным подрядом, а с государственным контрактом на выполнение подрядных работ. При таком сравнении можно заметить схожие черты не только в аспекте предмета договоров, но и в субъектном составе: в обоих договорах, с одной стороны, уполномоченный государственный орган, а с другой – частный субъект. Довольно похожи также цели и порядки заключения и изменения этих контрактов⁷⁵. Тем не менее, между обсуждаемыми договорами в сфере их экономической направленности и возможностями удовлетворения общественных интересов и потребностей есть много отличий. С помощью подрядных договоров выполняется строительство объектов социального обслуживания, обороны и др.⁷⁶, после чего результат этих работ передается заказчику, а по договору концессии, кроме строительства или реконструкции данного предмета, выполняется также его дальнейшая эксплуатация и эффективное функционирование. Иначе говоря, задача концессионного договора – не столько улучшить техническое состояние имущества государственной собственности, сколько построить конкретный действующий объект. Получается, что для договора подряда важнее улучшение материального состояния предмета договора, а для концессионного – улучшение функционального состояния. При применении концессион-

⁷⁵ См. Комментарий части второй ГК РФ. Руководитель авторского коллектива Брагинский М.И., М., 1996, с. 175.

⁷⁶ См. Гражданское право. Учебник под ред. проф. Суханова Е.А., Том 3. Обязательственное право, М., 2007, с. 702.

ного механизма также происходит улучшение материально-физического состояния данного имущества, но это несет скорее факультативный характер, и не входит в структуру первостепенных задач концессионного договора. Он скорее направлен на обеспечение исполнения задач функциональной реконструкции объекта. Ведь эффективность работы инфраструктурных объектов связана не только с профессиональным управлением, но и с наличием материально-технической соответственной базы. Это означает, что надлежащая имущественная основа – необходимый, но недостаточный фактор для достижения экономических целей концессии. На практике в рамках концессионного договора и для его исполнения концессионер может заключить множество других гражданско-правовых договоров, в том числе и строительного подряда или поставки товаров, и другие.

Следующая отличительная черта этих договоров состоит в том, что концессионный договор может заключаться не только с целью пользования государственным имуществом, но и для выполнения государственных монопольных функций, между тем как по договору строительного подряда выполняются только строительные или проектные работы. Что касается концессионных договоров, предметом которых являются участки недр, то они с учетом специфики предмета не имеют точек для сравнения с договором подряда.

Концессионный договор и договор доверительного управления. Очень часто концессионный договор сравнивают с институтом доверительного управления. Идея доверительного управления исходит из Римского права, где было принято разделение права на вещи, например, суперфиций и эмпитевзис. Позже этот институт был принят англо-американским правом для оправдания и объяснения наличия прав нескольких иерархических слоев на один и тот же участок земли.

Определение договора доверительного управления дано в статье 954 ГК РФ, из которой вытекает, что он призван обеспечить владение и пользование имуществом предпринимателя собственника со стороны профессионального управляющего. Собственник передает свое имущество на доверительное управление другому частному субъекту, который владеет нужными знаниями. Нужно отметить, что доверительное управление возникает и на основе договора, и на основе закона, а с концессионным договором сравнивается только договорное доверительное управление.

На этот институт очень похож известный в англо-американской правовой системе институт доверительной собственности (институт траста)⁷⁷. Он не нашел отражения в нашей континентальной правовой семье, поэтому нами будет исследован только договор доверительного управления.

С практической точки зрения, концессионный договор и договор доверительного управления отличаются друг от друга и по своим экономическим целям, и своей гражданско-правовой ролью. Из формулировки договора доверительного управления ГК вытекает, что сторонами договора являются собственник имущества, с одной стороны, и, с другой стороны, лицо, имеющее право на выполнение функций доверительного управления, являющееся коммерческим юридическим лицом, или частным предпринимателем. Этот договор, опосредующий механизм сотрудничества частных субъектов, направлен на удовлетворение частных интересов. По мнению В.А. Дозорцевой⁷⁸, сущность доверительного управления состоит в том, что собственник имущества перекладывает на другого субъекта все свои правомочия, временно отказываясь от их личного исполнения, оставляя при этом свое право на получение прибыли, формирующейся от использования этого имущества. Другой вопрос – что от этого выигрывают также государство и общество, т.к. происходит разумное использование экономических ценностей и создание новых экономических благ. Но этот результат не входит в первостепенные задачи договора доверительного управления и имеет факультативный характер. Однако с концессионным договором ситуация совсем иная. Здесь основная цель – улучшение состояния народной экономики, привлечение инвестиций и развитие инфраструктур. Более того, стороной концессионного договора всегда является государство, как собственник имущества, и договор не может заключаться между двумя частными субъектами. Но отличия двух договоров по субъектному составу не ограничиваются только этим, потому что, если в концессионном договоре особым субъектом является государство, а его контрагентом может выступать «любая» частная коммерческая организация, то в договоре доверительного управления особым субъектом является организация, осуществляющая профессиональную

⁷⁷ См. Нарышкина Р.Л., Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США, М., 1965, с. 6.

⁷⁸ См. Дозорцева В.А., Доверительное управление имуществом (глава 53); Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Текст комментария, алфавитно-предметный указатель, под ред. Козырь О.М., Маковского А.Л., Хохлова С.А., М., 1996, с. 535.

деятельность управляющего, который может вступить в договорные отношения с любым частным субъектом, нуждающимся в профессиональном управлении собственным имуществом. Кроме того, передача имущества на доверительное управление не означает отказ от прав собственности или делегирование своих правомочий со стороны собственника, т.к. управление осуществляется во благо собственника и с целью обеспечения для него соответствующего дохода. Таким образом, передача имущества на доверительное управление не есть краткосрочный акт передачи своих правомочий управляющему, а есть длительный процесс обеспечения прибыли непрямым управлением своего имущества⁷⁹. В отличие от этого, по концессионному договору собственник, сохраняя свое право собственности на имущество и передавая концессионеру лишь право пользования, не претендует на получение прибыли, т.к. получаемый доход и иная продукция являются собственностью концессионера.

Договор доверительного управления имеет еще один отличительный признак, который обсуждается в юридической литературе, – это его основанность на доверии. Считается, что доверие, существующее между доверительным управляющим и основателем управления, является особенностью правового регулирования этого договора.

Более того, В. Чубаров подчеркивая, что, несмотря на то, что гражданско-правовом регулировании отношений доверительного управления в РФ не делается акцент на их основанности на доверии, как это делается в странах англо-американской правовой системы, все равно утверждает, что в этих отношениях личность сторон договора, а также личность третьего лица, имеют очень важное значение⁸⁰. По этому поводу очень интересны мнения тех авторов, которые считают, что нужно отличать фактическое доверие, оказанное участниками договора друг другу, от тех правоотношений, которые основаны на личном доверии. Доверие, как правило, должно существовать в каждой сделке, и в большинстве случаев это не имеет юридического значения и не отражается в природе формирующихся правоотношений⁸¹. На практике в договоре концессии мы имеем дело именно с таким

⁷⁹ См. Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Особенная часть), комментарий. Отв. ред. Сулейманов М.К., Басин Ю.Г., Алматы, 2000, с. 465.

⁸⁰ См. Гражданское право России, часть вторая. Обязательственное право, курс лекций, Брагинский М.И., Клейн Н.И., Левшина Т.Л., Литовкин В.Н. и др.; Отв. ред.: Садиков О.Н. – М.: БЕК, 1996, с. 566.

⁸¹ См. Михеева Л.Ю., Доверительное управление имуществом, под ред. Чернова В.М., М., 1999, с. 77.

доверием, так как государство, которое заинтересовано в развитии важных инфраструктур, выбирая контрагента должно быть уверено, что это надежная организация, которая в сила выполнить свои обязательства в течение действия договора. Этот вид доверия очень важен для сотрудничества сторон, он юридически незначим и не причисляется к особенностям договора. В случае фидуциарных договоров, в том числе и доверительного управления, вырисовывается совсем иная картина, и выбор контрагента осуществляется на основе личного доверия. При разграничении обсуждаемых договоров принципиальное значение имеет также срок их действия. Согласно ГК РФ, договор доверительного управления заключается сроком до 5 лет, который может быть продлен после окончания на тот же срок (статья 958 ГК РФ). Что касается концессионного договора, то он, как правило, заключается для выполнения долгосрочных проектов. Исследование международного опыта показывает, что минимальный срок, на который могут быть заключены концессионные договоры и в течение которого можно выполнить сравнительно маломасштабные концессионные проекты, – 5 лет, а максимальный срок может длиться до 50 лет и больше.

Таким образом, оба договора опосредствуют делегированное управление имуществом, но принципиально разными конструкциями и целями. Разграничение концессионного договора и договора доверительного управления имеет не только теоретическое, но и серьезное практическое значение, т.к. в настоящее время последний считается наиболее применимой гражданско-правовой конструкцией при делегированном управлении государственного имущества. Как в профессиональном, так и не в профессиональном восприятии, в заключенных договорах и их обсуждениях закоренился тот подход, согласно которому государственное имущество передается на управление частного лица исключительно на основе договора доверительного управления. В частности, договоры, заключенные со стороны РФ в областях железных дорог и аэропорта, хотя и имеют классический концессионный характер и содержат соответствующую терминологию, но на практике воспринимаются и именуются договорами доверительного управления. Полагаем, что с прибавлением научных исследований данной проблемы, указанные недопонимания постепенно сократятся.

Резюмируя хотим подчеркнуть, что мы не согласны ни с причислением концессионного договора к административному праву, ни с рассмотрением его как подвида другого гражданско-правового договора, т.к. кроме внешних сходств между ними существует много отличий, с помощью которых можно разграничить эти институты. На практике доказано, что передача государственной или муниципальной собственности на основе других правовых конструкций не дает возможности обеспечить защиту общественного интереса и эффективную эксплуатацию государственного имущества. Кроме того, предметом концессионного договора может стать имущество абсолютно иного круга, нежели предмет других гражданско-правовых сделок, т.к. в концессионном договоре это имущество абсолютно изъято из гражданского оборота. Добавим, что изучение опыта управления общественной собственностью и опыта хозяйствования в США, Великобритании, других европейских стран, а также в Российской Федерации показывает, что рациональное и эффективное использование государственного имущества достижимо путем заключения концессионного договора⁸².

Основываясь на вышесказанном, можем отметить, что концессионный договор – это самостоятельный гражданско-правовой институт, который регулирует систему специфических общественных отношений, которые возникают между особыми субъектами в связи с объектами, наделенными особыми признаками, или со сферами деятельности. Они имеют подчеркнутую целевую направленность, которая тесно связана с исполнением государственной функции удовлетворения общественных потребностей, направлена на привлечение инвестиций и имеет особый порядок заключения. Все эти признаки в отдельности необходимы, а вместе взятые, они являются достаточным условием, чтобы утверждать, что мы имеем дело с концессионным договором и, следовательно, можно сделать вывод о необходимости его специального правового регулирования.

⁸² См. Жемалетдинов Р.М., Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений, Автореферат диссертации, Уфа, 2008, с. 10.

Глава 2. Элементы концессионного договора. Классификация договора

§ 1. Проблемы разграничения предмета и объекта концессионного договора

Концессионный договор, как самостоятельный вид гражданско-правового договора, имеет свои особенности, на основе которых становится возможным его разграничение от других гражданско-правовых сделок.

Для выявления этих особенностей очень важно отличать предмет концессионного договора от его объекта. При этом станет возможным произвести классификацию концессионного договора, имея в основе порядок классификации всех гражданско-правовых договоров, т.е. выявлять его принадлежность к одному из четырех известных групп гражданских договоров. В сущности, это будет внешней классификацией. Кроме этого, для выяснения его разновидностей необходимо провести внутреннюю классификацию концессионного договора.

Проблема классификации гражданско-правовых договоров и их систематизация в отдельных группах имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение, и тесно связано с проблемой разграничения предмета и объекта договора. Эту проблему можно проанализировать с разных точек зрения, согласно которым либо понятия «предмет» и «объект» договора нельзя будет отличить друг от друга, либо их нужно рассматривать как взаимосвязанные, но полностью отличные друг от друга категории. Согласно этой теории, предметом договора нужно считать то имущество, в том числе имущественные права, с использованием и созданием которого или для влияния которого стороны осуществляют свои права и обязанности, либо совокупность предоставляемых услуг или выполняемых работ, а объектом нужно считать совокупность тех действий, с помощью которых стороны достигают исполнения своих целей. Более усредненная позиция относительно этой проблемы устанавливает, что вопрос о разделении предмета и объекта договора можно решить для каждого конкретного случая отдельно, т.к. существуют договоры, в которых невозможно произвести такое разграничение, а в других договорах они совершенно самостоятельные явления. Обращаясь к проблеме разграничения предмета и объекта договора, О.С. Иоффе придерживается той точки зрения, что в обязательственных

отношениях, имеющих договорную основу, существуют два объекта – юридический, т.е. определенное поведение обязанного лица, и материальный, который в ряде обязательств вообще отсутствует, например, в некоторых договорных обязательствах по выполнению работ или оказанию услуг⁸³. Автор, продолжая рассуждать о вопросе разграничения предмета и объекта договора (или договорного обязательства), подчеркивает, что «иногда, при наличии двух юридических объектов в обязательстве, имеется только один материальный объект, или же в обязательстве двум юридическим объектам соответствует такое же количество материальных объектов»⁸⁴. Такую классификацию мы принимаем с оговоркой, т.к. этим делается попытка представить обязательства сторон как объект договора, хотя это не соответствует действительности. Вместе с этим, надо отметить, что исходя из того, какое отношение принимается по поводу вопроса разграничения предмета и объекта договора, может значительно измениться как принцип классификации договоров, так и подходы к вопросам о заключении этих договоров и о природе правоотношений, возникающих на их основе. Несмотря на то, что вопрос о разграничении предмета и объекта договора не часто обсуждается в современной цивилистической литературе, он имеет важное значение в деле выяснения правовой природы концессионного договора, проведения классификации и выявления особенностей порядка заключения и других вопросов. Для того, чтобы подчеркнуть теоретическое и практическое значение обсуждаемого вопроса, нужно отметить, что на практике часто возникают проблемы определения групповой принадлежности тех договоров, которые в системе гражданско-правовых договоров имеют пограничное положение. Как известно, выделяются четыре группы гражданско-правовых договоров: 1) договоры о передаче имущества; 2) договоры на выполнение работ; 3) договоры на оказание услуг; 4) договоры, направленные на учреждение разных образований.

В этом смысле наибольшие сомнения с точки зрения места в классификации вызывают договор доверительного управления имуществом и договор коммерческой концессии (франчайзинга)⁸⁵. Безусловно, в обоих случаях передача имущества (имущественных прав) является одним из основных элементов предмета указанных

⁸³ См. Иоффе О.С., Обязательственное право, М., 1975, с. 14.

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга вторая. Договоры о передаче имущества, М., 2006, с. 8.

договоров. Вместе с тем, не меньшее значение в составе предмета соответствующих договорных обязательств имеет оказание услуг одним из контрагентов: в договоре доверительного управления имуществом – это услуги доверительного управляющего по управлению имуществом в интересах учредителя или выгодоприобретателя, а в договоре коммерческой концессии – услуги правообладателя по предоставлению пользователю возможности использовать в своей предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю. Авторы этой теории (М.И. Брагинский, В.В. Витрянский), не ставя перед собой задачу четко определить место указанных договоров в той или иной классификационной группе, все же пришли к выводу о целесообразности их рассмотрения в рамках договоров не о передаче имущества, а на оказание услуг. По нашему мнению, концессионный договор тоже должен рассматриваться как договор пограничного характера, разрешение вопроса групповой принадлежности которого имеет очень важное значение не только для определения данного договора как самостоятельного вида, но и для определения объема прав и обязанностей сторон, порядка заключения договора, распределения рисков и выяснения многих других вопросов чисто практического значения.

Если конкретизировать вопрос о разграничении предмета и объекта договора по отношению к концессионному договору, то станет ясно, что и здесь ученые также не единогласны. Как отмечает Р.М. Жемалетдинов, предмет концессионного договора – это предусмотренная договором деятельность концессионера, направленная на создание или эксплуатацию объекта концессионного договора, а также инвестиционная деятельность⁸⁶. Он также делает попытку определения понятия объекта концессионного договора, отметив, что таковым может быть любое недвижимое имущество, в том числе, изъятое из оборота или ограничено оборотоспособное имущество. По нашему мнению, в обоих определениях существуют некоторые неточности, которые могут иметь принципиальное значение при формировании договорных отношений на практике. Следует отметить, что упомянутый автор называет предметом договора деятельность сторон, осуществляемую в определенных целях. На самом деле это объект договора, а указанный с его стороны объект, т.е.

⁸⁶ См. Жемалетдинов Р.М., Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений, Автореферат диссертации, Уфа, 2008, с. 15.

недвижимое имущество, – это предмет договора. Но даже если не было бы этих противоречий, представленная данным автором точка зрения достойна обсуждения. Надо отметить, что предметом концессионного договора, как и любого гражданско-правового договора, является не деятельность одной из сторон, а действия, которые выполняются с участием обеих сторон и направлены на воздействие на объект договора и обеспечение достижения целей данного договора.

Что касается определения объекта договора, представленного Р.М. Жемалетдиновым, то считаем необходимым отметить, что автор считает объектом договора любое недвижимое имущество, отмечая, что среди них может быть также имущество, полностью изъятое из оборота или ограниченно оборотоспособное. А на самом деле, для концессионного договора важен именно тот факт, что предметом данного договора может быть именно изъятое из оборота имущество (даже не ограниченно оборотоспособное), т.к. предмет договора, его целевое направление и особый субъектный состав – это та триада, на основе которой концессионный договор можем рассматривать как самостоятельный гражданско-правовой договор.

Другой автор, О.Н. Савинова, обсуждая правовую природу концессионного договора, предлагает основываться на теории трехгранности объекта концессионного договора⁸⁷. Автор утверждает, что имея ввиду тот факт, что концессионные правоотношения возникают для создания или реконструкции имущества государственной собственности, или для развития деятельности, направленной на удовлетворение некоторых социальных интересов, нужно отличать три взаимосвязанных объекта возникающих правоотношений: 1) материальный объект – недвижимое имущество, которое подлежит реконструкции или созданию, 2) юридический объект – деятельность концессионера, направленная на создание или реконструкцию, а также на дальнейшую эксплуатацию и управление недвижимого имущества, 3) волевой объект – тот общественный интерес, для удовлетворения которого заключается концессионный договор.

По нашему мнению, такое разграничение объекта договора на материальный, юридический и волевой, не совсем обоснованно. Договор имеет один конкретный объект –

⁸⁷ См. Савинова О.Н., Концессионные соглашения: правовое регулирование. Автореферат диссертации, М., 2006, с. 15.

совокупность действий, которые направлены воздействовать на предмет договора, для чего и стороны вступают в концессионные правоотношения, желая обеспечить исполнение целей данного договора. Конкретизация теории о трехгранности объекта договора по отношению к концессионному контракту не обеспечивает восприятие его объекта, как единого явления. При таком подходе объект договора искусственным способом дробится на части, вследствие чего цель договора, т.е. удовлетворение определенного общественного интереса, представляется как волевой объект договора. Мы считаем, что объектом концессионного договора может быть только совокупность действий, воздействующих на недвижимое имущество, имеющее конкретный статус или на исполнение некой деятельности. Для выяснения сущности понятий предмета и объекта договора концессии весьма полезно изучение законодательных определений концессионного договора. Несмотря на то, что по законодательству РА не определено общее понятие этого института (это связано с отсутствием базового закона, регулирующего отношения в этой области), в отдельных отраслевых законодательных актах все же существуют немногочисленные положения, с помощью которых делается попытка определения понятия концессионного договора хотя бы для конкретной сферы. Из общего изучения этих положений становится ясным, что отечественное законодательство пошло путем рассмотрения концессионного договора, как механизма передачи прав пользования имуществом. Подобное отношение отмечается также в российских законодательных актах. Анализ статьи 3 Закона РФ «О концессионных соглашениях» показывает, что, несмотря на то, что по определению концессионного соглашения ясно указано, что концессионер обязуется развивать конкретную деятельность с использованием конкретного имущества, а концедент обязуется передать данное имущество концессионеру для осуществления деятельности, составляющей объект концессионного соглашения, а объектом данного договора российский законодатель установил недвижимое имущество, а не развивающуюся деятельность.

По поводу данного определения в юридической литературе существуют разные точки зрения. О.Н. Савинова, например, считает, что эта формулировка дает возможность определить предмет концессионного договора как действия концессионера, направленные на создание или реконструкцию недвижимого имущества, принадлежащего концеденту на

правах владения и пользования с целью его дальнейшей эксплуатации⁸⁸. С.А. Сосна, в свою очередь, представляя понятие концессионного договора, определяет его, как договор, по которому концедент предоставляет концессионеру право на пользование имуществом государственной или муниципальной собственности или право на осуществление конкретной монопольной деятельности концедента. Таким образом, автор как предмет концессионного договора рассматривает не деятельность концессионера, а его право пользования имуществом конкретного статуса или право на осуществление конкретной деятельности. Кроме того, автор подчеркивает, что по концессионному договору передается не собственность как таковая, а право на пользование собственностью⁸⁹. Принципиальное отличие вышеупомянутых теорий является не только источником серьезных теоретических исследований, но и выделяется своим практическим значением, т.к., согласно первой теории, концессионный договор рассматривается как договор о предоставлении услуг или выполнении работ. А согласно второй точки зрения, он (договор) по своей природе соответствует договорам о передаче имущества и/или имущественных прав. Выяснение групповой принадлежности концессионного договора важно для понятия правовой природы правоотношений, возникающих на основе данного контракта, т.к. если в случае договора о предоставлении услуг между сторонами возникает исключительно обязательственные права и обязанности, то в случае договоров о передаче имущества, как правило, кроме обязательственных, имеем дело также с правами и обязанностями имущественного характера. Непосредственно из этого выявляются разные механизмы для защиты прав сторон в случае их нарушения. В первом случае – это только обязательственные способы защиты, а во втором – можно употреблять также имущественные конструкции для восстановления нарушенных прав титульного (законного) владельца имуществом⁹⁰. Интересен также подход тех ученых⁹¹, которые, обсуждая характерные признаки договоров о передаче имущества, считают, что им свойственно наличие сложного предмета, который включает как действия сторон по поводу передачи и принятия имущества (объект первого класса), так и конкретное

⁸⁸ См. Савинова О.Н., Концессионные соглашения: правовое регулирование. Автореферат диссертации, М., 2006, с. 7.

⁸⁹ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение: теория и практика, 2002, М., с. 183.

⁹⁰ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга вторая. Договоры о передаче имущества, М., 2006, с. 6.

⁹¹ Там же.

имущество (объект второго класса). Данное отношение – следствие отождествления предмета и объекта договора. По нашему мнению под понятием объекта первого класса имелся ввиду именно объект договора, а под объектом второго класса – то, что мы именуем предметом договора. Авторы не единогласны также в вопросе, что нужно подразумевать под понятием «предмет» договора – конкретные действия или материальные и не материальные блага⁹². По мнению этих авторов, инвестиционный характер концессионных отношений сам по себе подсказывает, что предметом концессионного договора являются именно инвестиции, а объекты (предметы – автор), причисленные в статье 4 Закона РФ «О концессионных соглашениях» являются именно объектом инвестиций. Мы же согласны с теми исследователями, которые считают, что предметом концессионного договора могут быть не только вещи, но и деятельность, являющаяся государственной монополией, несмотря на уровень развития экономики данной страны. Если же данный вопрос исследовать с точки зрения практики, то очевидно, что в заключенных договорах с участием РА предметом является не имущество государственной исключительной собственности, а имущественные права на него. Например, согласно договору о передаче железнодорожной инфраструктуры в концессионное управление определен предмет договора, который представляет собой *право* владения, использования, управления, эксплуатации, обслуживания, ремонта и необходимого улучшения концессионных активов, собственником которых является концедент. В отличие от упомянутого договора в другом концессионном договоре, согласно которому в концессионное управление передан Международный аэропорт «Звартноц», не определено понятие предмета договора. Вместо этого в части 5 данного контракта, которая называется «Цель договора», определяется не цель, а именно предмет договора. Согласно этому определению, Правительство РА предоставляет Управляющему исключительное право на управление и эксплуатацию аэропорта, а также в связи с этим Правительство предоставляет Управляющему исключительное право – использовать аэропорт и смежное имущество, осуществлять любую коммерческую деятельность, кроме той, которая исключена согласно данному договору. Исходя из сравнения соответствующих положений, указанных договоров, приходим к выводу, что хотя в концессионном договоре аэропорта по

⁹² См. Лисица В.Н., О проекте ФЗ «О концессионных договорах, заключаемых с российскими и иностранными инвесторами» // Законодательство и экономика, 2002, № 9, с. 60.

необоснованным причинам вместо предмета договора определяется его цель, но даже это не мешает нам понять, что речь идет именно о предмете договора. Кроме того, из этих положений однозначно следует, что со стороны концедента концессионеру передается не недвижимое имущество государственной собственности, а конкретный комплекс прав связанных с этим имуществом: в случае договора концессии железных дорог – это права, связанные с концессионными активами, а в случае концессии аэропорта – это права, связанные с самим аэропортом и смежным имуществом. Что касается области недропользования, то в примерной форме договора не определяется предмет договора и не регулируются вопросы о передаче этого предмета, либо прав и обязанностей, связанных с ним.

Обсуждая вопрос о разграничении предмета и объекта концессионного договора, нельзя не обратиться к вопросу о том, в какой взаимосвязи находятся эти категории с объектом концессионных правоотношений. Как мы уже отметили, договор – это тот окончательный юридический факт, которым, в совокупности с другими юридическими фактами, заканчивается формирование концессионных договорных отношений, между тем, как концессионные правоотношения, как самостоятельные, законодательно урегулированные общественные отношения, существуют сами по себе, независимо от факта заключения концессионного договора. Это означает, что концессионные правоотношения в абстрактном смысле существуют с момента законодательного регулирования, и их исследование никак не связано с наличием или отсутствием концессионных договорных отношений между конкретными субъектами. Следовательно, мы считаем необходимым выявить особенности объекта концессионных правоотношений и выяснить какое отношение они имеют к предмету и объекту концессионного договора.

Достоин внимания и тот факт, что гражданские правоотношения и соответствующие договорные отношения, формирующиеся на их основе совпадают только по части субъектного состава, т.е. если стороной конкретного правоотношения могут выступить все субъекты гражданского права, то в соответствующих договорных отношениях сторонами тоже могут быть любые субъекты гражданского права, а если круг участников правоотношений ограничен, и в него допускаются только особые субъекты гражданского права, то в аналогичных договорных отношениях субъектный состав тоже ограничен и с точностью совпадает с участниками правоотношения. Что касается соотношения категорий

«объект правоотношения» и «объект договора», то здесь вопрос немножко сложнее, так как, в отличие от гражданских правоотношений, которые имеют три элемента, гражданско-правовые договоры, помимо этих трех, имеют еще один элемент – предмет договора.

Для большинства ученых наиболее приемлемым является подход, согласно которому объектом правоотношений считаются те блага, в связи с которыми возникают эти правоотношения, субъективные гражданские права и соответствующие обязанности – по сути все то, что по законодательству считается объектом гражданского права⁹³. Это означает, что объектом гражданских правоотношений может быть имущество, предусмотренное статьей 132 ГК РФ, в том числе, денежные средства, ценные бумаги и имущественные права, работы и услуги, информация, результаты интеллектуальной деятельности, в том числе, исключительные права на них (интеллектуальная собственность), и нематериальные блага. В результате сопоставления перечисленных благ и вышеупомянутых соображений, становится ясным, что предметом договора могут стать все те блага, которые являются объектами гражданских правоотношений. Если конкретизировать эту точку зрения по отношению к концессионному договору, то можем утверждать, что объект концессионных правоотношений, т.е. недвижимое имущество исключительной государственной собственности или деятельность, развивающуюся в конкретных монопольных сферах государственного правомочия в виде выполняемых работ и оказываемых услуг, можно рассматривать как предмет концессионного договора. Что касается объекта договора, то он абсолютно самостоятельный элемент, и не имеет никакого отношения к объекту правоотношений.

Теперь, вновь возвращаясь к обсуждению вопроса о разграничении предмета и объекта концессионного договора, попытаемся разделить их особенности и отличия от предмета и объекта других гражданско-правовых договоров. Первое отличие, на которое, на наш взгляд, надо обратить внимание, – это тот факт, что предмет концессионного договора имеет специальный правовой режим и отличается от предметов других договоров тем, что является исключительной собственностью государства и изымается из гражданского оборота, либо это специальный вид деятельности, который по своей сущности монопольный и является исключительным правомочием государства и не может быть предметом иного

⁹³ См. Гражданское право, часть первая, под ред. Калпина А.Г., Масляева А.И., М., 1997, с. 50.

гражданского договора. Эта особенность концессионного договора является одним из тех отличительных признаков, который подчеркивает его самостоятельность и исключает возможность его рассмотрения как разновидности какого-либо другого гражданско-правового договора.

Тем не менее, есть авторы, которые не считают неоспоримым признак исключительности государственной собственности для предмета концессионного договора. С.А. Сосна, в частности, отмечает, что в связи с этой проблемой нужно помнить, что большая часть экономических инфраструктур является естественной монополией, и тот факт, что иногда отдельные из этих объектов находятся в частной собственности, не меняет основных принципов функционирования публичных служб (непрерывность и доступность предоставления услуг, специальный режим и структура производства и т.д.). Поэтому указанный автор считает, что договору с таким предметом тоже присущ концессионный характер⁹⁴. Мы же, в отличие от него, предполагаем, что им невозможно присвоить концессионную сущность, т.к. один из трех необходимых и достаточных для этого элементов – предмет, со своими соответствующими признаками – отсутствует. Важной особенностью концессионного договора является тот факт, что его предметом может быть только имущество, входящее в состав государственной исключительной собственности. В тех странах, где права делятся на публичные и частные, т.е. в странах континентальной правовой системы (Франция, Германия, Италия, Швейцария, Испания и т.д.) предметы концессионного договора относят даже к числу государственной или муниципальной собственности, имеющей публично-правовой статус. Статья 714 ГК Франции, например, определяет, что существуют вещи, которые никому не принадлежат и ими равноправно могут пользоваться все и каждый⁹⁵. Перечисленные в этой статье объекты совпадают с понятием «общий для всех вещей», известным еще в римском праве, который включал в себя воздух, солнце, море, общественные пути коммуникаций и т.д., а также государственные или религиозные понятия⁹⁶. В настоящее время это понятие значительно расширилось, включив в себя воздушные и морские пространства, недра и водные объекты естественного происхождения, дороги и магистрали, которые имеют общественное значение. Один из известных ученых XX

⁹⁴ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение: теория и практика, 2002, М., с. 59.

⁹⁵ См. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран, под ред. Кулагина М., Пучинского В., М., 1986, с. 37.

⁹⁶ См. Новицкий И.Б., Основы римского права, М., 1961, с. 91.

века В.Н. Штерер отмечает, что во Франции та часть земли, которая выделена для железных дорог и передана на концессионной основе в результате соответствующих сделок, считается государственным приобретением и даже во время действия концессий подлежит пользованию исключительно на общественно-правовых основах. Тот же автор, анализируя подход немецкого права по отношению к этой проблеме, отмечает, что правовой статус концессионера равняется не статусу собственника, а статусу пользователя⁹⁷ (на принципе эмфитевзиса)⁹⁸.

В статье 4 Закона РФ «О концессионных соглашениях» подробно перечислено то, что может быть объектом концессионного договора. Часть вторая данной статьи делает специальную оговорку для тех случаев, когда данный предмет подлежит общественному пользованию, но находится не в государственной, а в частной собственности, и может обеспечить исполнение технологического процесса концессионной деятельности, предусмотренной концессионным договором. В таком случае концедент может заключить с собственником данного имущества другую гражданско-правовую сделку в пользу концессионера, ставя действие данного контракта в зависимость от главного концессионного договора. Таким образом, в странах континентальной правовой системы, при условиях отдельного отраслевого регулирования публичной и частной собственности, становится возможным законодательно определить круг тех вещей, которые могут являться исключительной государственной собственностью. При этом, несмотря на то, что конкретные виды вещей можно отнести к числу государственной исключительной собственности только на законодательной основе, в разных странах, имеющих разный уровень экономического развития, круг таких вещей может сильно отличаться друг от друга. Например, в США некоторые отрасли экономики (железнодорожный, воздушный, водный транспорт, оборона и другие отрасли), а также некоторые виды природных ресурсов, которые в других странах являются исключительно государственной собственностью, находятся в собственности частных субъектов. Это означает, что в развитых странах круг предметов концессионного договора более узкий, т.к. ограничено число объектов, изъятых из гражданского оборота и являющихся исключительной государственной собственностью,

⁹⁷ См. Штерер В.Н., Система промышленного права СССР, М., 1925, с. 68, 71.

⁹⁸ См. Римское частное право, под ред. Новицкого И.Б., М., 1996, с. 215, 217.

между тем, как в странах с менее развитой экономикой наблюдается принципиально противоположная ситуация, и к числу государственной собственности добавляются такие вещи, которые, как правило, имеют частноправовое направление. Во всяком случае, концессионные договоры направлены на развитие социальных и экономических инфраструктур. С помощью этих контрактов исполняются широкомасштабные проекты, имеющие сложную техническую основу. Так, например, в ГДР (в Нижней Саксонии) производился сложный проект создания системы водоочистки, в Испании на основе такой конструкции построены некоторые магистрали, а наиболее известный из концессионных проектов – это строительство тоннеля в проливе Ла-Манш, а также строительство порта в Сиднее (Австралия) со смежными транспортными сооружениями. В США, кроме перечисленных областей, с помощью концессионного механизма развиваются сферы здравоохранения и промышленности.

Очевидно, что основой использования концессионного механизма считается его направленность на осуществление больших экономических проектов, развитие инфраструктур, и, конечно же, на привлечение инвестиций, особенно, иностранных. Вместе с этим нельзя забывать о самой важной особенности концессионного договора – предметом договора должно быть имущество, являющееся исключительной собственностью государства, которое полностью изъято из гражданского оборота, имеет общественно-публичное значение и подлежит общему пользованию со стороны общества, либо монопольная деятельность государства, осуществление которой не может происходить ее полным делегированием частному субъекту. Но какая из вышеупомянутых моделей наиболее приемлема для конкретной страны, в том числе и для РА, какое специфичное законодательное регулирование нужно произвести, насколько широко – это может быть круг тех вещей, которые могут стать предметом концессионного договора, вопросы, ответы на которые в разных государствах могут быть совершенно разными.

Обобщая, необходимо еще раз подчеркнуть, что мы склонны к тому научному подходу, согласно которому нужно разграничить друг от друга понятия «предмет» и «объект» договора. Вследствие этого мы пришли к выводу, что объектом концессионного договора является совокупность тех действий, которые осуществляют контрагенты для влияния на предмет договора. Что касается предмета, то он, как таковой, может выступать в виде недвижимого имущества, входящего в состав государственной исключительной

собственности, или конкретный вид государственной монопольной деятельности, которая не может быть полностью делегирована частному субъекту, имея ввиду ее общественное значение и решающую роль в деле удовлетворения общественных интересов.

Следующий вывод, который вытекает из идеи разграничения понятий «предмет» и «объект» договора, касается практического значения этого разграничения и сводится к следующему: на основе объекта договора можно выявить его групповую принадлежность, т.е. определить место данного договора в гражданском праве, а с помощью предмета договора – выявить его разновидности, то есть произвести его внутреннюю классификацию.

§ 2. Место концессионного договора в гражданском праве и его классификация

Широкий круг изъятых из гражданского оборота предметов и многочисленность видов государственной монопольной деятельности и услуг обуславливают необходимость проведения классификации концессионных договоров.

Классификация договоров целенаправлена на их объединение в отдельные группы по конкретным признакам для облегчения их исследования и выделения особенностей, а также для повышения эффективности законодательного регулирования. Рассуждая о вопросе классификации договоров, нужно иметь ввиду, что перед нами поставлена цель – выяснить их роль и место в системе гражданско-правовых договоров вообще, иначе говоря, выяснить, к какой группе относится конкретный договор: передача имущества, выполнение работ или же на оказание услуг, а также выявить разновидности данного, в нашем случае, – концессионного договора, определить, на основе каких признаков можно разграничить их друг от друга. Исходя из вышесказанного, можно отметить, что наше исследование включает два аспекта классификации концессионного договора:

- 1) место концессионного договора в системе гражданско-правовых договоров;
- 2) разновидности концессионного договора.

Если рассмотреть вопрос относительно первого аспекта, то нужно отметить, что здесь он касается внешней классификации концессионного договора и предназначен для выяснения, к какой группе гражданско-правовых договоров он принадлежит. Мы обсуждаем в основном вероятную принадлежность концессионного договора либо к группе

договоров на выполнение работ, либо к группе договоров на оказание услуг, и полностью исключаем возможность его принадлежности к группе договоров о передаче имущества, имея ввиду особенности объекта концессионного договора. Для этого, во-первых, нужно выяснить те критерии и отличительные особенности, с помощью которых станет возможным и их разграничение друг от друга, и определение групповой принадлежности того или иного договора.

В юридической литературе договоры на оказание услуг и о выполнении работ почти всегда разграничиваются, и для того, чтобы выяснить, какое отношение к ним имеет концессионный договор, нужно вначале исследовать их сходства и отличия. Нужно отметить, что ГК РФ не определяет понятия договора о выполнении работ и не выделяет такую отдельную группу договоров. Это понятие употребляется только в теории, а с законодательной точки зрения ему соответствуют договоры о подряде, положения о которых включены в главы 37 и 38 ГК РФ. Несмотря на отсутствие законодательного понятия договора о выполнении работ, в юридической литературе оно широко обсуждается и сравнивается с договорами на оказание услуг. Хотя в учебнике А.П.Сергеева и Ю.К. Толстого отмечается, что подрядные обязательства опосредуют экономические отношения оказания услуг⁹⁹, на практике перед теоретиками поставлена задача о разграничении именно этих двух групп, т.е. договоров о подряде и на оказание услуг. Следовательно, их отождествление, на наш взгляд, недопустимо. Современные законодательства пошли в основном путем разграничения этих двух очень похожих, но, тем не менее, разных сделок. Этот подход был принят еще в римском праве¹⁰⁰.

⁹⁹ См. Гражданское право, учебник, под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К., М., 2000, с. 3.

¹⁰⁰ Но в римском праве договора о выполнении работ (подряда) и договоры на оказание услуг считались разновидностями арендных отношений. См. Римское частное право. Учебник под ред. Новицкого И.Б., Перетерского И.С., М., 1996, с. 456-458. В другом источнике отмечается, что в римском праве выделены два вида аренды – аренда вещей и аренда работ (услуг). См. Иоффе О.С., Мусин В.А., Основы римского гражданского права, Ленинград, 1974, с. 126-127. Именно отсюда и возникли соображения об аренде услуг и подрядных работ. См. Гражданское право. Учебник под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К., М., 2000, с. 308. Римские юристы не придавали особой важности природе объекта пользования, т.к. особенности римского экономического быта подталкивали на обращении более пристального внимания на те договоры, которые регулировали отношения возмездного пользования вещей и только в исключительных случаях обращать внимание на те отношения, которые касались употребления услуг. См. Гуляев А.М., Наем услуг, Юрьев, 1893, с. 149. Во всяком случае, договоры на выполнение работ и на оказание услуг, на наш взгляд, подлежат разграничению. В настоящее время в законодательствах современных государств, в отличие от римского права, эти договоры не только не рассматриваются как разновидности арендного договора, но и понимаются как самостоятельные группы гражданско-правовых договоров, а аренда, в свою очередь, входит в состав совершенно иной и отдельной группы договоров, опосредующих отношения по передаче имущества.

Для разграничения договоров на оказание услуг и на выполнение работ можно взять в основу определения, закрепленные в ГК РФ¹⁰¹. Хотя данное в статье 700 ГК РФ определение относится к договору подряда, мы полагаем, что его можно считать также обобщенным определением договоров о выполнении работ, т.к. другие договоры, например, строительный подряд или договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, договор на выполнение научно-исследовательских работ, договор на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ, также по особенностям субъектного состава и целенаправленности могут включаться в рамки этого понятия и, вместе с договорами подряда и концессии, рассматриваться как разновидности договоров на выполнение работ. Что касается договоров на оказание услуг, то они формируют отдельную группу гражданско-правовых договоров, которая включает в себя те контракты, на основе которых возникают по существу похожие обязательства. Их объектом всегда выступает совокупность конкретных действий, которые отличаются друг от друга лишь тем, в какой форме выражается их экономический результат – в создании материальных или нематериальных благ¹⁰².

Мы же полагаем, что вопрос состоит не столько в материальном или нематериальном характере результатов определенных по договору услуг, сколько в наличии или отсутствии предметной формы данных результатов. Таким образом, если примером договора на оказание услуг, подразумевающего материальный результат, может служить деятельность

¹⁰¹ Согласно статье 700 ГК РФ, по договору подряда одна сторона (подрядчик) – обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику в установленный срок, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить ее.

¹⁰² Иногда специалисты считают, что исходя из материального или нематериального характера результатов оказанных услуг можно соответствующие договоры рассматривать не как разновидности договоров на оказание услуг, а, в первом случае, как вид договора на выполнение работ, а во втором случае, как вид договора на оказание услуг. См. Гражданское право, учебник, под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К., М., 2000, с. 542. Сторонники абсолютно противоположной точки зрения считают, что т.к. услуги – это предпринимательская деятельность граждан и юридических лиц, направленная на удовлетворение потребностей других субъектов, результаты этой деятельности могут быть как материального, так и нематериального характера, и от этого факта никак не меняется групповая принадлежность данных договоров, и они продолжают являться договорами на оказание услуг. См. Гражданское право РФ, учебник, ч. 2, под ред., Петросяна Р.Г., Хараханяна Г.А., Ер., 2001, с. 297. Вместе с этим, есть и такие ученые, которые утверждают, что основным критерием разграничения договоров на выполнение работ и оказание услуг, заключается в обязанности достижения конкретного материального результата и в отсутствии материального результата в первом случае (для договоров на выполнение работ), и лишь в факте исполнения обязательных действий – во втором (для договоров на оказание услуг). См. Иоффе О.С., Обязательственное право, М., 1975, с. 489. Похожее мнение выражают также А.П. Сергеев и Ю.К. Толстой, отмечая, что особенностью обязательств по оказанию услуг является то, что их объектом считаются те действия, которые не имеют материальной формы, не отделяются от основных действий, а также то, что исполнитель должен гарантировать однозначную возможность достижения конкретного результата. См. Гражданское право, учебник, под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К., М., 2000, с. 542.

парикмахера или визажиста, действия которых направлены на удовлетворение конкретных потребностей заказчика, и которые дают материальный результат, то в случае договора поручения, как особого вида договоров на оказание услуг, результат выполняемых действий имеет нематериальный характер. Однако в обоих случаях эти результаты не имеют предметной формы и не существует необходимости исполнения действий, направленных на передачу прав на них заказчику. Эти услуги оказываются непосредственно заказчику, предполагая их материальный или нематериальный результат в зависимости от данной разновидности договора. Таким образом, исходя из вышеизложенного, можем утверждать, что в том случае, когда речь идет о концессионном договоре, на основе которого происходит передача государственного имущества частному субъекту для развития соответствующих инфраструктур, их реконструкции и дальнейшей эксплуатации, или же для создания нового имущества с такими же целями, которое в будущем будет передано в собственность государства, мы имеем дело с договорами на выполнение работ, а в тех случаях, когда на основе концессионного договора происходит делегирование государственной монопольной деятельности частному субъекту или же ему дают право на развитие деятельности в области природопользования, концессионный договор выступает в группе договоров на оказание услуг. Это означает, что концессионный договор – это особый гражданско-правовой механизм, который может выступать в двух разных группах гражданско-правовых договоров, исходя из особенностей объекта конкретного контракта. Более того, в том случае, когда речь идет о договоре, который предполагает не только создание (реконструкцию) государственного имущества, но и право на его дальнейшую эксплуатацию, в нем могут содержаться элементы договоров как на выполнение работ, так и на оказание услуг, т.к. в этом случае мы имеем дело со сложным объектом договора, состоящим из двух самостоятельных и отдельно регулируемых элементов.

Что касается классификации концессионного договора, то в доктринальных источниках (как юридических, так и экономических) существуют разные критерии и подходы по отношению к этой проблеме. Например, Р.М. Жемалетдинов предлагает разные признаки для классификации концессионных договоров, которые включают метод правового регулирования договоров, порядок их изменения и прекращения, момент возникновения права собственности у концессионера на создание нового имущества, степень финансового участия сторон и некоторые другие критерии, которые приводят к

неоправданно подробной классификации. Мы, конечно, признаем важность необходимости тщательной классификации концессионного договора, что дает возможность составить полное представление о всех возможных его разновидностях и произвести их соответствующее правовое регулирование. Но, вместе с этим, мы полагаем, что предложенная указанным автором классификация необоснованно расширена. Для нас более приемлемы подходы тех авторов, которые основываются на принципиальных признаках концессионного договора и выделяют несколько видов, которые дают возможность подчинить их отдельному научному исследованию. Так, С.А. Сосна предлагает отличать традиционные концессии и новые концессии. По его мнению, к числу первых видов относятся концессионные договоры в области публичных служб, которые имеют довольно длинную историю и в течение последних 100-150 лет развивались по направлению публичного права. А к числу новых концессий, по мнению С.А. Сосны, принадлежат те договоры, которые направлены на развитие экономических и социальных инфраструктур, имеют ограниченные публично-правовые признаки и, по своей правовой сущности, стоят ближе к гражданско-правовым договорам, чем к концессиям¹⁰³.

Если анализировать вышеупомянутую классификацию договоров, то можем заметить, что основой для их разграничения на традиционные и новые считается не только предметная специфичность (т.к., согласно автору, предметом традиционных концессий являются публичные службы, а предметом новых концессий – инфраструктурные объекты, т.е. недвижимое имущество), но и их отраслевая принадлежность, потому что, как он отмечает, традиционные концессии имеют публично-правовой характер, а новые концессии – в основном гражданско-правовой. Кроме этого, он с оговоркой признает возможность присвоения новым договорам концессионной сущности.

Мы же полагаем, что данная классификация может существовать лишь частично в тех случаях, когда договоры разграничиваются на основе предмета (услуги или недвижимое имущество). Что касается отраслевой принадлежности этих договоров, то, по нашему мнению, нельзя этот признак ставить в основу классификации концессионных договоров, т.к. он, независимо от предмета регулирования, всегда имеет гражданско-правовой характер.

¹⁰³ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение: теория и практика, М., 2002, с. 80.

Классификацию концессионных договоров на основе предмета можно осуществить следующим образом:

- 1) природные ресурсы;
- 2) объекты экономических инфраструктур;
- 3) группа объектов в области публичных служб;
- 4) государственные и муниципальные предприятия;
- 5) другие виды экономической или иной публично значимой деятельности.

Концессионные договоры, когда-либо заключенные в разных странах на основе предметного критерия, можно классифицировать следующим образом:

- Концессии делятся на две большие группы:
 1. концессии в области недропользования,
 2. концессии в области инфраструктур.
- Концессии в области недропользования в свою очередь бывают:
 - традиционные;
 - обновленные¹⁰⁴.

Достоин внимания тот факт, что в области природопользования концессии применялись еще в XVIII веке во Франции и именно этот вид можно называть традиционным, хотя более распространено то мнение, что традиционные концессии – это колониальные концессии, которые были известны в начале XX века. При такой классификации некоторые ученые обсуждают вопрос о том, все ли договоры в области природопользования можно отнести к числу концессионных. И.В. Дойников¹⁰⁵, например, к их числу относит именно концессионные договоры (или же концессионный договор в узком смысле), соглашение о разделе продукции и договоры о предоставлении услуг (с риском или без риска) или, иначе говоря, сервисные контракты. Этот подход неоднозначно принимается с нашей стороны: сперва нужно отметить, что т.к. все договоры в области природопользования концессионные, неправильно непосредственно сами концессионные договоры рассматривать как разновидность договора природопользования, кроме того,

¹⁰⁴ См. Приходько Д.Г., Концессия, как форма привлечения инвестиций в российскую экономику // Банковское право, 2005, № 3, с. 31.

¹⁰⁵ См. Дойников. И.В., Предпринимательское (хозяйственное) право. Учебное пособие. М., Брандес, 1997, с. 175.

соглашения о предоставлении услуг применяются не только в сфере природопользования, но и в других проявлениях концессионных правоотношений.

Что касается концессионных договоров в сферах инфраструктур, то они тоже бывают двух видов:

- инвестиционные;
- операционные.

Концессионные договоры, по признаку особенностей предмета, классифицируются также следующим образом:

- 1) природные ресурсы, принадлежащие государству¹⁰⁶, существующие инфраструктурные объекты, которые имеют социально-производственное значение, принадлежат государству-концеденту и требуют больших инвестиций;
- 2) право на создание и дальнейшую эксплуатацию вышеупомянутых объектов;
- 3) общественные службы, т.е. некоторые виды экономической деятельности, на основе которых государство сформировало свою монополию (например, производство оружия и боеприпасов)¹⁰⁷.

Важное значение имеет также исследование различных схем, с помощью которых функционируют концессии в разных странах. В основе формирования этих конструкций поставлена очередность создания и/или реконструкции, эксплуатации и передачи (возврата) предмета концессионного договора. Самыми распространенными моделями этих схем являются: «создание-эксплуатация-передача» (BOT Build-Operate-Transfer), когда соответствующий объект создается и/или реконструируется, а также эксплуатируется со стороны концессионера за свой счет и на свой риск до тех пор, пока он не сможет вернуть свои затраты, сделанные на этот объекте, и обеспечить предусмотренную в разумных пределах прибыль. После этого, по окончании срока действия договора, объект возвращается концеденту, а его управление может осуществляться либо концессинером, либо концедентом, исходя из положений конкретного договора¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Есть страны, где некоторые виды природных ресурсов не являются государственной собственностью.

¹⁰⁷ См. Засыпин Д.Ю., Концессия, как форма партнерства государства и частного бизнеса, Вопросы совершенствования правоохранительной деятельности органов внутренних дел: Сборник научных трудов адъюнктов и соискателей. – Екатеринбург: Изд-во Урал. юрид. ин-та МВД России, 2007, с. 72-77.

¹⁰⁸ См. Паршин М.Ю., Сделки на условиях BOT // Бюллетень иностранной коммерческой информации, 1989, № 72.

Другой схемой является «создание-владение-эксплуатация-передача» (BOOT Bulid-Own-Operate-Transfer), согласно которой соответствующий объект создается и эксплуатируется со стороны концессионера и только по окончании срока действия договора передается в собственность концедента.

Следующая распространенная схема – «реконструкция-передача-эксплуатация» (BTO Bulid-Transfer-Operate), согласно которой после создания или реконструкции определенного договором объекта он сразу передается собственнику, а концессионер может эксплуатировать его до окончания срока действия договора. Согласно еще одной схеме – «создание/реконструкция-владение-эксплуатация» (BOO Build-Own-Operate) – определенный договором объект, оставаясь собственностью концедента, реконструируется и эксплуатируется со стороны концессионера, и он – концессионер – связан с концедентом обязательством предоставления услуг, соответственно определенным стандартам. Существует также модель «создание/реконструкция-передача» (BT Bulid-Transfer), в рамках которой концессионер создает или реконструирует объект, являющийся предметом концессионного договора, и сразу же передает его в собственность концедента, который производит его эксплуатацию и осуществляет соответствующие расчеты с концессионером. Кроме вышеупомянутых, возможны также и другие виды данных моделей: исходя из состояния экономики данной страны и направленности функционирования концессионного механизма, в предмет договора могут включаться, с одной стороны, функционирующие и прибыльные объекты и, с другой стороны, – объекты с низкой эффективностью, неприбыльные, но имеющие большое общественное значение и нуждающиеся в развитии и реконструкции. При таком сочетании концеденту предоставляется возможность возместить расходы, осуществляемые на втором объекте, за счет прибыли от первого¹⁰⁹. Нужно отметить, что эти конструкции, имеющие компенсационный характер, широко распространены в международных экономических отношениях. Но их применение возможно только в тех случаях, когда речь идет и о тех договорах, предметом которых является материальный предмет (вещь), и только в отношении тех разновидностей, которые относятся к инфраструктурным концессиям, т.е. по отношению тех договоров, предметом которых

¹⁰⁹ См. Сосна С.А., Концессионное соглашение: теория и практика, М., 2002, с. 83.

является недвижимое имущество, кроме недр. Этот вид классификации концессионных договоров неприемлем относительно договоров о делегировании общественных услуг.

Обобщая вышесказанные научные теории, можем утверждать, что для классификации концессионных договоров существует множество критериев, но, по нашему мнению, концессионные договоры можно классифицировать на основе особенностей следующих четырех:

- субъектов договора;
- объекта договора;
- предмета договора;
- эксплуатации предмета договора или особенностей правомочий концессионера.

О классификации концессионных договоров на основе второго и четвертого критериев уже говорилось.

Необходимо обсудить классификацию концессионных договоров на основе первого и третьего критериев.

Согласно первому признаку концессионные договоры могут классифицироваться на основе особенностей стороны концессионера и концедента. По особенностям стороны концессионера, концессионные договоры бывают:

- 1) с участием иностранного элемента, или концессионные договоры международного характера;
- 2) с участием внутренних инвесторов, или концессионные договоры внутригосударственного характера;

По особенностям стороны концедента, они делятся:

- 1) в унитарных государствах – на государственные и муниципальные;
- 2) в федеративных государствах – на федеральные, концессионные договоры, заключаемые на уровне субъектов, и муниципальные.

При этом классификацию концессионного договора на основе того государственного правомочного органа, который вступает в указанные правоотношения в РА, можно считать немного условной, т.к. пока мы не можем говорить о муниципальных концессиях в связи с тем, что применение данного института – относительно новое явление для нашей страны и не имеет широких масштабов применения. В настоящее время он применяется только для решения вопросов государственной важности.

Что касается третьего критерия, то на этой основе концессионные договоры бывают:

- 1) договоры, предметом которых являются материальные вещи (имущество) или создаваемое в будущем имущество;
- 2) договоры, предметом которых является оказание услуг или осуществление соответствующей деятельности общественного назначения, которая имеет государственно-монопольный характер.

Эти разновидности в свою очередь классифицируются. Итак, договоры предметом которых являются материальные вещи, бывают следующих видов:

- 1) природопользовательские концессии;
- 2) инфраструктурные концессии.

Концессии в области природопользования также подразделяются на концессии:

- в отдельных сферах природопользования (горные, водные, лесные, недропользовательские);
- традиционные и новые;
- соглашения о разделе продукции как особый вид концессионного договора в области природопользования.

Последний представляет собой договор, согласно которому одна сторона – государство – на возмездной и срочной основе предоставляет другой стороне – инвестору – исключительные права на разведку и добычу руды на предусмотренных договором участках недр и права на выполнение работ, связанных с этим, а инвестор обязуется обеспечить выполнение вышеупомянутых работ за свой счет и на свой риск. Как следует из этого определения, соглашение о разделе продукции применяется лишь для исполнения некоторых функций в области недропользования и имеет свой круг вопросов, которые подлежат решению.

Отдельной классификации подлежат также договоры в области инфраструктур:

- в отдельных сферах – концессии транспортной системы, железнодорожного транспорта, авиации и т.д.;
- инвестиционные и операционные.

Интересен также тот факт, что если концессии в области публичных служб и выполнения общественных работ в основном имеют муниципальный характер, то концессии

в области природопользования функционируют на основе договоров, заключаемых именно на государственном уровне.

Заключенные с участием РА концессионные договоры можно классифицировать по областям инфраструктур и недропользования. К первым относятся договоры о передаче частному иностранному субъекту системы железнодорожного транспорта и международного аэропорта «Звартноц». Оба договора относятся к той классификационной группе, где предметом являются материальные вещи (имущество) и имеют международный характер, т.к. в обоих случаях концессионером является иностранная частная организация. Что касается второй группы, то в ней могут объединяться концессионные договоры о предоставлении прав на пользование недрами для добычи полезных ископаемых (в том числе, на основе особой лицензии, на основе лицензии исследования, исключительные права на исследование и эксплуатацию конкретного участка недр на основе лицензии на добычу).

Таким образом, можем отметить, что во всех практикующихся в РА случаях концессионные договоры имеют следующие признаки: предметом являются существующие вещи или права на них, часть этих договоров имеют инфраструктурный, а другие недропользовательский характер. При этом, если в первом случае все договоры имеют международный характер, то во втором – концессионером выступают как отечественные, так и иностранные инвесторы.

Как видно из вышеизложенного, классификация концессионных договоров не только представляет научный интерес, но и имеет серьезное практическое значение.

Обобщая произведенные исследования по этому вопросу, мы пришли к заключению, что концессионные договоры при внешней классификации¹¹⁰ относятся:

- 1) к числу договоров о выполнении работ, если речь идет о создании или реконструкции имущества государственной собственности);
- 2) к числу договоров на оказание услуг, если речь идет о распространении деятельности вследствие осуществления делегированных государственных монопольных правомочий;

¹¹⁰ Иначе говоря, при выяснении места концессионного договора в системе гражданского права.

- 3) в тех случаях, когда в договоре предусматривается создание (реконструкция) имущества для его дальнейшей эксплуатации, эти концессионные договоры одновременно включают элементы обоих договоров.

Это означает, что, исходя из особенностей объекта, концессионные договоры могут выступать в разных группах гражданско-правовых договоров, но ни в коем случае они не могут принадлежать к числу договоров о передаче имущества или имущественных прав на них, т.к. созданное или реконструированное недвижимое имущество или результаты деятельности, развивающиеся в социально-экономических сферах, являются предметом концессионного договора и основой для проведения его внутренней классификации и выявления его разновидностей.

§ 3. Содержание концессионного договора

Как уже было отмечено выше, содержание правоотношения и соответственных договорных отношений, формирующихся на его основе, хоть и тесно взаимосвязаны, но в то же время это абсолютно разные явления. В то время, как содержание концессионных правоотношений составляют исключительные права и обязанности сторон, содержание концессионного договора составляет совокупность тех существенных условий, о которых стороны должны приобрести соглашение и закрепить их в договоре для того, чтобы данный договор приобрел легальность и юридическую силу. Существующие отличия не исключают взаимосвязанность этих двух категорий, т.к. часто существенными условиями договора могут быть какие-либо права и обязанности сторон. Это означает, что некоторые права и обязанности сторон могут найти свое отражение в существенных условиях договора. Иными словами, содержание правоотношений (права и обязанности сторон) могут выражаться с помощью содержания договора (существенными условиями) хотя бы в более принципиальных частях.

Тот критерий, по которому существенные условия объединяются в одной группе, не вызывает научных дискуссий, т.к. это те условия, которые формируют договор, как таковой

и его разновидности¹¹¹. В настоящее время трехслойная классификация условий договоров наиболее приемлемая точка зрения большинства ученых, и ее можно встретить в трудах некоторых современных цивилистов¹¹². Следовательно, условия, составляющие содержание концессионного договора, тоже можно подчинить применимой классификации. Несмотря на это, некоторые авторы предлагают классифицировать условия концессионного договора на существенные и договорные¹¹³. Мы не согласны с тем, что этот подход может иметь место, т.к. во всех случаях условия, о которых мы говорим, закрепляются в договоре, и, несмотря на то, существенные ли они или обычные, они всегда являются договорными. Другой вопрос, что часть из них существенные и, следовательно, обязательно должны быть закреплены в договоре в силу закона, а другая часть – диспозитивные, и их появление в договоре происходит не всегда.

Автор этой точки зрения обращает внимание на тот факт, что в Законе РФ «О концессионных соглашениях» можно заметить неполное перечисление существенных

¹¹¹ Вообще, обсуждая вопрос о классификации условий договора, некоторые известные цивилисты, например, О.С. Иоффе, полагают, что обычные условия не нуждаются в обязательном проявлении в договоре, т.к. они закреплены законодательством. Когда стороны дают согласие на заключение договора, они тем самым проявляют готовность подчиняться условиям, определенным законом для данного вида договора. О случайных условиях тот же автор выражает мнение, что они для заключения договора поначалу не имеют никакого значения, и могут возникнуть и приобрести юридическое значение только в том случае, когда будут применяться в договоре. См. О.С. Иоффе Советское гражданское право: Курс лекций. Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л., с. 387-388. Другие авторы утверждают, что, говоря об обычных условиях, нужно иметь в виду те условия, которые предъявляются содержанию данного договора законодательством, а случайные условия – это те, которые хотя и существуют в положениях договора, но не подчинены правовому регулированию. См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга третья, договоры о выполнении работ и оказании услуг, М., 2001, с. 494. Что касается существенных или императивных условий договора, то они представляют из себя внешние регуляторы договора и не могут быть предметом согласования сторон, и, следовательно, условиями договора как таковым. Эти «условия» находятся вне понятия договор, и их роль состоит в том, что договор должен соответствовать императивным требованиям законодательства, действующим в момент заключения договора. К.С. Май, в свою очередь, в понятие «обычные условия» включает все те, которые вытекают из диспозитивных норм законодательства и обычаев. Эти положения могут и не отражаться в договоре, однако, могут быть применимы по отношению к возникшим отношениям. В отличие от этих, случайными он считает не условия, которые, не являясь обязательными для конкретной сделки, выражают согласованный подход сторон относительно тех вопросов, которые регулируются диспозитивными нормами законодательства. Есть так же мнение, что при нынешних условиях заключения договора невозможно включать в них «случайные» условия, т.к. все те положения, относительно которых стороны должны достичь соглашения предварительно, отражаются в содержании оферты, т.е. концедент заранее имеет возможность ознакомиться с ними, и если он их принимает, а представление акцепта означает, что принимает, то на практике в договоре невозможно наличие какого-либо положения, о котором одна из сторон не объявила бы заранее и, при таком положении дел, они в действительности являются «случайными». См. Михеева Л.Ю., Доверительное управление имуществом / Под ред. В.М. Чернова. М., 1999, с. 86-87.

Иногда ученые считают, что с точки зрения практики условия договора не имеет смысла классифицировать на существенные, обычные и случайные.

¹¹² См. Бару М.О., Советское гражданское право, Киев, 1997, с. 403; Новицкий И.Б., Советское гражданское право, М., 1950, с. 370-371, Шварц Х.И., Советское гражданское право, М., 1965, с. 45, Кабалкин А.Ю., Советское гражданское право, Т. 1, М., 1965, с. 449; Крылова З.Г., Советское право, М., 1987, с. 146; Вильнянский С.И., Лекции по советскому гражданскому праву, Харьков, 1958, с. 316.

¹¹³ См. Талапина Э., Концессии, как форма публично-частного партнерства // Хозяйство и право, 2009, № 9, с. 74.

условий, что предоставляет возможность их пополнения федеральными законами. Что касается возможных или договорных условий, то их перечень окончательно сформирован и довольно широк.

Иногда ученые, исследующие эти вопросы, предлагают при перечислении существенных условий концессионного договора ограничиться закреплением положений о предмете, объекте, сроке и цене договора. Все остальные условия, в том числе и положения о предоставлении земельного участка концессионеру, целей и сроков эксплуатации (использования) объекта концессионного договора и обеспечения исполнения обязательств, можно рассматривать как обычные условия концессионного договора¹¹⁴.

Но в РФ законодатель проявил другой подход относительно этих вопросов и определил не только довольно широкий круг существенных условий, но и оставил этот перечень открытым, предоставляя возможность заполнить их в будущем федеральными законами. Во всяком случае, научные теории относительно этого вопроса неоднозначны и по каждому из них представляется собственная совокупность существенных условий и предлагается более или менее широкий перечень.

Исходя из того, что по законодательству РА концессионный договор не регулируется основным, базовым законом, а существующие нормы в основном осуществляют отраслевое регулирование, то правовые положения об обсуждаемом вопросе мы будем исследовать на основе Закона РФ о концессионных соглашениях. Статья 10 данного Закона определяет, что существенными для концессионного договора являются следующие условия:

1. обязательства концессионера по созданию и/или реконструкции объекта концессионного соглашения, соблюдению сроков его создания и/или реконструкции,
2. обязательства концессионера по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
3. сроки действия концессионного соглашения;
4. состав и описание, в том числе технико-экономические показатели, объекта концессионного соглашения;

¹¹⁴ См. Жемалетдинов Р.М, Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений, Автореферат диссертации, Уфа, 2008, с. 26.

5. порядок предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности предусмотренной концессионным соглашением, и сроки заключения договора аренды (субаренды) этих земельных участков с концессионером;
6. цели и сроки использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;
7. иные предусмотренные федеральными законами существенные условия.

Во 2-ой части данной статьи диспозитивным образом отмечается, что договор может содержать иные, не противоречащие Законодательству РФ и условиям конкурса условия, после чего следует исчерпывающее перечисление этих условий, состоящее из 9-и пунктов.

Исследуя вопрос о существенных условиях договора, предполагается их рассмотреть на двух уровнях:

- 1) для концессионного договора вообще, независимо от его вида или отраслевой принадлежности,
- 2) для отраслевых концессионных договоров¹¹⁵.

Согласно этой теории, в базовом законе о концессионных договорах должны быть закреплены существенные условия 1-ого уровня, при этом их число должно быть минимальным, а условия 2-ого уровня удобнее включить в отдельные отраслевые законы, регулирующие конкретные концессионные отношения, исходя из особенностей каждого вида договора.

Естественно, они не должны повторять условия базового закона и должны быть направлены на всестороннее урегулирование исключительно отраслевых концессионных отношений. Вместе с этим это перечисление не должно быть слишком длинным. Существенные условия, которые должны быть закреплены в базовом законе по мнению С.А. Сосны исходят к следующему:

1. предмет договора, т.е. право на пользование конкретным имуществом государственной или муниципальной собственности или право на развитие конкретной деятельности, а также природу этого права – исключительное или обычное;
2. указание наименований сторон договора;

¹¹⁵ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 228.

3. перечень имущества, принадлежащего концеденту и концессионеру на основе права собственности, упоминая его дальнейшую судьбу, а так же перечень других имущественных прав сторон;
4. объем предполагаемых инвестиций в объектах, составляющих предмет концессионного договора и порядок их осуществления;
5. общий объем и основные виды подлежащих производству товаров, оказываемых услуг и выполняемых работ со стороны концессионера;
6. в том случае, когда договором предусмотрено участие концедента в рисках концессионера, участие должно быть зафиксировано как существенное условие. Также должны быть зафиксированы характер такого участия, в том числе объемы и порядок финансирования затрат концессионера, а также виды имущественных и иных прав, приобретаемых со стороны концедента за такое участие, и порядок их осуществления;
7. отказ концедента от иммунитета на судебный иск, а также по отношению к судебным или арбитражным решениям в концессионных договорных отношениях с участием иностранного субъекта.

Существенные условия 2-ого уровня для так называемых отраслевых концессионных договоров, в сущности, могут быть закреплены и в базовом законе, но целесообразнее их зафиксировать в отраслевых законах, исходя из особенностей регулируемых ими договоров. При этом их число тоже должно быть ограничено, чтобы дать возможность сторонам включить в договор и другие условия, не противоречащие гражданскому законодательству, положениям базового закона и требованиям конкурса. Нужно иметь ввиду также то, что к вопросу разработки концессионных законов можно подойти с разных сторон: можно принять 4-5 закона для отдельных сфер – недропользования, инфраструктур, коммунальных служб, и т.д., но можно пойти и другим путем, т.е. принять ряд законодательных актов для более тщательного регулирования концессионных отношений в каждой из отраслей экономики. В частности, в сфере природопользования может быть принят ряд законов о горных, водных, лесных, в сфере инфраструктур можно принять законы о дорожных, железнодорожных, гидротехнических, коммуникационных концессиях и т.д.

По этому вопросу некоторые российские авторы (С.А. Сосна), не давая предпочтения ни одному из этих подходов, отмечают, что окончательное решение данного вопроса вытекает

из практики, т.к. только при практическом применении можно выявить, в каких конкретных случаях наиболее целесообразно принять один отраслевой закон, а в каких правильнее идти путем тщательного законодательного регулирования¹¹⁶. Но в любом случае, при любой форме правового регулирования стороны договора должны следовать следующему иерархическому порядку: сначала в договоре должны закрепиться существенные условия основного, базового, закона, а уже потом положения отраслевых законов, и, в последнюю очередь, нормы закона, осуществляющего более узкое регулирование, если таковые существуют. В тех концессионных соглашениях, которые предполагают создание или реконструкцию предмета концессионного договора и его дальнейшую эксплуатацию, в качестве существенных условий закрепляются порядком создания, реконструкции или эксплуатации данного объекта, а также обязанности сторон в полном исполнении проекта, в том числе его финансирование и распределение рисков, формы инвестиций и собственности, права и обязанности принимающего государства (при международной концессии), параметры обеспечения безопасности окружающей среды. В некоторых странах, как существенные условия закрепляются положения об определении размера доходов в связи с объемом инвестиций, размером участия в поставке товаров, услуг и рабочей силы и т.д.

Мы же предполагаем, что при заключении концессионного договора нужно выделять нижеприведенные существенные условия, по поводу которых стороны должны приобрести соглашение.

Предмет – то конкретное имущество или имущественный комплекс, который подлежит передаче концедентом концессионеру, или же те услуги, исполнение которых передается от одной стороны договора к другой.

По этому вопросу стороны обязательно должны прийти к соглашению и оно должно быть четко закреплено в договоре, давая возможность точно определить предмет договора и осуществить его передачу и исполнение прав и обязанностей сторон в связи с этим.

Цена – эта та сумма, которую концессионер готов заплатить за эксплуатацию предмета концессионного договора или же объем государственных инвестиций (субсидий).

¹¹⁶ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 229.

Об этом вопросе статья 61 Кодекса РА о недрах определяет положение, по которому недропользование платно, а 2-ая часть данной статьи перечисляет виды этих платежей, которые имеют природопользовательский характер или направлены на охрану здоровья населения. К числу этих выплат относится также государственный налог для получения разрешения на недропользование. Кодекс предусматривает случаи освобождения от данных выплат. Других законодательных регулирований по этому вопросу не существует. Но в договорах, заключенных с участием РА, есть некоторые нормы, которые относятся к этому вопросу.

Цена предоставления имущества на концессионных основах зависит от технического состояния данного объекта, размера инвестиций, которые должен осуществлять концессионер в будущем, от срока действия концессионного договора и от иных факторов. В том случае, когда осуществленные концессионером инвестиции могут быть полностью компенсированы в течение срока действия договора, государство может взять на себя обязательство компенсировать часть этих инвестиций за свой счет.

Срок договора. Срок действия концессионного договора должен быть достаточным для возврата сделанных инвестиций и получения прибыли. В международной практике этот срок обусловлен сроком жизненного цикла основных средств¹¹⁷. Определение срока действия договора, как существенное условие, вытекает из особенностей концессионного договора и, в частности, из-за его долгосрочного характера. Он, как продолжительный проект, должен обеспечивать как развитие инфраструктур, так и возврат сделанных инвестиций и обеспечить определенную прибыль. Следовательно, вполне естественно, что срок действия договора может длиться несколько десятилетий. Вместе с этим возможность продления срока на неопределенное время не только не принята, но и не вытекает из сущности концессионных правоотношений. Это связано с тем, что концессионный проект исполняется на основе конкретных проектов и графиков, в которых четко определено, в какие сроки должно быть выполнено и закончено создание и/или реконструкция инфраструктур, объем предполагаемых услуг и производимых товаров, а также срок возвращения предмета договора собственнику. Все эти действия конкретны в свои сроки, и

¹¹⁷ См. Свистунов П., Концессионный механизм привлечения инвестиций в предприятия городской инженерной инфраструктуры http://www.urbaneeconomics.ru/texts.php?folder_id=92&mat_id=73&page_id=812

без ясного их определения в договоре невозможно конкретизировать все эти условия. Между тем, все выше указанные положения имеют существенное значение для концессионного договора. В случае отсутствия данных норм, в первую очередь, невозможно будет охарактеризовать невыполнение работ со стороны концессионера как невыполнение или ненадлежащее выполнение договора. Следовательно, утверждение о наличии или отсутствии основ для досрочного расторжения договора не будет обоснованным. Более приемлемые сроки – это 30 лет для платных дорог, 15 лет – для области электроэнергетики, от 5 до 30 лет – в сфере гидроэнергетики, а для разработки и удаления твердых отходов – 4 года.

Кодекс РА о недрах представляет некоторое регулирование этого вопроса. Согласно статье 27 данного Кодекса, право недропользования представляется на срочной основе:

1. для геологических исследований не более чем на 3 года, и этот срок может быть продлен в предусмотренном законом порядке;
2. для добычи полезных ископаемых не более чем 50 лет, и этот срок может быть продлен в предусмотренном законом порядке.

Интересно, что для первого случая в Кодексе четко определены сроки продления и, следовательно, максимальный срок действия этих прав. Согласно статье 42, разрешение на геологические исследования может продлиться на 3 последующих срока, каждый раз не более чем на 2 года. Что касается срока разрешения на добычу полезных ископаемых, то, согласно статье 55 данного Кодекса, срок действия может быть продлен не более чем на запрашиваемый срок, отмеченный со стороны заявителя в заявке о продлении срока. Но о длительности периода «запрашиваемого» срока в Кодексе ничего не говорится. Решение этого вопроса остается на рассмотрение правообладателя. По нашему мнению, формулировку <...не более чем на запрашиваемый срок> можно трактовать следующим образом: правомоченный орган имеет право продлить срок действия разрешения на более малый срок, чем было отмечено в заявке, но не может предоставить более длительный срок действия разрешения. Мы считаем, что было бы более логичным, если бы в статье 55 Кодекса также последовательным образом были определены периодичность и максимальный срок продления разрешения.

В договорах, находящихся в центре исследования, определены сроки их действия, и в обоих случаях – это 30 лет. Этот срок может быть продлен в случае концессии железнодорожной системы один раз на 10 лет, а в случае концессии международного

аэропорта «Звартноц» срок продления действия договора не определен. Конечно, такая формулировка в общих чертах соответствует международной практике, т.к. оба договора являются долгосрочными проектами, которые должны обеспечить как развитие соответствующих инфраструктур, так и обеспечение некоторой прибыли, следовательно, вполне нормально, что сроки действия договоров могут составлять несколько десятилетий. Однако, возможность продления срока действия договора на неопределенный срок не только не верна, на наш взгляд, но и не соответствует сущности концессионных правоотношений, т.к. концессии в основном применяются на основе конкретного проекта и ясного графика, где четко зафиксированы сроки завершения создания (реконструкции) конкретного объекта, объем производимых товаров и предоставляемых услуг в течение этого времени, а также срок возвращения имущества собственнику. Все эти действия конкретны по своему сроку выполнения, и на основе договора, заключенного на неопределенный срок, невозможно их конкретизировать, между тем как положения о предполагаемых работах и о возвращении имущества собственнику имеют принципиальное значение для концессионного договора.

В условиях отсутствия таких норм при невыполнении конкретных работ будет невозможным признать обязательства невыполнимыми или выполнимыми ненадлежащим образом со стороны концессионера. Следовательно, при таких условиях досрочное расторжение договора на этой основе не будет обоснованным.

Схема, по которой государственное предприятие передается на концессию.

В настоящее время самой удобной схемой передачи государственного имущества или имущественного комплекса на концессию является та, по которой данное имущество остается государственной или муниципальной собственностью и подлежит управлению со стороны соответствующего уполномоченного органа, а при договоре о построении концессионером нового объекта, та, по которой он сразу переходит в собственность государства. Эти вопросы в заключенных с участием РА договорах имеют определенные решения. Например, в договоре о концессии аэропорта, согласно пункту 13, определена следующая норма: «Управляющий имеет право осуществлять управление имуществом, распоряжаться им и обременять любым способом». Это может вызвать множество проблем на

практике, т.к. концессионер не может владеть правом распоряжения имуществом концедента – это исключительное право собственника. В той же статье закреплено, что в течение действия договора все построенные здания являются собственностью управляющего. Он является собственником также всего движимого имущества, приобретенного в течение срока действия договора. В случае прекращения договора он обязан передать Правительству РА право собственности на все здания и движимое имущество, связанное с авиационной деятельностью. Здесь достоин внимания тот факт, что в течение действия концессионного договора созданное или приобретенное со стороны управляющего-концессионера имущество сперва должно быть оформлено как его собственность и только по окончании срока действия договора должно перейти Правительству-концеденту. Полагаем, что это удобно сделать не на основе какой-либо другой гражданско-правовой сделки, а в конце срока действия данного концессионного договора, т.е. необходимо составить соответственный Протокол и Акт сдачи-приема. Таким образом все имущество с баланса одной организации переходит на баланс другой.

Абсолютно иное решение этого вопроса дается в договоре концессии железнодорожной системы. Он определяет, что концедент является собственником концессионных активов (9-1). Потом он предоставляет концессионеру право на распоряжение концессионных активов, которое можно осуществить исключительно при наличии письменного соглашения концедента. При этом полученная прибыль передается концеденту. Как видим, данный договор об эксплуатации, распоряжении или приобретении нового имущества регулируется более приемлемым способом.

Если рассмотреть вышеупомянутые договоры со стороны известных нам схем эксплуатации предмета концессионного договора, то можем сказать, что в случае концессионного договора в сфере авиации он более похож на схему создание-владение-эксплуатация-передача (BOOT Build-Own-Operate-Transfer), а в случае концессионного договора о железнодорожной системе более близок к схеме создание/реконструкция-владение-эксплуатация (BOO Build-Own-Operate). Во всяком случае, вопросы о распоряжении имуществом концедента, о приобретении нового имущества и передачи его в собственность государства надлежит более тщательному регулированию.

Состав и периодичность предоставления отчетов со стороны концессионера.

Отчеты, которые представляет концессионер, могут быть разного характера с точки зрения их содержания и периодичности их представления. Например, они могут быть годовыми, техническими, финансовыми, о доходах и потерях и т.д.

Критерий, на основе которых оценивается деятельность концессионера.

В этот критерий должны быть включены те показатели, которые концессионер должен обеспечить в процессе своей деятельности, например, качество и непрерывность оказываемых услуг, обеспечение технического состояния эксплуатируемого объекта и т.д. Также может быть включен порядок досрочного расторжения договора в случае необеспечения одного из этих требований.

Права и обязанности сторон после окончания срока действия договора.

Стороны обязаны согласовать условия передачи предприятия после окончания срока действия договора. Например, по окончании срока концессионного договора концессионер обязан передать уполномоченному государственному органу все инфраструктуры, сооружения и оборудование, составляющие часть имущественного комплекса, являющегося предметом договора, в рабочем состоянии и на безвозмездной основе, в том числе и те, развитие которых происходило на основе финансирования концессионером.

Если они не полностью амортизированы, то концедент может компенсировать затраты в размере, который определяется на основе стоимости амортизации, конечно, в случае, если это предусмотрено договором.

Что касается тех концессионных договоров, предметом которых является делегированная деятельность концедента, то в них кроме существенных условий о предмете, цене, сроке, отчетах и критериях оценки деятельности концессионера, должны быть определены также **платежи за услуги предоставляемые со стороны концессионера.** В международной практике организация-концессионер оказывает услуги по тарифам, состоящих из двух частей:

- фиксированная плата, которая выплачивается в течение всего срока договора, должна составить такую сумму, которая соответствует осуществленным капитальным инвестициям;
- плата за оказываемые услуги, которые включают себестоимость и предусмотренные договором дополнительные платежи.

Основная задача заключается в обеспечении финансовой привлекательности инвестиций и в то же время в защите общественных (публичных) интересов. В том случае, когда

государство ставит перед собой задачу обеспечения защиты интересов потребителей, оно может не взыскивать с концессионера дополнительных плат и заключить договор, определяя допустимые тарифы, которые могут быть предусмотрены для потребителей. В этом случае для обеспечения нужных объемов оказываемых услуг необходимо определить хотя бы минимальные стандарты, а также порядок и случаи изменения тарифов со стороны концессионера.

Должны быть четко определены также качество оказываемых услуг, их целенаправленность и все те условия, которые концессионер должен обеспечить при делегированном исполнении конкретных полномочий или деятельности, достигая того результата, который можно было ожидать в том случае, если оказание услуг осуществлялось лично со стороны концедента.

Часто как существенные условия закрепляются положения о возможных изменениях законодательства, также нормы о прекращении действия договора в том случае, когда одна из сторон не в силах осуществлять свои обязанности, положения, которые дают возможность определить несостоятельность сторон выполнять свои обязанности, нормы о мероприятиях по исправлению данных обстоятельств, а также тот период, в течение которого можно предоставить сторонам возможность поправить положение несостоятельности выполнения своих обязательств.

Глава 3. Особенности заключения, исполнения и прекращения концессионного договора

§ 1. Особенности передачи имущества на концессионной основе

Исследуя концессионный договор, его нужно рассматривать, во первых, как систему, дающую возможность организовать эксплуатацию сложного имущества или имущественного комплекса, которое невозможно или неэффективно использовать на конкурсных основах в связи с монопольным статусом данного имущества или законодательных ограничений. Во вторых, договор также является средством осуществления той государственной монопольной деятельности, которая нуждается в вовлечении частного субъекта, с точки зрения и финансового, и организационного участия. В то же время, с помощью этого механизма становится возможным обеспечение длительных гарантий для возврата инвестиций, сделанных инвестором в экономику конкретной страны. На практике, до того как заключить концессионный договор и предоставлять привилегии конкретному концессионеру, должны быть созданы эффективные механизмы для выбора последнего. Эти механизмы должны обеспечить наиболее объективный выбор инвестора, основываясь не только на объем предлагаемых инвестиций, но и на реальные возможности развития конкретной сферы экономики, т.к. основная и первостепенная цель заключения концессионного договора это обеспечение развития инфраструктур с помощью инвестиций, исходя из необходимости удовлетворения интересов общества и государства.

В международной практике известны три порядка выбора концессионера – открытый конкурс, закрытый конкурс и переговоры¹¹⁸. Если в случае открытого конкурса, на приглашение об участии в выборочном процессе может отозваться неограниченное количество субъектов, то в случае закрытого конкурса заявку на участие в конкурсе могут предъявить только конкретные организации, те, которые соответствуют определенным критериям. Что касается переговоров, то в этом случае, в отличие от конкурса, не определяется строгий избирательный процесс, заказчик просто приглашает представителей

¹¹⁸ См. Русинова А., Порядок и принципы выбора концессионера: Европейский опыт и российский закон // Налоги (газета), 2006, № 26.

конкретных организаций для обсуждения условий проекта договора. Таким образом, можно сказать, что на практике для заключения концессионного договора применяются переговоры и два вида конкурсных процессов со своими разновидностями. Передача имущества государственной собственности частному субъекту на основе концессионного договора довольно сложный процесс, начиная с вопросов подготовительного и организационного характера до заключения договора и передачи соответствующих функций или объектов частному субъекту.

В связи с этим предельно ясными должны быть все те критерии, на основе которых можно будет выбрать один конкретный объект из числа всего состава недвижимого имущества государственной или муниципальной собственности, который подлежит передаче на концессионное управление. По этому поводу С.А. Сосна предлагает два основных критерия:

1. предметом концессионного договора может быть только то имущество государственной или муниципальной собственности, которое удовлетворяет конкретным требованиям;
2. наличие экономического и социального обоснования выбора конкретного имущества.

Необходимо отметить, что определение последнего требования по сравнению с первым – более сложный процесс, однако, исследование обоих критериев имеет довольно важное значение. Таким образом, предметом концессионного договора могут быть только те объекты недвижимого имущества государственной собственности, которые соответствуют следующим требованиям:

- эти объекты не включены в список тех, которые подлежат приватизации на основе соответствующего закона;
- они являются объектами, изъятыми из гражданского оборота или ограниченно оборотоспособными;
- использование данного имущества на концессионной основе не противоречит конституционному строю, правам и законным интересам других лиц, обороне и безопасности государства¹¹⁹.

¹¹⁹ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 223.

Во-первых, считаем необходимым обсудить особенно два из вышеуказанных условий. По нашему мнению, сложно однозначно утверждать, что объекты, включенные в закон о приватизации государственной собственности, не могут быть предметом концессионного договора, т.к. нельзя исключить возможность того, что их включение в данный список было обусловлено следующими факторами:

- их инфраструктурным значением;
- неспособностью государства обеспечить их эффективную эксплуатацию;
- перспективами привлечения инвестиций;
- нецелесообразностью или невозможностью применения другой конструкции.

Мы считаем возможным разрешение передачи частному субъекту конкретного имущества, включенного в указанный закон на основе концессионного договора при наличии социального и экономического обоснования данного решения. При этом хотим отметить, что этот механизм более приемлем для тех стран, в которых раньше не было единого закона в области регулирования концессионных отношений, и появление такого нового законодательного явления привело к подобным проблемам. Иначе говоря, в тех странах, где имущество государственной собственности было включено в список имущества подлежащего приватизации до принятия закона о концессионных договорах, целесообразно определять более гибкие возможности уточнения этих списков и их пересмотра, чем в тех странах, где эти списки были составлены при наличии альтернативного института наряду с институтом приватизации, и там, где ответственные органы все-таки решили отчуждать их.

Следующее положение, которое нуждается в обсуждении, – это то, согласно которому, по мнению С.А. Сосны, для предмета концессионного договора обязателен признак изъятия из гражданского оборота или ограниченная оборотоспособность. Но мы вновь считаем необходимым отметить, что предметом концессионного договора может быть только то имущество, которое является исключительной государственной собственностью, а если считать допустимым хотя и ограниченную, но все-таки оборотоспособность данного имущества, то однозначно будет нарушен признак исключительности, что может привести к неправильному представлению о предмете концессионного договора. Следовательно, можем утверждать, что для того чтобы конкретное имущество могло стать предметом концессионного договора, оно должно быть исключительной государственной собственностью и быть полностью изъятим из оборота. Что касается второго критерия, т.е.

социально-экономической обоснованности выбора объекта концессионного проекта, то с его помощью из многочисленного имущества, соответствующего первому критерию, выбирается тот конкретный объект, который подлежит передаче частному лицу на управление и которое, по мнению собственника, до этого использовалось неэффективно, или недостаточно эффективно, или не использовалось вовсе.

Интересен также тот факт, что несмотря на то, что повышение эффективности использования государственной/муниципальной собственности является основной целью концессионного механизма, понятие «эффективность» может по-разному трактоваться как концессионером, так и концедентом. Для первого – это обеспечение максимального дохода вследствие эксплуатации предмета концессионного договора, а для концедента, помимо этого важны социальные цели договора, публичный интерес, благополучие общества и обеспечение социальной функции имущества. Последняя категория довольно распространена в доктрине западного конституционного права и проявляется в формуле «собственность обязывает».

В современных конституциях и законодательствах она применяется в тех положениях, согласно которым имущество должно использоваться во благо всего общества, несмотря на то, кому оно принадлежит¹²⁰. Имея ввиду важность данного вопроса и обеспечение основной цели договора – развитие инфраструктур, нужно обеспечить единство в разработке социально-экономических критериев и четко определить, при наличии каких критериев можно будет обосновать необходимость и целенаправленность эксплуатации конкретного имущества. Конечно, эти критерии должны быть законодательно закреплены и для разных концессионных проектов может быть необходима разная совокупность. Но эти расчеты еще не являются социально-экономическим обоснованием. Оно составляется позднее со стороны участников уже объявленного конкурса и в своей основе имеет указанные выше предварительные расчеты концедента. Поэтому основные показатели данного обоснования, в частности, цена проекта, объем производимого товара или оказываемых услуг, срок действия договора, выплаты за пользование землей и иными природными ресурсами, а также возможная социальная нагрузка концессионера, должны быть выражены в условиях конкурса, как критерии последнего.

¹²⁰ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 224.

Важным этапом преддоговорных отношений является проведение конкурса. Порядок выбора концессионера должен быть закреплен соответствующим законом, как общее правило, из которого могут быть исключения только в случаях, предусмотренных законом.

Для разработки наиболее эффективного порядка выбора контрагента для заключения концессионного договора будет полезным обратиться к праву Евросоюза. В большинстве стран-членов Евросоюза процесс заключения концессионных договоров регулируется законодательством о договорах, о поставке товаров, выполнении работ и оказании услуг для государственных (муниципальных) нужд. При этом все внутигосударственные законодательные акты стран-членов ЕС, регулирующие эти вопросы, базируются на специальных директивах ЕС, в частности, на Директиве 2004/18/ЕС от 31 марта 2004 года «О координации процесса выдачи публичных строительных подрядов, поставок для общественных нужд, подрядов на оказание публичных услуг», а также на Директиве 2004/17/ЕС от 31 марта 2004 года «О координировании выдачи подрядов заказчиком в сферах водно-, энерго- и транспортного снабжения, а также почтовой службы»¹²¹. Следует отметить, что правила, установленные данными Директивами, применимы к процедуре размещения государственных контрактов, в том числе, и концессионных соглашений, только тогда, когда эти контракты отвечают следующим критериям:

- ✓ контракт должен достигать определенной «пороговой» стоимости (в зависимости от сферы, в которой заключается контракт, его стоимость должна составлять от 200 тыс. евро до 5 млн евро);
- ✓ концедентами выступают так называемые публичные заказчики, т.е. государство, муниципалитет, а также корпорации или учреждения публичного права «функциональные заказчики», т.е. юридические лица, занимающиеся в общественных интересах деятельностью некоммерческого характера, финансируемые или управляемые публичными образованиями, а также так называемые секторные заказчики, компании, занятые в сфере водо- и энергоснабжения, общественного транспорта или телекоммуникаций.

¹²¹ См. <http://www.europarl.europa.eu/portal/en>

Следовательно, если заключаемый контракт соответствует данным требованиям, то на процедуру его заключения распространяются как требования, установленные в соответствующих Директивах ЕС, так и все нормы Договора о создании ЕС, а также общие принципы, выработанные в практике Европейского Суда. Это касается, в первую очередь, тех положений Договора о создании ЕС, которые запрещают всякую дискриминацию на основании гражданства/подданства, страны происхождения, а также норм, устанавливающих свободный оборот товаров, услуг, свободу места жительства, а также соответствующие исключения из правил.

К принципам, которые были выработаны в практике Европейского Суда, подлежащим обязательному применению в процессе выбора концессионера, относятся:

1. запрет дискриминации участников конкурса «принцип равного обращения»;
2. принцип прозрачности;
3. принцип соразмерности.

Решение о проведении конкурса для заключения концессионного договора принимает концедент. После принятия данного решения, вовлекая средства массовой информации, публикуется соответствующее объявление и утверждается пакет приглашения, в который должны быть включены требования к участникам конкурса и его критерии. Как таковыми, могут выступать сроки создания или реконструкции соответствующих объектов, его ожидаемые технико-экономические показатели, объемы производства товаров или оказываемых услуг, размер концессионной платы и т.д. Это означает, что в конкурсной документации должны фиксироваться все те положения, требования и критерии, которые в дальнейшем будут выступать в роли существенных условий договора. Иначе говоря, соглашение о существенных условиях составляются сторонами в процессе организации конкурса, когда концедент объявляет те критерии, которым должен соответствовать контрагент, а потенциальный контрагент, предъявляя заявку на участие, дает свое согласие относительно заявленных критериев. На практике это означает, что этап согласования существенных условий договора сторонами, во временном смысле перенесен на более ранний этап переговоров, когда все соображения о договоре находятся на теоретическом и организационном уровне.

В принципе, заключение и исполнение концессионного договора можно рассматривать как систему организационных отношений, которая находит свое отражение в соответствующих юридических процессах¹²².

Элементами юридического процесса заключения концессионного договора считаются:

1. принятие решения о заключении концессионного договора и процесс информирования об этом потенциальных концессионеров,
2. процесс проведения конкурса для заключения концессионного договора,
3. процесс заключения концессионного договора на основе результатов конкурса,
4. процесс признания договора заключенным.

При этом можно отметить, что процесс проведения конкурса в свою очередь подразумевает наличие нескольких этапов: он начинается публикацией объявления о проведении конкурса, после следует представление заявок на участие в конкурсе, предварительный отбор участников, представление, рассмотрение и оценка конкурсных предложений, определение победителя конкурса и, наконец, уведомление о результатах конкурса всех участников. По окончании всего процесса с победителем конкурса заключается концессионный договор.

Для проведения конкурса концедент создает конкурсную комиссию, в которой, по нашему мнению, во всех случаях должны быть включены специалисты с финансовым, экономическим, юридическим образованием, а также такие специалисты, знание и образование которых сделает возможным рассмотрение и оценку заявки конкурса, исходя из особенностей конкретных объектов. Конкурсная комиссия осуществляет все организационные функции. После проведения конкурса концедент отправляет проект договора победившему участнику, который должен соответствовать положениям заявки, победившей в конкурсе. Победителю предоставляется некоторое время для подписания этого договора. При этом сроки отправки проекта договора победителю и его подписание победителем должны быть определены законом. Достоин внимания и тот факт, что положения концессионного договора должны соответствовать и решению концедента, и положениям предложений, представленных концессионером.

¹²²См. Савинова О.Н., Концессионные соглашения: правовое регулирование. Автореферат диссертации, М., 2006, с. 21.

На практике подписание проекта концессионного договора – это и право, и обязанность победившего участника. Это отражается в том, что он не может необоснованным способом отказаться подписывать договор (или должен выплатить соответствующий штраф, если такое произойдет) и вместе с этим он имеет право обратиться в суд с иском об обязывании другой стороны, в данном случае, концедента, на подписание договора, когда он отклоняется от этого. Вместе с этим, он не имеет право вести переговоры с целью изменения пунктов договора. При несогласии он может только отказаться подписывать договор, и в этом случае, по решению комиссии, проект будет отправлен участнику, занявшему следующее место. Иногда специалисты считают спорным целесообразность наличия этих ограничений и запретов и предлагают все-таки предоставить предложившему самые благоприятные условия и занявшему первое место участнику право вести переговоры. Они считают, что этот вариант предпочтительнее заключения договора с участником, занявшим второе место¹²³.

По нашему мнению, при таком подходе нарушаются конкурсные основы выбора концессионера, т.к. в этом случае предоставление уже победившему участнику права на дополнительные переговоры и, следовательно, на изменения условий своего предложения после конкурса, не соответствует принципам равноправности сторон, исключения дискриминации и объективности. Если концедент сталкивается с такой ситуацией, когда победивший участник отказывается подписать договор, то он должен обратиться к следующему участнику, который представил соответственное конкурсное предложение, а если такого участника нет, то концедент должен объявить конкурс несостоявшимся.

Что касается отказа от подписания договора победившей в конкурсе стороной, то в этом случае она должна выплатить соответствующий штраф, если отказ не обоснован, или же иметь право на уточнение условий договора, если его возражения связаны с тем фактом, что некоторые положения договора не соответствуют положениям конкурсного предложения, объявлению о конкурсе, а также положениям заявки, представленной концессионером победившим в конкурсе. В отечественном законодательстве порядок, сроки и условия конкурсного заключения концессионного договора определены только в решении Правительства РА «О подтверждении порядка передачи прав пользования водными

¹²³См. Исмагилова А.А., Концессионное соглашение в системе гражданско-правовых договоров <http://lawfirm.ru/article/print.php?id=520> , 06.02.2009.

системами государственной собственности по концессионному договору» № 245-Н от 30 января 2003 года. В Кодексе о недрах РА основой для выдачи разрешения на пользование считается заявка претендующей на это организации, а другие законы и подзаконные акты об этом молчат.

Несмотря на то, что конкурсный отбор концессионера считается наиболее справедливым и объективным способом, он, на наш взгляд, тоже имеет некоторые недостатки. Во-первых, организация и проведение конкурса обходятся довольно дорого, при этом концедент тратит большие суммы на предварительные исследования и подготовку проекта до объявления конкурса. Иногда конкурсный механизм изначально делает невозможным исполнение некоторых концессионных проектов. Поэтому в некоторых странах не исключается возможность заключения концессионного договора на основе прямых переговоров. При этом стороны не ограничены жесткими процессуальными правилами, довольно свободны в выборе альтернативных, даже экспериментальных методов для регулирования своих взаимоотношений, а также в вопросах изменения или поправки своих предложений. Вследствие всего этого становится возможным разработка более привлекательных проектов. Кроме этого, иногда некоторые крупные концессионные проекты имеют только одного реального претендента, или же для некоторых проектов конкурсный метод может быть слишком длительным, тогда как концедент не сможет предоставить столько времени, исходя из особенностей данной инфраструктуры. Например, на Филиппинах, в области энергетики, инвестиционное соглашение по схеме строительство-эксплуатация-передача (BOT) было заключено без конкурса тогда, когда стране грозил острый дефицит электроэнергии¹²⁴.

В международной практике встречаются случаи, когда вместо конкурса законодательством разрешается проведение прямых переговоров:

1. если существует неотложная необходимость обеспечения непрерывности публичных служб или проведение конкурса неэффективно по другому обоснованному поводу;
2. в случаях краткосрочных проектов, когда предполагаемый объем инвестиций не превышает предусмотренный законом размер;

¹²⁴ См. Kleiner M., Infrastructure Concessions-to action or not to action. Public policy for the private sector, N 159, November, 1998.

3. в том случае, когда концессии относятся к сферам национальной безопасности и государственной обороны;
4. в том случае, когда только одна организация может выполнить требуемые работы или оказывать соответствующие услуги в связи с наличием у него запатентованных технологий или исключительного ноу-хау;
5. в том случае, когда при предварительном выборе не было представлено ни одной заявки или ни одна из представленных не соответствовала требованиям конкурса.

Иногда заключение концессионного договора рассматривается как «проведенное не в конкурсном порядке» в том случае, когда конкурсной комиссии представлены менее двух заявок, или же когда требованиям конкурса соответствует меньше, чем два из представленных предложений. В таком случае концедент принимает во внимание только одну заявку и, если она соответствует требованиям конкурса, может признать заявителя победителем и предложить ему заключить концессионный договор. Но это отнюдь не означает, что концессионный договор заключается не в конкурсном порядке, т.к. изначально условия и порядок участия были конкурсными, и только факт малочисленности участников или же соответствие условиям приглашения, только одной заявки не достаточны для изменения сущности этого процесса.

Во всяком случае, порядок прямых переговоров должен быть организован таким образом, чтобы по возможности исключить неоправданные запреты конкуренции и обеспечить такие возможности, на основе которых стороны смогут оспаривать решение заказчика о проведении прямых переговоров вместо конкурса. На практике положительные и эффективные стороны прямых переговоров могут быть выявлены только в том случае, когда они будут организовываться по принципам справедливости, непредвзятости и прозрачности.

В РА при отсутствии единого законодательного акта, направленного на регулирование концессионных отношений, порядок заключения договора, во-первых, основывается на положениях ГК РА («Общие положения о заключении договора», статьи 463-465). Последовательное регулирование данного процесса должно обеспечиваться базовым законом страны о концессионном договоре, который в настоящее время не существует в РА. Естественно, что в РА, как и во многих других странах мира, процесс заключения концессионного договора может быть разным в связи с особенностями предмета концессионного договора или конкретных инфраструктур.

§ 2. Прекращение концессионного договора: защита прав сторон

Учитывая то, что концессионные договоры в основном заключаются для удовлетворения наиболее важных и принципиальных государственных и общественных нужд, можно с уверенностью утверждать, что их стабильность, неизменное сохранение условий договора и обеспечение его действия до окончания срока – основные гарантии для решения задач, поставленных перед этой конструкцией.

Вместе с тем, нельзя исключить возможность наличия таких обстоятельств, которые делают необходимым изменение условий договора или же его прекращение. В научной литературе по поводу изменения договоров, целесообразности или основ этих изменений, разногласия не встречаются. Однако есть и такие мнения, согласно которым изменение договора нужно отличать от изменений обязательств. Конечно, сами договоры тоже направлены на регулирование конкретных обязательственных отношений, но вместе с этим, изменение одного из них может привести не к изменению, а к прекращению действия другого. Так, в монографии «Обязательственное право» О.С. Иоффе высказывает точку зрения, согласно которой в том случае, когда речь идет об изменении договора, должна предполагаться ситуация, когда происходит изменение пунктов договора при условии, что стороны договора остаются прежними. В этом случае мы имеем дело с внутренним изменением договора, который происходит в рамках изначально сформированных договорных правоотношений. При этом гражданскому законодательству известна еще одна, также традиционная, форма изменения договора. Это тот случай, когда договор сохраняется в своем изначальном содержании, но меняются стороны. Это означает, что происходит внешнее изменение договора. Продолжая эти рассуждения, О.С. Иоффе приходит к заключению, что при изменении субъектов сохраняется тот же вид обязательства, но между другими лицами, тогда как при замене одного обязательства другим (изменение условий договора) между теми же самыми субъектами прежний вид обязательственных связей исчезает и появляется новый. Следовательно, в первом случае речь должна идти об изменении, и только во втором – о прекращении обязательства¹²⁵.

¹²⁵ См. Иоффе О.С., Обязательственное право, М., 1975, с. 184.

Тем не менее, очевидно, что изменение или расторжение концессионного договора представляет собой отдельные юридические процессы, вследствие которых концессионный договор либо просто меняется, либо вообще прекращает существовать. Особенности изменения положений концессионного договора обусловлены, в первую очередь, порядком его заключения, из которого он вытекает, тем, что даже в дальнейшем стороны не могут изменить те пункты, которые вытекают из условий конкурса и подлежат обязательному закреплению в заключаемом договоре. Эта норма должна найти свое отражение в соответствующем законе. В остальных случаях, если исходить от той презумпции, что концессионный договор – полноценная гражданско-правовая сделка, то можем говорить о возможностях его изменения или прекращения в порядке и в случаях, предусмотренных в статьях 466 и 467 ГК РФ.

Кроме этого, отраслевыми законами должны быть предусмотрены дополнительные гарантии, направленные на уравнивание имущественных интересов участников концессионного договора при неблагоприятных изменениях законодательства. При этом некоторые ученые (например, О.Н. Савинова) полагают, что в том случае, когда речь идет об инфраструктурных концессиях, задачей которых является удовлетворение публичных интересов, традиционно данный публичный интерес стоит выше, чем частный интерес конкретного концессионера¹²⁶. Поэтому и достойна внимания та ситуация, когда для концедента возникает необходимость изменить условия договора в одностороннем порядке или прекратить его, исходя из общественной необходимости, оценивая данную ситуацию как частное проявление существенного изменения обстоятельств. При этом данный подход в доктринальных источниках довольно распространен, и об этом положительно высказываются многие авторы. Например, В.Г. Варнавский¹²⁷ считает, что публичный интерес во всех случаях выше, чем интерес частного лица, следовательно, он также выше, чем нормы концессионного договора, имеющего гражданско-правовой характер. Это означает, что если реальное функционирование концессионного объекта входит в противоречие с публичным интересом, то концедент имеет право в одностороннем порядке и без согласия концессионера изменить положения концессионного договора и требовать от

¹²⁶ См. Савинова О.Н., К вопросу об изменении и прекращении концессионного соглашения // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. Юридический журнал. – М.: «ИК-Пресс», 2006, № 4, с. 354-356.

¹²⁷ См. Варнавский В.Г., Клименко А.В., Королев В.А., Государственно-частное партнерство: теория и практика, М., ГУ-ВШЭ, 2010.

концессионера их обязательного выполнения. Такое право концедента предусмотрено в законодательствах многих иностранных государств. Например, в концессионном законе Коста-Рики от 1998 года зафиксировано, что изменение или прекращение концессионного договора происходит при наличии факторов, относящихся к публичным интересам, а в Молдове в соответствующем законе определяется, что концедент в одностороннем порядке может изменить условия концессионного договора, если появились такие обстоятельства, которые существенно отличаются от тех обстоятельств, которые имелись ввиду при заключении концессионного начального договора. Предполагается, что на практике изменения условий концессионного договора по инициативе концедента должны происходить довольно прозрачным образом, не ставя при этом под угрозу собственные интересы в вопросе эффективного исполнения концессионного договора.

Содержание вышеупомянутого процесса составляют следующие действия сторон:

1. обеспечение наличия экономической оценки некоторых условий концессионного договора, как не удовлетворяющих публичным интересам: например, если в данной области замечается снижение экономического роста или зарплаты или платежеспособности населения, данные факторы могут свидетельствовать о не целесообразности применения концессионного договора;

2. обеспечение наличия экономико-юридического обоснования необходимости изменения соответственных условий, которые должны быть предоставлены концессионеру не позднее, чем в срок определенный законом; при этом указанные сроки тоже должны быть экономически обоснованными. Наиболее оптимальным может быть определение такого срока, который даст концессионеру возможность оценить экономически измененную обстановку, подготовить программу изменений в рабочем проекте организации, эксплуатируемой на концессионной основе, разработать новые тарифы, которые соответствовали бы публичным интересам, и рассмотреть иные положения договора, которые нуждаются в изменениях, если они еще не представлены концедентом, а также надлежащим образом известить об ожидаемых изменениях лиц, заинтересованных в дальнейшей деятельности предприятия;

3. проведение соответствующих изменений непосредственно в тексте концессионного договора или составление отдельного соглашения, которое станет неотъемлемой частью основного договора;

4. определить сроки и порядок возмещения убытков, причиненных концессионеру, вследствие одностороннего изменения условий концессионного договора со стороны концедента.

Объем этих убытков, в том числе и упущенная выгода, определяется со стороны концессионера и представляется концеденту. Последний не позднее чем в определенный законом срок обязан оплатить концессионеру требуемую сумму. Эти сроки могут быть разными для разных видов концессионной деятельности в конкретных сферах. Они могут быть определены по взаимному согласию сторон, имея в виду обоюдно важные экономические интересы. И, несмотря на то, что ученые, например О.Н. Савинова¹²⁸, при публичной необходимости в основу изменения концессионного договора или его прекращения ставят гражданско-правовые принципы, все равно право концессионера на возмещение убытков, которое возникает при изменении или прекращении концессионного договора, должно быть гарантировано и подчинено дополнительному нормативному регулированию.

Под понятием публичной необходимости подразумеваются те социально оцениваемые интересы общества, для удовлетворения которых и был заключен данный концессионный договор. Нужно подчеркнуть, что в том случае, когда концессионер не согласен с решением концедента об изменении условий концессионного договора или о его прекращении, он может в основу оспаривания этих действий ставить именно обоснование данной инициативы, т.е. наличие публичного интереса, из которого вытекало данное решение концедента. В том случае, когда суд решит, что не существует соответствующего публичного интереса, или он не достаточно существенен, то он может удовлетворить требование концессионера и отказать концеденту в просьбе об изменении условий концессионного договора или о его прекращении. Вместе с этим суд может обязать концедента возместить все те затраты, которые он сделал до вынесения судом данного решения для обеспечения исполнения концессионного договора по новым, измененным условиям.

¹²⁸ См. Савинова О.Н., Концессионное соглашение: правовое регулирование. Автореферат диссертации, М., 2006, с. 21.

Во всяком случае, при реализации со стороны концедента права на изменение условий концессионного договора или его прекращения в целях защиты публичных интересов, должно быть обеспечено также удовлетворение имущественных прав сторон. Сторонником закрепления данного принципа в законодательстве является большинство современных ученых – С.А. Сосна, В.Г. Варнавский, Ю.В. Зворыкина и т.д.

Нельзя забывать также о том, что кроме защиты прав концедента и концессионера, очень важна и защита публичных интересов, т.к. изменение условий концессионного договора или его расторжение по двустороннему согласию содержит в себе опасность нарушения этих интересов. Вообще, в вопросе о прекращении концессионного договора законодательства зарубежных стран и судебная практика довольно либеральны и разрешают каждой из сторон в любой момент расторгнуть договоры при условии, что другая сторона не возражает¹²⁹. Именно исходя из особенностей концессионного договора и его функции удовлетворения публичных интересов и делаются некоторые исключения. В вышеупомянутой ситуации, например, в деле защиты прав заинтересованного общества единственное разумное решение – это реализация права на обращение в суд. В этом случае суд должен выяснить, как и насколько нарушаются интересы общества, а обязанность предоставления доказательств этих факторов лежит на стороне, обратившейся в суд. Если в течение судебного разбирательства суд приходит к заключению, что при исполнении договора с существующими условиями уравниванию имущественных претензий и интересов сторон ничего не грозит, то он может расценить действия сторон, направленные на расторжение договора, как противоречащие интересам общества и может обязать их продолжить исполнение своих договорных обязательств.

Концессионный договор может прекратить действие также в том случае, когда концедент «выкупает» предоставленное концессионеру право и возмещает ему убытки и/или упущенную выгоду. Этот процесс возможен только при согласии концессионера. Похожая норма закреплена в Решении Правительства РА «Об утверждении порядка передачи по концессионному договору правопользования водными системами государственной собственности» № 245-Н, согласно которому концессионный договор может быть прекращен по соглашению сторон, в том числе и в том случае, когда государство до окончания срока

¹²⁹ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 241.

действия договора с согласия инвестора выкупает все договорные права, принадлежащие инвестору, при этом возмещая все его затраты, в том числе и упущенную выгоду (раздел 5, часть 34). Согласно статье 13 Закона РФ «О концессионных соглашениях», предусмотрены следующие основы прекращения концессионного договора:

1. истечение срока действия договора;
2. соглашение сторон;
3. досрочное расторжение договора на основе судебного акта. При этом основой для расторжения концессионного договора в судебном порядке может служить либо существенное нарушение условий договора, либо существенное изменение¹³⁰ тех обстоятельств, от которых исходили стороны при заключении договора.

По нашему мнению, имея в виду особенности концессионного договора и в частности специфический порядок его заключения, можно определить еще одно основание для досрочного прекращения договора, которое несвойственно другим гражданско-правовым договорам. Речь идет о прекращении договора в том случае, когда выясняется, что существуют предпосылки для признания недействительным решение комиссии о признании концессионера победителем в конкурсе, например, предоставление неверной информации со стороны участника и другие схожие основания. В этом случае основанием для расторжения договора служит признание недействительным Решение Правительства о заключении концессионного договора с победившим в конкурсе участником. Это означает, что в основу расторжения концессионного договора ставится административный акт, который в совокупности с другими (в основном гражданско-правовыми) юридическими фактами приводит к прекращению концессионного договора. При этом можно говорить о возмещении убытков, причиненных концеденту со стороны концессионера. В связи с этим, можно также предложить следующий подход: если основания для расторжения договора выявляются в течение того срока, когда концессионер еще не осуществил инвестиции и не

¹³⁰ Изменение обстоятельств считается существенным в том случае, когда одновременно имеют место следующие четыре условия: 1. при заключении договора стороны исходили из той презумпции, что такие изменения не произойдут; 2. причины возникновения этих обстоятельств не могут быть преодолены заинтересованными субъектами; 3. при исполнении договора в новых обстоятельствах, без изменения его условий, нарушится соотношение интересов сторон, и заинтересованная сторона в значительной мере лишится того, на что могла претендовать при заключении договора; 4. из традиций делового оборота или из сущности договора не вытекает, что риск от изменения условий несет заинтересованная сторона. См. статья 467 ГК РФ.

начал работы по созданию или реконструкции, то он должен возместить затраты концедента по организации конкурса. А если вышеупомянутые основания выявляются позднее, т.е. когда концессионер уже осуществил инвестиции некоторого объема и соответствующие работы, то после расторжения договора фактически осуществленные инвестиции не возвращаются ему, и это, по сущности, является тем штрафом, который платит контрагент, вводящий в заблуждение государство-контрагента, представив ему ложную информацию. Во всяком случае, при досрочном расторжении концессионного договора по вине концессионера он должен восстановить и привести в прежний вид окружающую среду переданного ему имущества, если это возможно, или возместить тот ущерб, который он причинил, в том случае, когда в течение действия договора он осуществил демонтажные работы и не успел восстановить данное имущество и его окружающую среду. В этом и при любом другом случае досрочного расторжения концессионного договора наиболее проблематичным является вопрос о дальнейшей судьбе той сферы, для развития которой осуществлялся процесс заключения концессионного договора. Возможны такие ситуации, когда с момента досрочного расторжения договора до заключения нового данная сфера может фактически парализоваться, и на практике может быть причинен вред не только и не столько имущественным интересам сторон, сколько перспективам возможного развития инфраструктур или других сфер публичного или общественного значения.

Поэтому независимо от оснований досрочного расторжения концессионного договора, необходимо до начала данного процесса очертить пути дальнейшего функционирования и эксплуатации предмета концессионного договора. Выходом из данной ситуации может стать, например, ведение переговоров с новыми контрагентами параллельно с процессом расторжения концессионного договора. При этом, в зависимости от срока действия расторгаемого договора, это могут быть как мероприятия, направленные на организацию нового конкурса, так и на заключение нового договора без конкурса на основе прямых переговоров. Последний механизм может быть более приемлемым в том случае, когда концессионер выполнил основную часть своих обязательств, и большая часть его срока уже истекла.

Во всяком случае, на какой бы основе ни расторгался договор концессии, необходимо обратить внимание на те гарантии, в силу которых можно обеспечить защиту прав и интересов сторон, т.к. прекращение договора без переоформления в другое обязательство,

содержание которого составляет ответственность нарушившего обязательства стороны, возможно только в том случае, когда невозможность выполнения договора возникла не по вине сторон, а по причине непреодолимой силы¹³¹.

Тот факт, что нынче концессионный договор принимается в основном как гражданско-правовая сделка, предполагает, что расширенное применение гражданско-правовых конструкций, само по себе, является гарантией для концессионера, защищая его от односторонних решений концедента и обеспечивая, по сути, одинаковый статус для них. Но только этого недостаточно для того, чтобы считать, что имущественные права концессионера полноценно защищены в отношениях с государственным заказчиком. По нашему мнению, кроме гражданско-правовых гарантий в базовом законе, регулирующем концессионные отношения, должны быть зафиксированы более подробные и конкретные гарантии.

При этом перечень государственных гарантий должен быть подробным и полноценным и не должен ограничиваться определением «концедент обязуется возмещать концессионеру убытки, причиненные действиями или бездействием государственных органов». Необходимо, на наш взгляд, законодательно закрепить положения о личной ответственности (гражданской, административной или уголовной) для тех случаев, когда концедент не принимает необходимые меры для того, чтобы предотвратить нарушение имущественных прав концессионера или способствует этому.

Законодательно должны быть закреплены также несколько процессуальных положений, в частности, определены те сроки, в течение которых должны быть исследованы соответствующие документы; необходимо сосредоточить все процессы, связанные с концессионной конструкцией, в одном государственном органе, – это так называемый принцип «одного окна», чтобы избавить концессионера от необходимости общаться с многочисленными органами лицензионного или контрольного характера, определить дозволимое число и периодичность проведения проверок со стороны концедента. В течение действия концессионного договора, а также при его изменении или прекращении, нужно помнить, что права и интересы сторон подлежат защите, а соответствующие гарантии

¹³¹ См. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, книга первая, общие положения, М., 2001, с. 256.

должны быть зафиксированы в соответственных правовых актах. Как мы уже отметили, в течение действия концессионного договора в центре внимания должны быть законные интересы как сторон, так и «заинтересованного государства», поэтому законодательное регулирование должно идти путем их максимального удовлетворения. В этом аспекте довольно интересна формулировка договора о концессии железнодорожной системы, где определяется, что концессионер несет риск случайной порчи или гибели/ потери концессионных активов.

Из сущности института собственности исходит утверждение, что этот риск несет собственник имущества, и наличие данного положения порождает необходимость обсуждения схемы распределения рисков при случайной потере (в случае недвижимого имущества возможность ее случайной потери почти невозможно представить) или порчи в рамках концессионного договора. При этом такая проблема может возникнуть только в том случае, когда речь идет о договорах по выполнению работ. По этому вопросу в Законодательстве РА есть некоторые рычаги регулирования. Статья 703 ГК РА регулирует вопросы распределения рисков по договору подряда. Если конкретизировать данное положение по отношению к концессионному договору, то можем прийти к следующему заключению:

1. в том случае, когда объектом договора являются действия концессионера по восстановлению имущества, принадлежащего концеденту, то последний, как собственник имущества, несет риск его случайной порчи;
2. в том случае, когда объектом являются действия концессионера по созданию нового имущества для передачи его в собственность концедента, то риск случайной порчи несет концессионер.

Конечно, эти условия будут действовать только в том случае, если соответствующим законом или договором ничто другое не предусмотрено. Предполагаем, что по концессионному договору распределение рисков будет определено таким образом, что субъект, который взял на себя ответственность обеспечить развитие конкретных инфраструктур, сможет брать на себя также риск случайной порчи или потери предмета концессионного договора.

Особенность концессионного договора состоит в том, что государство в этих отношениях участвует в двух разных ролях: с одной стороны, как субъект гражданского права, участник

договора, контрагент концессионера, а с другой стороны, как гарант сохранения условий договора, в том числе и гарант исключения ухудшения законодательства, регулирующего концессионные отношения в течение срока действия договора. Это означает, что законодательная атмосфера, существующая во время заключения концессионного договора, либо должна оставаться неизменной в течение всего срока действия договора, либо может измениться таким образом, что обеспечит более благоприятную среду для функционирования концессионного договора. При этом в понятие «законодательная среда» включаются базовый закон, направленный на урегулирование основных отношений в этой сфере, другие отраслевые законодательные и подзаконные акты, а также и законодательство, регулирующее более широкие общественные отношения. В Кодексе РА о недрах, например, установлено, что защита прав недропользователей гарантируется Законодательством РА. В нем также установлено, что при изменениях в Законодательстве РА в течение трех лет с момента выдачи разрешения на недропользование по отношению к пользователю недр на основе его заявления применяются природопользовательские платы, действующие в тот момент. Из всей совокупности этих актов большинство авторов выделяют Налоговое законодательство¹³², т.к. для заключения концессионных договоров может стать привлекательным именно особый налоговый режим. Это связано с тем, что на задний план должен быть отодвинут чисто фискальный подход к налогообложению, что обусловлено особенностями предпринимательства концессионного характера. Особенно в тех странах, где до внедрения концессии, как механизма управления государственным имуществом, широко применялся институт приватизации, можно заметить, что неприватизированными остались те объекты, которые выделяются своим неконкурентоспособным характером, большой расходностью, медленным оборотом капитала, долгими сроками возмещения. При этом разделение экономики на конкурентоспособные и неконкурентоспособные области довольно принято в зарубежной экономической и юридической литературе¹³³. Наличие в экономике неконкурентоспособных сфер связано как с тем, что объекты, формирующие данную сферу, или производимая ими продукция, или предоставляемые услуги для общества имеют настолько важное значение, что государство предпочитает оставить их в

¹³² См. Сосна С.А., Субботин М., Не до концессий. Необходимый закон застрял в дверях думы // Политический журнал, № 7, (10)/01 марта 2004.

¹³³ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 242.

сфере своей собственности, чтобы отгородить их от непредвиденного влияния рыночных факторов. Следовательно, те предприниматели, которые рискнули эксплуатировать такие неконкурентные объекты, имеют право на не просто благополучный, а особо благоприятный налоговый режим. Это могут быть различные налоговые привилегии, скидки, освобождение от налогов частично или полностью и т.д. Некоторые ученые, например, Н.Г. Доронина, полагают, что в отличие от общего, особый налоговый режим нужно рассматривать как один из аспектов предмета концессионного договора. Согласно этой точки зрения, в данном случае сбор налогов – это не столько государственный акт или проявление соответствующего правомочия носителя публичной власти – государства, сколько исполнение взаимного обязательства в ответ на исполнение своих обязанностей концессионера-контрагента¹³⁴. Обратившись к этой точке зрения, С.А. Сосна добавляет, что особый режим для концессионера нужно рассматривать не как отказ органа публичной власти от единой фискальной политики, а как проявление воли концедента по отношению стороны-концессионера в рамках частно-договорных отношений. На основе этого, он приходит к заключению, что, при таком подходе создаются более благополучные условия для становления рыночной экономики в его неконкурентных сферах¹³⁵. По нашему мнению, вышеупомянутые подходы не столь обоснованы, т.к. очень трудно представить, как возможно включить в содержание концессионного договора положения об особом налоговом режиме, оставив соглашение по этому вопросу на рассмотрение сторон. Как известно, налоговые отношения имеют публичный характер и в них одна из сторон, всегда участвует государство в лице соответствующих уполномоченных органов. В том случае, когда речь идет об участии государства в качестве одной из сторон концессионного договора, мы его рассматриваем как особый субъект гражданского права, который участвует в гражданском обороте в конкретном статусе. При таких обстоятельствах предоставление государству права давать концессионеру конкретные налоговые привилегии не как носителю публичной власти, а как стороне договора, означает то же, что и предоставление сторонам любого другого гражданско-правового договора права регулировать свои отношения в особом налоговом режиме, отличающемся от общего. Имея в виду

¹³⁴ См. Доронина Н.Г., К проекту закона о концессионных договорах: договор, правовые и экономические аспекты, Вып.1, М., 1999, с. 75-86.

¹³⁵ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 242.

вышесказанное, на наш взгляд, необходимо предоставлять концессионерам налоговые привилегии и в особенности тем, кто развивает деятельность в неконкурентоспособных сферах экономики. Вместе с тем, мы считаем, что основанием для этого должно послужить совсем иное, чем приведенное вышеуказанными авторами.

Таким образом, определение налоговых привилегий для конкретных хозяйствующих субъектов – это право государства, и нет необходимости рассматривать эти действия как новую или чуждую налоговому законодательству или политике конструкцию и пытаться найти альтернативные пути для их применения в рамках частного правового регулирования. Концессионер, имея в основе особенности концессионного договора и его роль в вопросе развития конкретных сфер экономики страны, имеет право надеяться на применение для себя благоприятного налогового режима со стороны государства, которое в данном случае, выступает не как его контрагент, а как носитель публичной власти, который в праве определить такой режим на законодательном уровне. Другой вопрос, что эти положения могут конкретизироваться в нормах договора. Нужно иметь в виду, что особые налоговые условия могут быть зафиксированы не в общем налоговом законодательстве, а в правовых актах, регулирующих именно эти вопросы (концессионные правоотношения), или же в общем порядке могут быть закреплены в общем налоговом законе, а потом найти более тщательное отражение в положениях отраслевых правовых актов. Налоги для современной экономики являются не только средством обеспечения доходов государственного бюджета, но и являются эффективным инструментом в экономической политике государства, особенно в деле привлечения инвестиций. Имея в виду, что концессионер – это, в первую очередь, инвестор, следовательно, налоговые привилегии могут стать средством привлечения необходимых инвестиций. Вышесказанное подтверждает опыт таких государств, как Венгрия, Чехия, Словакия, где применяемые налоговые привилегии являются лишь одним из элементов довольно широкого и гибкого пакета стимулирования инвестиций¹³⁶. Вместе с этим, особый налоговый режим должен по возможности быть дифференцирован по отдельным сферам, по стартовым положениям, по перспективам развития и по другим критериям.

¹³⁶ См. Сосна С.А., Концессионные соглашения, теория и практика, М., 2002, с. 242.

Что касается защиты интересов других лиц, участвующих в концессионных отношениях, например, рабочих тех организаций, которые эксплуатируются на концессионной основе, то по этому вопросу законодательство не предусматривает конкретного регулирования, но существуют определённые положения в действующих в РА договорах о концессиях, которые абсолютно по-разному регулируют соответствующие отношения. В Договоре о концессии аэропорта «Звартноц», например, подход довольно либеральный, и согласно ему Управляющий может принимать столько работников, сколько потребуется для эффективной эксплуатации аэропорта и не будет обязан на момент заключения договора принимать на работу или оставлять на своих местах инфраструктурных работников. При этом Управляющий должен принимать все возможные усилия для содействия Правительству РА с тем, чтобы найти соответствующие меры для ослабления воздействия Договора на указанных сотрудников аэропорта и смежных инфраструктур.

А в Договоре о концессии железнодорожной системы просматривается принципиально другое регулирование, которое направлено на защиту прав сотрудников, работающих в этой сфере на момент заключения данного договора. Согласно этому Договору, концессионер в момент начала концессионной деятельности обязан был принять на работу всех сотрудников ЗАО «Армянские железные дороги», если они соответствовали минимальным требованиям, определенным со стороны концессионера, за исключением лиц пенсионного возраста.

Очевидно и то, что при первом подходе концессионер заинтересован только в вовлечении сотрудников с соответствующей квалификацией, а во втором случае в договоре, с одной стороны, делается попытка обеспечить защиту прав и интересов отечественных сотрудников, а с другой стороны, договор предоставляет концессионеру возможность определить конкретные квалификационные требования.

В деле обеспечения принятия уравновешенных и объективных решений при разногласиях между сторонами, порядок разрешения споров приобретает особую важность. Если в Договоре о концессии аэропорта передача споров на разрешение Арбитража может происходить по усмотрению Управляющего, а при отсутствии такого волеизъявления споры подлежат разрешению в судебных инстанциях РА на общих основаниях, то в договоре о концессии железнодорожной системы предусматриваются два пути разрешения споров – либо переговоры, либо Арбитражное разбирательство. Во всяком случае, особенно в случаях

сотрудничества с иностранным концессионером, если по законодательству или договору определено применяемое законодательство и, как таковое, выбрано законодательство страны, где находится предмет концессионного договора либо концедент, то в вопросе разрешений споров между сторонами также необходимо руководствоваться решениями, предложенными со стороны данного законодательства.

Таким образом, несмотря на тот факт, что конкурсный механизм выбора концессионера и весь этот процесс направлены на то, чтобы обеспечить выбор надежного и добросовестного контрагента, все равно нельзя исключать возможность изменения или досрочного прекращения концессионного договора. Вместе с этим, как весь концессионный процесс, так и основы и порядок изменения или досрочного расторжения концессионного договора имеют свои особенности, которые связаны с комплексным характером института концессии. В частности, возможности изменения концессионного договора довольно ограничены, т.к. в связи с конкурсным механизмом заключения договора, существуют условия, которые не могут меняться ни в каком случае. Следующая особенность концессионного договора – это то, что он может быть досрочно прекращен также и в очень редких случаях, как при одностороннем расторжении, так и при досрочном прекращении действия договора по взаимному согласию сторон. Таковым в первом случае может быть предоставление неверной информации, вводящей государство-концедент в заблуждение. Во втором случае расторжение договора будет возможно только при обстоятельствах, при которых государственный или публичный интерес, для удовлетворения которого был заключен данный договор, не понесет ущерб. Таким образом, стороны ограничены в своих действиях особенностями концессионного договора, и его расторжение, исходя из исключительно частных интересов, невозможно.