

**В. К. Сидорчук**

## **КОНЦЕССИЯ – ПЕРСПЕКТИВНАЯ ФОРМА КОММУНАЛЬНОГО ХОЗЯЙСТВА**

Инвестиционный кодекс Республики Беларусь восстанавливает в нашей стране институт концессий. В нем изложен порядок и условия заключения концессионных договоров, на основании которых допускается возможность передачи «на возмездной основе на определенный срок права на осуществление на территории Республики Беларусь отдельного вида деятельности, на которую распространяется исключительное право государства, либо права пользования имуществом, находящимся в собственности Республики Беларусь»<sup>1</sup>.

Этимологически термин «концессия» означает отношения, через которые что-либо разрешается, предоставляется или передается (от лат. *concedere* – разрешать, предоставлять, располагать). Речь идет именно о возобновлении организации хозяйственной деятельности на основе концессий, поскольку они имеют на территории Беларуси более чем вековую историю. Так, группа бельгийских предпринимателей выкупила в 1896 г. у городских властей Витебска транспортную концессию и создала анонимное общество «Витебский трамвай». В 1863 г. лондонские банкиры Фрюлинг и Гешин приобрели концессию у царского правительства на строительство и эксплуатацию Динабургско-Витебской железной дороги на срок до 1951 г. Примечательно, что строительные работы были завершены в 1866 г. Первое советское правительство декретом от 23 ноября 1920 г. утвердило общие экономические и юридические условия концессий<sup>2</sup>, в которых содержались конкретные предложения о предоставлении концессий по разработке лесных и земельных богатств, по организации отдельных предприятий промышленности. Концессионеру предоставлялось: 1) вознаграждение долей продукта, обусловленной в договоре, с правом вывоза за границу; 2) в случае применения особых технических усовершенствований в крупных размерах торговые преимущества (как-то: заготовка машин, специальные договоры на крупные заказы и т. д.); 3) в зависимости от характера и условий концессии продолжительные сроки концессии для обеспечения полного возмещения концессионера за риск и вложенные в концессию технические средства; 4) гарантии, что вложенное в предприятие имущество концессионера не будет подвергаться ни национализации, ни конфискации, ни реквизиции; 5) право

найма рабочих и служащих для своих предприятий с соблюдением законов или специального договора, гарантирующего соблюдение по отношению к ним определенных условий труда, ограждающих их жизнь и здоровье; 6) гарантии недопустимости одностороннего изменения какими-либо распоряжениями или декретами правительства условий концессионного договора.

Инвестиционный кодекс, договоры Республики Беларусь с иностранными государствами о поощрении и взаимной защите инвестиций относят концессии к сфере инвестиционной деятельности с той лишь разницей, что согласно Инвестиционному кодексу под концессией понимают договор, а акты международного права рассматривают концессии в качестве разновидности имущественных прав, наряду с ипотекой, залогом, правами на долевое участие и правами требования, правами интеллектуальной собственности и т. п. Но данные расхождения имеют техническое значение, и вполне обоснованно ИК в ст. 5 включает концессии в перечень форм инвестиционной деятельности, которая охватывает действия юридических и физических лиц, государства (административно-территориальных единиц) по вложению капиталов в производство продукции (работ, услуг) или по иному использованию для получения прибыли или достижения иного значимого результата. Предписания актов высшей юридической силы подчеркивают нормативную значимость концессий, допускают применение данного правового института в тех производственно-хозяйственных областях, которые находятся в исключительном ведении государства. Эти объекты представляют для государства такую значимость, что пока не подлежат приватизации. Все это требует чрезвычайно осмотрительного дальнейшего развития концессионного законодательства и дальнейших расчетов в начале концессионной практики. Поэтому вполне обоснованно опробовать данный институт не на общегосударственном, а на региональном уровне, где цена возможной ошибки в любом случае будет не столь высокой. К примеру, сторонами соглашений о разделе продукции в Российской Федерации могут выступать Правительство РФ и органы исполнительной власти субъекта РФ или уполномоченные ими органы (ст. 3 Закона РФ о соглашениях о разделе продукции от 30 декабря 1995 г.). Право заключать хозяйственные, в том числе концессионные договоры, объективно обуславливается сутью самоуправления, которое вправе и обязано наиболее рационально вести дела по жизнеобеспечению местного населения, для чего по вопросам своего ведения обладает необходимым организацион-

ным, финансовым, персональным верховенством. Да и исходя из требований элементарной логики, было бы не ясным, почему следует запрещать то, что именуется концессией, которая не может быть более радикальной, чем утрата имущества, когда допускается его приватизация. Ведь при концессии всего лишь передаются имущественные права на определенных властными органами условиях на согласованный срок. По глубине вторжения в имущественную сферу самоуправления концессия является более «мягким» действием и может всего лишь рассматриваться в качестве этапа, предшествующего приватизации. Все это говорит о методологической желательности концессий в коммунальном хозяйстве.

Защита публичных интересов может осуществляться в регламентации процедуры заключения концессионного договора или его существенного изменения. Заключение должно происходить на основании решения местного представительного органа, принимаемого с учетом результатов экспертизы. Следует учитывать, что властные органы редко имеют дело с подобными вопросами в отличие от предпринимателей, которые являются специалистами. Экспертиза должна учитывать хозяйственные и коммунально-политические подходы. Главным критерием будет выступать, будет ли этим достигнуто наилучшее долговременное и бесперебойное обеспечение населения на социально-выгодных условиях. Когда этого достигнуть невозможно, то решение о концессии принято быть не может. В этом случае коммунальному образованию следует самому осуществлять соответствующую деятельность.

С заключением концессионного договора органы власти переключают решение публичной задачи на частный субъект хозяйствования.

Исследование содержания концессионного договора сталкивается с трудностями. В нем всегда должны быть в наличии правила, которые бы позволяли обеим сторонам реализовать их интересы. В рамках коммунального жизнеобеспечения возможны два вида концессий: а) предоставление в наем публичного предприятия; б) предоставление особых прав пользования, которые носят длительный характер. Что касается предприятий, то это возможно, когда потребители готовы за их товары, услуги платить деньги, с учетом чего частные лица готовы владеть ими; с другой стороны, частное имущество может использоваться предпринимателем для решения публичных задач, при условии обеспечения особой защиты частных прав.

Таким образом, в качестве первого шага концессия расширяет частноправовую сферу и может быть определена как обосновывающий права государственно-властный акт, через который государственный орган делегирует частному лицу такое право, которым оно раньше владело. Поэтому именно в расширении частнохозяйственной сферы может быть определен юридический критерий концессии. Предоставляемое право может быть охарактеризовано как субъективное публичное право на строительство и вовлечение в производство предприятия или субъективное право на особое использование публичных объектов. В этом одновременно состоит отличие концессии от властного разрешения.

Значение концессионных договоров не исчерпывается правами пользования, а идет значительно далее. К примеру, если бы права пользования и обеспечения одновременно представлялись многим концессионерам, то заключение и реализация договора оказались бы весьма проблематичными. Параллельная прокладка новых сетей обеспечения, рельсов различными предпринимателями была бы нежелательна не только для них самих, но и потребителей. К характерным чертам подобных предприятий относятся большая фондоемкость, затратность. Чтобы подобное капиталоемкое оборудование работало рентабельно, оно должно использоваться предельно интенсивно, переносить стоимость инвестиций на максимально большее число потребителей. В этой связи концессионеры вынуждены заботиться об упрочнении своего положения через «подстраховочные» меры, обеспечивающие стабильную работу на протяжении длительного периода. Чтобы достигнуть этого могут быть даже заключены так называемые «защищающие территорию договоры» (демаркационные). В этих договорах обслуживающие, транспортные и иные субъекты хозяйствования обозначают территорию своей деятельности и исключают возможность работы здесь для третьих. Таким образом, концессионный договор предупреждает на этом рынке нездоровую конкуренцию, обеспечивает исключительные права и реальное монопольное положение предпринимателя, а местные органы власти обязуются до истечения срока действия договора не осуществлять иное регулирование обеспечения.

Реально концессионирование оказания публичных коммунальных услуг будет означать во всех случаях монополизацию в конкретной области. По этой причине предоставление исключительных прав особо затрагивает конкурентно-правовую проблематику концессионных дого-

воров. С учетом того, что в Беларуси публичная система обеспечения отличается относительно высоким уровнем монополизации, то актуально принятие закона с примерно таким рабочим наименованием: «О недопущении ограничения конкуренции в публичном хозяйстве».

Следует учитывать, что свободная конкуренция в сфере коммунального жизнеобеспечения возможна в ограниченных объемах. И это положение распространяется в равной мере как на публичные, так и частные предприятия. Ограничение конкуренции основывается на техническо-хозяйственных причинах, которые свойственны для соответствующих предприятий (например, трамвай, троллейбус). Поэтому такие предприятия в значительной мере действуют как монополисты, что потенциально ведет к торможению хозяйственного развития. Для недопущения злоупотреблений необходим соответствующий надзор, а в случае злоупотребления доминирующим положением антимонопольный орган может признать концессионный договор недействительным.

Для определения типа и правовой природы концессионного договора необходимо рассмотреть концессионное отношение, расчленив его на особые составляющие части, которые по своему содержанию и структуре могут быть признаны в качестве самостоятельных. Сразу становится очевидным комплексный характер концессионного отношения, которое сочетает элементы договора и административного акта, поэтому содержит публично- и частноправовые составные части.

Элементы акта управления внутри концессионного отношения состоят в следующем. В его заключении обязательно участвуют органы государственной власти, и необходимо выяснить: осуществляется их участие в договорной форме или в одностороннем властном акте.

Органы власти в своей деятельности непосредственно преследуют управленческие цели, которые и предопределяют весь характер их деятельности. Но в сфере обслуживающего управления орган власти вынужден задействовать те же самые формы действий, что и любой частный субъект хозяйствования, хотя при этом может и не преследоваться задача максимализации прибыли. Понятие публичных задач в решающей мере определяет обязанности местной власти действовать во благо жителей. Какие задачи под этим понимаются, можно судить прежде всего по соответствующим предписаниям законодательства. Если отсутствуют конкретные указания, то критерием выступает учет потребностей жителей со стороны местной власти, которая несет ответственность за их жизнеобеспечение.

В частности, не может быть и речи о том, чтобы сходные во внешних проявлениях действия частного предпринимателя, с одной стороны, и публичной власти – с другой, получали одинаковую правовую оценку. Такая оценка опускала бы полностью принципиальные отличия между частнохозяйственной деятельностью и публичным обслуживающим управлением. Существенное отличие имеется уже в том, что частный предприниматель нацелен преимущественно на удовлетворение собственного интереса, как правило, получить доход. Само собой разумеется, что предприниматель не может планировать ту деятельность, которая будет длительный период приносить убытки. Он может осуществлять свою деятельность в любой не ограниченной законом сфере, сам ее выбирает и сам отвечает за ее результат.

Совершенно по-иному строятся отношения в сфере обслуживающего управления. Целью предоставления услуг не является удовлетворение интересов органов власти, они адресованы сообществу. Субъект власти не свободен в своих решениях о предмете, форме и методе действий. Эти решения предопределены запросами местного сообщества. Поскольку запрос возникает, то власть по принципу социального государства обязана услугу предоставить. Она не может от нее отказаться, в т. ч. по финансовым затруднениям, или оказать частично. Таким образом, если сопоставить внешне идентичные действия, то оказывается, что они служат совершенно разным целям, подвержены иным критериям оценки и это зависит от того, действует публичный или частный субъект. Поэтому невозможно оценивать частную хозяйственную деятельность и управление в частных формах, как имеющие одинаковую правовую природу. Публичные субъекты пользуются при обслуживающем управлении не частной автономией, для них действует особое административно-частное право.

Для субъекта самоуправления заключение концессионного договора представляет одну из возможностей выполнения его обязанностей относительно его жителей. Оно преследует цель надежного, долговременного, выгодного по цене обеспечения, а договор концессии сохраняет возможность влияния на соответствующее предприятие и после заключения договора на основе его положений об участии. И в этой последней части орган самоуправления действует не как обычная сторона хозяйственного договора.

Местный орган власти заключает концессионный договор в первую очередь не для того, чтобы получать доход или чтобы самому не заниматься соответствующей хозяйственной деятельностью. Цель со-

стоит в обеспечении гарантированного обслуживания жителей. Здесь не применяется картельное право.

Соответственно закону местные органы власти не обязаны обустроить и самостоятельно задействовать собственную сеть обеспечения, хотя общие обязанности закреплены в законе. Поэтому привлечение к обеспечению на основе договора стороннего субъекта хозяйствования юридически обосновано. Здесь речь идет об организационных решениях субъекта самоуправления, через которые он гарантирует обеспечение на своей территории.

Организационный характер имеет и решение о заключении концессионного договора вследствие чего оно не подпадает под ГК. Поэтому предприниматель не может претендовать на продление действия или заключение нового договора в соответствии с ГК, даже если самоуправление привлекает для обеспечения иного субъекта хозяйствования.

Основу частноправовых свойств концессионного отношения составляют имущественные элементы, а ядро образует право на пользование объектами имущества. Сам договор субъект самоуправления заключает не как орган власти, а как собственник имущества. Его заключение было бы невозможным, если бы процедура регулировалась публично-правовыми предписаниями и еще возникали при этом публично-правовые обязанности. Здесь действует принцип свободы договора, который доминирует в частном праве. Остальные требования, такие, как оговорки об эксклюзивности, право надзора со стороны органа власти, не могут рассматриваться как существенные. Заключение концессионного договора происходит, по сути, в том же порядке, что и сдача участка в аренду. Поэтому концессионный договор имеет черты договора аренды с элементами определенной производственной деятельности.

Изложенное позволяет характеризовать концессионное правовое отношение как смешанное. Его отдельные части (решение, договор) самостоятельны и имеют равное значение и подчиняются в одинаковой степени и публичному и частному праву. По своей типологии концессионный договор не подпадает под традиционные договоры. Это смешанный договор. Ему может быть дана двойная квалификация как договора частного, так и публично-правового типа. Это средство выполнения публичных задач в частноправовой форме.

В концессионном договоре всегда должны быть в наличии положения, которые бы позволяли обеим сторонам достигнуть их цели с

учетом взаимных интересов. Сущностным элементом концессии является то, что орган власти должен выполнять свою обязательную задачу в условиях, когда разрешение выдается только одному субъекту хозяйствования, который на период действия договора защищается от конкуренции со стороны иных предприятий. Поэтому в договоре должны дополнительно гарантироваться публичные интересы и предусматриваться возможность дальнейшего влияния органа власти. При этом следует, однако, учитывать, что только баланс интересов обеих сторон по договору обеспечивает реализацию их целей. Желательно, чтобы на приобретение концессии претендовало несколько субъектов хозяйствования.

Праву концессионера на исключительную работу на территории самоуправления следует противопоставить его обязательства по достаточному обеспечению. Можно зафиксировать, что он будет обязан обслуживать и вновь освоенные территории. В ходе экспериментной оценки следует проверить, в состоянии ли предприятие физически и юридически выполнить свои обязательства. В качестве типичных существенных положений договора могут быть названы: предоставление концессионеру права пользования земельными участками для строительства, в связи с чем концессионер несет расходы по содержанию; характер производственной деятельности, в связи с чем концессионер обязуется создать производственную инфраструктуру, поддерживать ее в функционирующем состоянии и осуществлять необходимые меры по ее модернизации, расширению; исключительные права (по использованию улиц, площадей, оказанию услуг и т. п.), которым соответствует обязанность субъекта власти не заключать аналогичные договоры с другими субъектами хозяйствования; обязательства концессионера по предоставлению своих товаров, услуг в соответствии с общими разумными условиями, ценами и тарифами; положения об участии субъекта управления в надзоре и контроле за деятельностью концессионера; возможность для самоуправления по истечении срока действия договора приобрести соответствующее оборудование за плату или бесплатно; положения о возмещении возможного ущерба.

Особым элементом концессионного договора является положение о концессионных платежах, их периодичности, порядке расчетов, которые вносятся концессионером за пользование коммунальными объектами: транспортом, системой водо-, энергоснабжения и т. д. Предоставление исключительных прав само по себе может рассматри-



ваться в качестве самостоятельного правового основания введения платежей без предоставления в пользование объектов имущества. Концессионные платежи по юридической природе будут договорными, а значит, частноправовыми, и их введение должно отвечать предписаниям о ценообразовании. Их не следует превращать в существенную статью дохода. Роль критерия для определения величины платежа лучше всего может выполнить число проживающих на территории жителей. Для обеспечения практической реализации предписаний о концессиях было бы целесообразным разработать образец концессионного договора с учетом вышеизложенных размышлений.

---

<sup>1</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2001. № 62. 2/780.

<sup>2</sup> Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства 1920. № 91. Ст. 481.