ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ИНВЕСТИЦИЙ НА ОСНОВЕ КОНЦЕССИИ КАК ПРАВОВАЯ ФОРМА ГОСУДАРСТВЕННО–ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

КУНИЦКАЯ Ольга Михайловна
старший преподаватель кафедры финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности БГУ, исследователь в области юридических наук

Рецензент:
СИДОРЧУК Валерий Кириллович,
доцент кафедры финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности БГУ, кандидат юридических наук, доцент

АННОТАЦИЯ
На основе анализа белорусского и зарубежного (на примере российского) законодательства, научных источников сформирована позиция относительно осуществления государственно–частного партнерства в форме концессионного договора в Республике Беларусь.

ВВЕДЕНИЕ

В литературных источниках приводятся различные определения понятия «государственно-частное партнерство» (далее – ГЧП). В общем виде оно рассматривается как «взаимодействие публичных образований и частного сектора экономики по планированию и реализации проектов в области *создания, реконструкции, технического перевооружения, эксплуатации объектов* транспортной, коммунальной, социальной *инфраструктуры*, а также иных объектов, находящихся в сфере публичного интереса, направленное на достижение общественно значимой цели» [1, с. 13].

Если эксплуатация инфраструктурного объекта позволяет инвестору вернуть затраты на осуществление инвестиций и получать прибыль (доходы), он участвует в таких проектах. Например, при совместном участии сторон по реализации проекта создается такой объект, передается в собственность государства, которое, в свою очередь, передает данный объект во владение и пользование инвестору, а тот эксплуатирует его (управляет им) и получает возмещение затрат и прибыль (доходы, иные значимые результаты), например, за счет конечных потребителей товаров, работ, услуг, а в тех случаях, когда это не возможно, – государства. Государство таким образом имеет возможность выполнять свои функции — осуществлять жизнеобеспечение граждан, нуждающихся, например, в инфраструктурных объектах и услугах.

Какое-либо взаимодействие государства и частных лиц можно отнести к категории ГЧП в том случае, если оно соответствует его *признакам* в совокупности: 1) смешанный субъектный состав (государство и субъекты частной формы собственности); 2) особый правовой (ограниченный) режим объектов ГЧП, которые, как правило, находятся в государственной сфере; 3) временная ограниченность действия ГЧП; 4) цели ГЧП обусловлены публичной направленностью (общественной необходимостью) и являются общими для партнеров; 5) совместное участие сторон в реализации проекта, в т.ч.

консолидированное инвестирование; 6) распределение прав и обязанностей сторон обусловлено особенностями разделения рисков, расходов, достигнутых результатов, ответственности между сторонами (сотрудничество между государственным и частным партнерами не будет рассматриваться как ГЧП, если все риски и ответственность возлагаются только на одну из сторон); 7) равенство прав государственного и частного партнеров; 8) выбор частного партнера по конкурсу.

ОСНОВНАЯ ЧАСТЬ

Одной из правовых форм (средств) ГЧП признается концессия, на основе которой осуществляются инвестиции, и которая предоставляется государством инвестору по концессионному договору (соглашению).

Концессия получила закрепление и регламентацию в инвестиционном законодательстве Республики Беларусь на всех его этапах становления, развития и реформирования [2, с. 27, 28]. Тем не менее, практика заключения концессионных договоров в Республике Беларусь не получила распространения [1]. В этой связи мы проводим исследование на основе имеющихся теоретических разработок и анализа нормативной базы (в т.ч. на примере действующего российского законодательства и проекта Закона о ГЧП).

По мнению белорусского автора Д.А. Куделя «концессия – это система отношений между государством (концедентом) и частным юридическим или физическим лицом (концессионером), возникающая в результате предоставления концедентом концессионеру *прав пользования* государственной собственностью по договору, за плату и на возвратной основе, а также прав на осуществление видов деятельности, которые составляют исключительную монополию государства» [5, с. 418]. Концессионные договоры указанный автор считает «альтернативой существующей разрешительной системы» [6, с. 62].

В литературе подчеркивается, что «нельзя приравнивать концессию к ГЧП, поскольку это только одна из форм ГЧП» [7, с. 262]. Соответственно как форма ГЧП осуществление инвестиций на основе концессии посредством концессионного договора должно соответствовать признакам ГЧП и иметь определенные особенности, отличающие его от возможных иных форм ГЧП.

---

[1] По состоянию на 01.03.2014 г. заключен один договор. Предметом КД, заключенного 24.08.2012 г. Министерством природных ресурсов и охраны окружающей среды Республики Беларусь и компанией «МК Mining AG» (Швейцарская Конфедерация) является «реализация инвестиционного проекта по геологическому изучению природных недр для выявления месторождений углеводородного (сланцевого) газа» (КД об оказании услуг (выполнении работ). Проект условий данного КД определен концессионным органом [3], с учетом законодательных предписаний [4].

Согласно ст. 4 Закона Республики Беларусь от 12.07.2013 г. № 53-З «Об инвестициях» [8] (далее – Закон об инвестициях) «на территории Республики Беларусь инвестиции осуществляются следующими способами: … на основе концессии». Закон Республики Беларусь от 12.07.2013 г. № 63–З «О концессиях» [9] (далее – Закон о концессиях) определяет концессионный договор (далее – КД) как письменное соглашение, в силу которого одна сторона (концедент) обязуется предоставить другой стороне (концессионеру) на возмездной или безвозмездной основе на определенный срок право владения и пользования объектом концессии или право на осуществление вида деятельности, т.е. концессию. Исходя из определений понятий разновидностей КД (ст. ст. 25, 26, 27 Закона о концессиях) и ст. ст. 29, 30 Закона о концессиях концедент обязан предоставить концессию, а концессионер обязан «использовать имущество, являющееся объектом концессии (осуществлять вид деятельности), обеспечивать финансирование деятельности при реализации договора, нести расходы, связанные с содержанием объекта концессии и после окончания срока, на который был заключен договор, передать это имущество концеденту». Концессионер сохраняет за собой право собственности на произведенную им продукцию (ее часть), либо передает ее в собственность концеденту, получая вознаграждение как за оказанные услуги (выполненные работы).

Под концессионерами в ст. 1 Закона о концессиях понимаются инвесторы. Соответственно только они осуществляют инвестиции. Они определяются по конкурсу (аукциону) [10, 11]. Государство – концедент (Республика Беларусь или ее административно-территориальная единица, от имени которых выступают концессионные органы, заключившие концессионный договор с концессионером) не признается инвестором исходя из ст. 1 Закона об инвестициях.

В соответствии со ст. 3 Закона о концессиях объектами концессии могут являться объекты, составляющие исключительную собственность государства (недра, воды, леса) [12], объекты в соответствии с Законом Республики Беларусь от 15.07.2010 г. № 169-З «Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства» [13] (далее – Закон об объектах государства), согласно преамбулы которого он «направлен на защиту общегосударственных интересов».

Примечательно, что в соответствии с п.п. 1.29.8 п. 1 ст. 7 данного Закона к указанным объектам относятся «находящиеся в государственной собственности и вновь вводимые в эксплуатацию, *создание (приобретение) которых осуществлялось полностью за счет средств республиканского и (или) местных бюджетов*, в т. ч. государственных целевых бюджетных фондов, и (или) государственных внебюджетных фондов, и (или) средств

государственных юридических лиц объекты инженерной инфраструктуры общего пользования» [13]. Получается, что объекты, которые созданы за счет средств частных лиц не могут впоследствии находиться только в собственности государства.

Анализ указанных и иных норм законодательства позволил выделить основные *признаки КД*: 1) смешанный субъектный состав (государство и инвестор (физическое лицо или юридическое лицо частной формы собственности); 2) выбор концессионера по конкурсу; 3) объекты договора находятся в собственности государства; 4) возмездная или безвозмездная основа предоставления концедентом права владения и пользования объектом концессии концессионеру; 5) срочность договора и действие договора в пределах установленного Законом максимального срока; 6) осуществление инвестиций, возложение рисков и ответственности за результат на одну из сторон – концессионера.

Общие характеристики (признаки) КД по большей части соответствуют ГЧП.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального Закона Российской Федерации от 21.07.2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» [14] (далее – ФЗ о КС) по концессионному соглашению (далее – КС) одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное имущество, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с его использованием (эксплуатацией) объекта, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом КС для осуществления указанной деятельности. Продукция и доходы, полученные концессионером, являются его собственностью, если КС не установлено иное (п. 7 ст. 3 ФЗ о КС). Данное определение практически соответствует ст. 3 проекта Федерального Закона «Об основах государственно–частного партнерства в Российской Федерации»[2], согласно которой в обязательства частного партнера входят полное или частичное финансирование и эксплуатация объекта соглашения о ГЧП, а также его создание и (или) реконструкция, а к обязательствам государственного партнера относится предоставление частному партнеру имущества, предназначенного для осуществления деятельности, предусмотренной соглашением о ГЧП, во владение и (или) пользование. Соглашением о ГЧП может быть предусмотрен переход права собственности на указанный объект от одной стороны к другой.

Данные положения приближены к некоторым «моделям ГЧП», в основу которых заложены содержание и объем инвестиционных обязательств сторон: строительство (Build); проектирование (Design), реконструкция (Rehabilitate); эксплуатация/управление (Operate), владение (Own); передача (Transfer) и др. Соответственно, различаются договоры: BOT

[2] принят в первом чтении 26.04.2013 г. Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации. Текст размещен на сайте Министерства экономического развития Российской Федерации // Режим доступа: http://www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/economylib4/mer/activity/sections/privgovpartnerdev/doc20130426_05

(строительство–управление–передача), ROT (реконструкция–управление–передача), BTO (строительство–передача–управление), RTO (реконструкция–передача–управление) и др. [15, с. 392–395; 16, с. 34,35,41].

По ФЗ о КС объекты КС являются инфраструктурными и определяются как недвижимое имущество или недвижимое и движимое имущество, технологически связанные между собой. Научные исследования правового регулирования КС также проводятся в рамках договорных отношений в сфере создания объектов недвижимого имущества [17, с. 6]. ФЗ о КС не относит к объектам КС природные ресурсы. Имеет место соглашение о разделе продукции (далее – СРП), по которому государство *предоставляет* инвестору на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на *поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр*, указанном в соглашении, и на *ведение связанных с этим работ*, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. В СРП определяются условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами соглашения [19]. В научной среде на фоне отсутствия однозначности позиций относительно степени тождественности правовой природы таких форм ГЧП как КС и СРП их относят к понятию «концессия» в широком смысле [18, с. 6,11].

Признаками КС российские авторы называют: срочность договора; смешанный субъектный состав; равенство сторон; специфический объект, остающийся в собственности концедента; наличие публичного интереса и подчинение концессионера его императивам; ограничение гражданско–правовых принципов автономии воли его сторон и свободы договора (например, формализованная конкурсная процедура заключения КС) [20, с. 182]. К указанному составу добавляются (уточняются) иные признаки: получение прибыли концессионером не за счет контрагента по договору, а за счет конечных потребителей товаров, работ, услуг; осуществление инвестиций в объект КС преимущественно концессионером [1, с. 9]; максимальная степень риска, возлагаемого на концессионера [21, с. 15–16].

По общим характеристикам признаков КД и КС они являются достаточно близкими, несмотря на определения данных понятий. КС более точно соответствует смыслу ГЧП по предмету и объектам. Осуществление инвестиций на основе концессии, опосредуемое согласно концессионному законодательству Республики Беларусь концессионным договором, можно считать одной из правовых форм ГЧП с присущими ей особенностями.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

При создании Закона о ГЧП в Республике Беларусь на современном этапе необходимо:

– в Законе об объектах государства предусмотреть возможность создания инвестором за свой счет объекта недвижимого имущества и связанных с ним нематериальных активов,

который исходя из своей специфики, может находиться только в собственности государства, передачи его в собственность государства, и осуществления деятельности с использованием (эксплуатацией) данного имущества. При этом для достижения необходимых результатов от вложения инвестиций инвестор в определенных случаях получает периодические платежи от конечного потребителя (пользователя объекта), либо, в тех случаях, когда это не возможно, – от государства;

– признаки ГЧП, которые не характерны для концессионного договора и являющиеся сущностными для ГЧП, отразить в Законе о ГЧП при регламентации договора ГЧП (в первую очередь, совместное участие сторон в финансировании инвестиционного проекта и разделение между ними рисков, ответственности, достигнутых результатов и т.п.);

– законодательно закрепить в качестве условий договора ГЧП элементы «моделей (схем) ГЧП» в различном их сочетании: строительство (Build); проектирование (Design), реконструкция (Rehabilitate); владение (Own); эксплуатация/управление (Operate), передача (Transfer) и др.

РЕЗЮМЕ

В статье предлагаются решение проблемы определения концессионного договора в качестве правовой формы государственно–частного партнерства применительно к белорусскому праву и направления формирования (совершенствования) соответствующих правовых норм.

RESUME

The article proposes to solve the definition of the concession contract as a legal form of public-private partnership in relation to Belarusian law and direction of formation (improving) the relevant legal standards.

Список использованных источников

1. Широков, С. Н. Правовая сущность концессионного соглашения: автореф. дис…. канд. юрид. наук: 12.00.03 / С.Н. Широков; ФГБОУВПО Южно–Уральский гос. ун–т. – Челябинск, 2012. – 35 с.

2. Макаревич, В.Д. Правовые формы осуществления инвестиционной деятельности в Республике Беларусь / В.Д. Макаревич // Актуальные проблемы науки XXI века (сборник статей МИУ). – 2013. – № 1 (2). – С. 26–28.

3. О мерах по реализации постановления Совета Министров Республики Беларусь от 14 февраля 2012 г. № 151: Постановление Министерства природных ресурсов и охраны окружающей среды Респ. Беларусь, 24 февр. 2012 г. № 6 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014

4. О некоторых вопросах привлечения инвестиций для поиска на территории Республики Беларусь месторождений рассеянного углеводородного (сланцевого) газа: Указ Президента Респ. Беларусь, 9 июля 2012 г. № 300 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014

5. Кудель, Д.А. Недропользовательские концессии: некоторые аспекты государственно-частного партнерства в сфере использования природных ресурсов / Д.А. Кудель // Проблемы гражданского права и

процесса: сб. науч. ст. / ГрГУ им. Я. Купалы; редкол.: И. Э. Мартыненко (гл. ред.) [и др.]. – Гродно: ГрГУ, 2013. – С.416–424.

6. Кудель, Д. А. Концессионный договор: особенности правового регулирования осуществления инвестиционной деятельности на основе концессии в связи с принятием Закона Республики Беларусь «О концессиях» / Д. А. Кудель // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ун–та імя Я. Купалы. Серыя 4, Правазнаўства. – 2013. – № 5. – С. 61–68.

7. Попондопуло, В.Ф. Концессионное соглашение – правовая форма государственно–частного партнерства / В.Ф. Попондопуло // Правоведение. – 2008. – № 4. – С. 255–268.

8. Об инвестициях: Закон Респ. Беларусь, 12 июля 2013 г. № 53–З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014

9. О концессиях: Закон Респ. Беларусь, 12 июля 2013 г. № 63–З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014.

10. О мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь, 3 окт. 2011 г. № 442 // постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 28 дек. 2011 г. № 1743 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014.

11. Об утверждении Положения о порядке организации и проведения конкурсов (аукционов) по выбору инвестора для заключения с ним концессионного договора: постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 22 янв. 2014 г. № 54 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014.

12. Конституция Республики Беларусь от 15 марта 1994 г. (с изм. и доп., принятыми на респ. референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.) – Минск: Амалфея, 2005. – 48 с.

13. Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства: Закон Респ. Беларусь, 15 июля 2010 г. № 169–З // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014

14. О концессионных соглашениях: Федеральный Закон Рос. Федерации, 21 июля 2005 г. № 115–ФЗ [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/consdoc LAW156597/. – Дата доступа: 09.03.2014.

15. Сазонов, В.Е. Государственно–частное партнерство: гражданско–правовые, административно–правовые, финансово–правовые аспекты / В.Е. Сазонов. – М., 2012. – 492 с.

16. Приходько, Д. Г. Концессия как форма привлечения инвестиций в российскую экономику / Д.Г. Приходько // Банковское право. – 2005. – № 3. – С. 26–42

17. Козлова, Е. Б. Развитие системы договорных моделей, опосредующих создание объектов недвижимого имущества в Российской Федерации: автореф. дис…. док-ра юрид. наук: 12.00.03 / Е.Б. Козлова; ФГБОУВПО Рос. правовая акад. Мин–ва юстиции. – М., 2013. – 422 с.

18. Савельева, В.М. Концессионное соглашение как институт гражданского права: автореф. дис…. канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.М. Савельева; Рос. гос. ин–т интеллект. собственности. – М., 2011. – 28 с.

19. О соглашениях о разделе продукции: Федеральный Закон Рос. Федерации, 30 дек. 1995 г. № 225–ФЗ [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_117376/. – Дата доступа: 16.03.2014.

20. *Засыпкин, Д. Ю. Понятие и признаки концессионного соглашения / Д. Ю. Засыпкин // Российский юридический журнал. – 2011. – № 2. – С. 177–184*

21. *Багдасарова, А. В. Концессионное соглашение в гражданском праве России и зарубежных стран: автореф. дис…. канд. юрид. наук: 12.00.03 /А.В. Багдасарова; Моск. гос. ин–т междунар. отношений МИД России. – М, 2009. – 32 с.*

Дата поступления статьи в редакцию: 24.03.2014 г.