

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ КОНЦЕССИОННЫХ ДОГОВОРОВ (СОГЛАШЕНИЙ)

Кудель Дмитрий Александрович, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Гродненского государственного университета, г. Гродно

Аннотация: целью исследования является решение теоретических и практических проблем, возникающих в процессе заключения и исполнения концессионных соглашений, комплексный анализ договорных инвестиционных отношений, определение правовой природы и сущности данной правовой конструкции, выработка на этой основе научно обоснованных рекомендаций по совершенствованию национального законодательства в исследуемой области.

В статье анализируются особенности концессионного договора и его правовая природа. Предполагается, что изучение правового регулирования инвестиционной деятельности на концессионной основе позволит выявить новые правовые возможности для привлечения инвестиций в экономику и социальную сферу Республики Беларусь, послужит разработке новых теоретических и практических подходов по данной проблематике. В научном плане актуальность исследования обусловлена недостаточной разработкой в отечественной юридической литературе проблем правового регулирования отношений в сфере осуществления инвестиционной деятельности договорной основе, а также реформированием инвестиционного законодательства в Республике Беларусь. Теоретическая разработка вопросов, связанных с применением элементов правового регулирования инвестиционной деятельности на основе договорных моделей помогает определить соответствие инвестиционного законодательства реалиям настоящего времени и выявить новые возможности для его развития.

The summary: the purpose of the study is to solve theoretical and practical problems arising in the process of concluding and executing concession agreements, a comprehensive analysis of contractual investment relations, the definition of the legal nature and essence of this legal design, and the development on this basis of scientifically grounded recommendations for improving national legislation in the field under study.

The article analyzes the peculiarities of the concession agreement and its legal nature. It is expected that the study of the legal regulation of investment activity on a concession basis will reveal new legal opportunities for attracting investments in the economy and social sphere of the Republic

of Belarus, and will serve to develop new theoretical and practical approaches to this problem. In the scientific plan, the relevance of the study is due to the insufficient development in the domestic legal literature on the problems of legal regulation of relations in the field of investment activities up to as well as the reform of investment legislation in the Republic of Belarus. Theoretical development of issues related to the application of elements of legal regulation of investment activity on the basis of contractual models helps to determine the compliance of investment legislation with the realities of today and identify new opportunities for its development.

Поступила в редакцию 24.04.2018

Введение

В настоящее время в Республике Беларусь формируются новые тенденции для благоприятного ведения бизнеса, реализуется комплекс мер, направленных на повышение конкурентоспособности и устойчивости экономики.

Инвестиции являются одной из важнейших составляющих экономического потенциала страны. Эффективная инвестиционная деятельность непосредственно определяет рост предпринимательской и инновационной активности, без чего невозможен переход страны к инновационному социально ориентированному типу развития.

Центральное место в организации инвестиционной деятельности занимает регулирование договорных отношений, опосредующих процесс реализации инвестиционных проектов, и прежде всего возможность правильного выбора участниками гражданского оборота договорных моделей, от обоснованности и эффективности которых зависят в конечном итоге инвестиционный климат и возможность разрешения ряда хозяйственных и социальных проблем. Соответственно на первый план выходит процесс формирования системы гражданско-правовых договоров, направленных на реализацию инвестиционных проектов в Республике Беларусь. С целью привлечения инвестиций в Республике Беларусь был принят ряд специальных нормативных правовых актов, направленных на регулирование инвестиционной деятельности вообще и договорных отношений в частности. Однако, несмотря на значимость принятия специальных законов, регулирующих инвестиционную деятельность, приток инвестиций остался небольшим. Одной из причин этого является отсутствие четкого механизма предоставления гарантий для инвесторов, в особенности иностранных, декларативный характер многих положений законов, а также необходимость дальнейшей их доработки с учетом накопленного опыта Республики Беларусь в привлечении инвестиций за последнее время.

От скорейшего формирования инвестиционного законодательства зависит привлечение крупномасштабных инвестиций в экономику страны, а также создание необходимых условий для дальнейшего улучшения инвестиционного климата Республики Беларусь.

Теоретическая разработка вопросов, связанных с применением элементов правового регулирования инвестиционной деятельности на основе договорных моделей, актуальна, так как помогает определить соответствие инвестиционного законодательства реалиям сегодняшнего дня и выявить новые возможности для его развития.

На наш взгляд, изучение договорных моделей, которые используются в инвестиционной сфере, будет способствовать дальнейшему совершенствованию инвестиционного законодательства Республики Беларусь, а также практике его применения.

В исследовании анализируются особенности концессионного договора и его правовая природа. Предполагается, что изучение правового регулирования инвестиционной деятельности на концессионной основе позволит выявить новые правовые возможности для привлечения инвестиций в экономику и социальную сферу Республики Беларусь, послужит разработке новых теоретических и практических подходов по данной проблематике.

Концессия и концессионный договор не являются новым институтом для белорусского права, однако в отечественной научной юридической литературе можно встретить лишь разрозненные теоретические исследования отдельных проблем концессионной деятельности (большинство из них затрагивает отношения более общего характера – взаимодействие государства и частного инвестора). Полноценного, комплексного исследования, имеющего целью упорядочить полученный ранее опыт концессионных правоотношений, в отечественной правовой литературе не проводилось. Представляется, что такая задача является первостепенной при разработке нормативной правовой базы государственно-частного партнерства на концессионной основе.

Большое внимание изучению концессионных отношений уделялось российскими учеными и специалистами в области экономики и права. Значительный вклад в исследование истории становления и перспектив развития рассматриваемого института внесли С. А. Сосна [1], Н. Г. Доронина [2], В. Г. Варнаевский [3], Б. Д. Клюкин [4], О. Н. Савинова [5].

В работах И. С. Вахтинской проводится анализ гражданско-правовых признаков концессионного соглашения, а также сравнительно-правовое исследование регулирования концессий в законодательстве Российской Федерации, Европейского союза, национальном законодательстве Франции, Италии, некоторых стран Восточной Европы и СНГ [6, 7, 8].

Комплексному изучению теории и практики применения концессий как формы государственно-частного партнерства посвящены исследования В. Ф. Попондопуло [9, 10], А. В. Белицкой [11], А. И. Попова [12].

Большой интерес представляет монографическое исследование Е. Б. Козловой, в котором концессия рассматривается как элемент системы инвестиционных соглашений, направленных на создание объектов недвижимости [13].

В работах Ж. Веделя [14], Д. Н. Бахраха [15], В. Г. Розенфельда и Ю. Н. Старилова [16] исследуется теория административного договора, а концессионный договор рассматривается как его вид.

В то же время по причине изменения политико-экономических и правовых отношений многие высказанные ранее суждения относительно правовой природы концессионных соглашений в настоящий момент носят достаточно спорный характер. При этом концессионные отношения в том виде, в котором они легализованы в современном законодательстве, не удостоились обстоятельного и развернутого исследования.

Необходимо обобщение существующих отечественных и зарубежных доктринальных исследований для изучения концессионных отношений и концессионного договора (соглашения) как целостного правового явления.

Основной контент

Вопрос о правовой природе концессионных договоров является одним из ключевых для решения задачи совершенствования инвестиционного законодательства. Исследование правовой сущности концессионных соглашений поможет определить место концессионного законодательства в системе других нормативных актов, регулирующих хозяйственное использование государственного имущества частными лицами, принять единые принципы регулирования отношений, связанных с концессионной деятельностью.

В настоящее время концессионные соглашения оцениваются учеными по-разному.

1. Отдельные юристы относят *концессию к категории административно-правовых договоров (публично-правовая концепция)*. По их мнению, административно-правовая природа концессионного договора предопределена ее субъектным составом. Государственно-властный субъект – обязательный атрибутивный признак административного договора. Участвуя в административном договоре, государственный орган выступает в качестве субъекта публичного права, его статус определяется компетенцией.

В административные договоры могут включаться так называемые

оговорки об исключительных полномочиях государственной администрации.

Так, Ж. Ведель указывает на следующие основные прерогативы, которыми обладает администрация в соответствующих случаях на основе договорных и особенно типовых условий или режима публичной власти [14]:

- право руководства и контроля;
- режим санкций;
- право одностороннего изменения условий исполнения договоров;
- право расторжения договора администрацией.

По мнению Д. Н. Бахраха в качестве административных договоров целесообразно рассматривать и так называемые договоры о концессии публичной (государственной) службы, посредством которых орган исполнительной власти и особенно местная администрация делегируют хозяйственным товариществам и обществам, а также лицам, занимающимся предпринимательской деятельностью, т. е. юридическим и физическим лицам, часть своих функций и полномочий, связанных с обеспечением жизненно важных общественных потребностей и интересов граждан, с поддержанием порядка на соответствующих территориях. К таким административным договорам можно, в частности, отнести соглашения городской администрации с акционерными и арендными предприятиями городского транспорта по ремонту жилищного фонда, осуществлению очистительных мероприятий и др. В этих соглашениях предусмотрены двусторонние специальные обязательства: администрация осуществляет дотационные выплаты; администрации предприятий отвечают за качественное выполнение принятых на себя условий (например, точно выдерживать график движения автобусов, трамваев и троллейбусов, производить уборку и вывоз бытовых отходов в ранние утренние часы и подвергать их полному уничтожению) [15].

В. Г. Розенфельд и Ю. Н. Стариков [16] указывают на необходимость принятия в Российской Федерации специального закона об административных договорах, в котором следует предусмотреть возможность передачи в концессию природных объектов.

2. *Концепция международного права* (основывается на теории «интернационализации коммерческих контрактов» [13]) обоснована в работах В. Мозолина, М. Кулагина, Жана Шапира и др. Многие американские авторы (например, Л. Сон, Р. Бакстер) также оценивают эти соглашения как международно-правовые [17, с. 131].

Исходя из данной концепции, концессионный договор по своему значению должен оцениваться уже не с позиций национального законодательства государства, а с позиций международного публичного

права. Своеобразным аргументом в пользу такой трактовки договора служит тезис о том, что стабилизационные оговорки, обычно присутствующие концессионному договору, являются изъятием из общего права, т. е. в данном случае из права национального.

Как отмечает В. Н. Лисица, применимым правом к инвестиционным договорным отношениям, осложненным иностранным элементом, может выступать не только национальное право определенного государства, но и избранная сторонами иная совокупность норм (международные договоры, общие принципы права, *lex mercatoria*, *ex aequo et bono* («по справедливости») и др.). При этом в целях защиты публичных интересов принимающего государства представляется необходимым в ряде случаев ограничить действие отдельных норм применимого иностранного права путем использования сверхимперативных норм (норм непосредственного применения) принимающего государства к инвестиционным отношениям, осложненным иностранным элементом, в частности, к правам и обязанностям по инвестиционному договору (соглашению) между иностранным инвестором и принимающим государством, имеющему комплексный (межотраслевой) характер, например к СРП (*соглашение о разделе продукции*), и концессионным соглашениям, что следует прямо предусмотреть как в действующем законодательстве, так и международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений [18].

3. *Концепция смешанного публично-частного договора* (концепция-«гибрид») отрицает однозначную гражданско- и публично-правовую природу концессионных договоров. С. А. Сосна называет концессионный договор гетерогенным, т. е. договором, разнородным по своему содержанию и форме, соединяющим в себе нормы разнородных, принципиально различных отраслей права (публичного и частного) [1, с. 67]. Этим он отличается от смешанного гражданско-правового договора, соединяющего в себе элементы нескольких гражданских договоров. По форме гетерогенный договор может состоять из двух глубоко различных частей: собственно соглашения (договорных условий) и регламентарных (типовых) условий.

На комплексную («двойственную») правовую природу, сочетающую частноправовые и публично-правовые элементы, указывает в своей работе и А. В. Багдасарова [20]. Частноправовыми элементами являются имущественные эквивалентно-возмездные отношения сторон концессионного соглашения. Публично-правовые элементы проявляются в наличии в концессионном соглашении значимого общественного интереса. Проведенный автором анализ свидетельствует о возможности отнесения концессионного соглашения к нетипичным институ-

там гражданского права, в которых сочетаются элементы различных отраслей права. Доктрина о нетипичных институтах гражданского права позволяет регулировать концессионные отношения той отраслью права, к которой преимущественно тяготеют данные отношения (гражданским правом) и вместе с тем применять *mutatis mutandis* (с учетом соответствующих различий) нормы другой соответствующей отрасли права, которая регулирует аспекты концессии, выходящие за рамки гражданского права.

Возражая против трактовки правовой природы инвестиционных (концессионных) соглашений с участием публично-правового образования (включая соглашения о публично-частном партнерстве) как публично-частных договоров, В. Ф. Попондопуло подчеркивает, что никаких публично-частных правоотношений в природе не существует, они могут быть либо частными, либо публичными [10]. Инвестиционные правоотношения с участием публично-правового образования, включая соглашения о публично-частном партнерстве, являются частными правоотношениями.

Автор отмечает, что субъект государственного управления может выбрать форму реализации государственных функций, используя форму публичного права (административный акт) или форму частного права (частноправовой договор). Категории административного договора или административно-частного договора – это некие химеры, которые не вписываются в дуалистическую систему права, его деление на публичное и частное право. С практической точки зрения каждый раз, оценивая природу формы реализации государственных функций, следует определять те нормы права, которые подлежат применению: нормы публичного права или нормы частного права, а в зависимости от этого – подлежащий применению порядок защиты нарушенных прав: гражданское судопроизводство или судопроизводство по делам, возникающим из публичных правоотношений. По мнению А. А. Иванова, «четкое разграничение предметов отраслей публичного и частного права – путь к разрешению противоречий между ними и устранению частно-публичных «уродцев» [21, с. 76]. Что касается так называемых публично-частных отношений, то даже самое сложное общественное отношение можно разложить на простые отношения соответственно частного или публично-правового характера, пользуясь критериями, определяющими характер отношения: субординационное или координационное отношение, наличие или отсутствие воли у субъектов, характер защищаемого интереса и другими критериями, характеризующими предмет и метод правового регулирования [22]. Е. А. Суханов считает, что некорректные попытки использования гражд-

данско-правового механизма в публичной сфере ради решения сиюминутных экономических задач создают абсурдные ситуации, ведут к размыванию границ между различными отраслями права [23, с. 61].

4. *Цивилистическая концепция.* И. С. Вахтинская [6, 7] и ряд других авторов отмечают, что в современный период наблюдается законодательная и практическая тенденция к использованию цивилистической модели договора в процессе регулирования концессионных отношений с участием публичных образований и частных хозяйствующих субъектов, что обусловлено существенным расширением автономии воли сторон при заключении концессионного соглашения (договора) и соблюдением принципа их юридического равенства при отсутствии властно-подчиненного характера отношений в процессе исполнения договорных обязательств.

Обосновывается вывод о том, что концессионное соглашение обладает целым рядом конституирующих признаков цивилистического договора, главным из которых является юридическое равенство сторон отношений, обеспечиваемое в концессионных отношениях легальным запретом для публично-правового образования изменять или прекращать договор своей односторонней волей, а также выдавать концессионеру обязательные к исполнению указания, не основанные на заключенном между сторонами соглашении.

В то же время усмотрение сторон в определении существенных условий концессионного соглашения поставлено в более узкие рамки, определяемые характером опосредуемых договором товарно-денежных отношений и присущей концессионным объектам повышенной социальной нагрузкой.

Принципиальное отличие современного концессионного соглашения от иных гражданско-правовых договоров состоит в оправданном ограничении автономии воли концессионера при определении существенных условий соглашения, а также в возложении на концессионера обязанности в форме долженствования непрерывно осуществлять эксплуатацию концессионного объекта, удовлетворяя потребности населения.

Указанные юридические особенности института концессионного соглашения (договора) представляют собой своеобразную инкорпорацию публично-правовых элементов в гражданско-правовые отношения.

5. Есть среди исследователей и точка зрения, сторонники которой считают заведомо неплодотворными попытки привязать государственные инвестиционные контракты к той или иной по своей природе разновидности договоров. Они относят их к *особой, отдельной группе догово-*

ров, отличных как от публично-, так и от частноправовых. Стороны, заключающие такой договор, могут в зависимости от конкретных обстоятельств придать его содержанию относительно более административный либо, напротив, относительно частноправовой характер.

В целях повышения инвестиционной привлекательности государства посредством создания условий для практической реализации концессионных проектов 12 июля 2013 г. был принят Закон Республики Беларусь «О концессиях» (далее – Закон), устанавливающий правовые основы осуществления инвестиций на основе концессий на территории Республики Беларусь [24].

Статья 1 Закона определяет концессию как основанное на концессионном договоре право владения и пользования объектом концессии или право на осуществление вида деятельности. Под концессионным договором понимается 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. Данные определения не позволяют раскрыть сущность (правовую природу) концессионных отношений, не проведя анализ отличительных признаков концессионного договора.

Важная отличительная черта концессии состоит в том, что стороной в правоотношении всегда является государство, а разрешение на осуществление деятельности связано с монопольным правом государства на объект деятельности (вещей, находящихся в государственной собственности, или вещей, изъятых из оборота) либо на занятие деятельностью, являющейся прерогативой государства.

Под концедентом согласно Закону понимаются Республика Беларусь или ее административно-территориальная единица, от имени которых выступают концессионные органы, заключившие концессионный договор с концессионером.

Согласно ст. 124 Гражданского кодекса Республика Беларусь (далее – ГК) [25] административно-территориальные единицы участвует в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений. Однако государство выделяется из общей массы субъектов гражданского права, занимает среди них особое место, отличаясь рядом признаков, поскольку оно участвует в гражданском обороте не в своих частных, а в публичных интересах. Особый отпечаток на правовой режим участия государства в имущественном обороте накладывает и тот факт, что в концессиях в отличие от других гражданских правоотношений наиболее ярко выражены общественно необходимые или полезные цели. Госу-

дарство в нормативном порядке регулирует концессионные и иные имущественные отношения, принимает административные акты, которые служат основанием для возникновения, изменения и прекращения гражданско-правовых отношений, определяет правосубъектность участников имущественного оборота (в том числе относительно себя).

Концессионный договор может предусматривать право концедента на односторонний отказ от исполнения концессионного договора и (или) на одностороннее изменение его условий. В случае реализации концедентом этих прав концедент обязан компенсировать концессионеру дополнительные затраты, связанные с прекращением (изменением) концессионного договора, а также возместить реальный ущерб, понесенный концессионером в связи с расторжением (изменением) концессионного договора. При этом концессионный договор должен содержать исчерпывающий перечень оснований для реализации концедентом этих прав.

В концессионных договорах, заключаемых с иностранными гражданами, лицами без гражданства, иностранными и международными юридическими лицами (организациями, не являющимися юридическими лицами), может быть предусмотрен отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении обеспечения иска и исполнения судебного постановления или арбитражного решения. Однако сохраняется иммунитет собственности государства. Исходя из положений ст. 126 ГК, ответственность по обязательствам Республики Беларусь не распространяется на имущество, которое может находиться только в республиканской и коммунальной собственности (т. е. на потенциальные концессионные объекты).

Второй стороной концессионного договора выступает концессионер. Как показывает мировая практика реализации концессионных проектов, концессионер всегда является лицом частным и вне зависимости от степени участия в осуществлении публичных функций никогда сам не становится и не может стать публично-правовым образованием или его органом.

Концессионерам могут предоставляться исключительные права, которым соответствует обязанность субъекта власти не заключать договоры с аналогичными субъектами хозяйствования.

Вопрос о юридическом статусе концессионера, предпочтении государственного или частного инвестора является сложным и дискуссионным. Имеется много факторов, включая проблемы финансирования, собственности, возврата инвестиций, социально-экономической целесообразности, которые определяют поведение государства в этом важном вопросе.

В соответствии с принципами классической политэкономии частная компания более эффективна в своей деятельности, чем государственная. Однако в то же время с точки зрения рисков финансирования и кредитования банки и другие кредитные институты предпочитают иметь дело с государством, если предоставляется такая возможность, поскольку гарантии возврата средств в этом случае выше, а риски меньше. Некоторые обстоятельства и аргументы в пользу того или иного типа концессионера часто сами находятся в противоречии.

Компания концессии не обязательно всегда должна быть частной, чтобы быть эффективной. Правительство вправе создавать отдельное юридическое лицо со статусом государственной или смешанной компании, которая будет осуществлять финансовые операции и применять правила управления, подобные тем, что используются и в частном секторе. Это юридическое лицо может заимствовать финансовые средства, возмещающая долги (займы и проценты по ним) из источника дохода, как и любая другая частная фирма.

Такой подход часто используется за рубежом. Он позволяет обойти свойственные государству ограничения статуса, освободиться от излишней зарегулированности деятельности, регламентации и подчиненности, присущей государственной компании. Тем самым создаются условия для повышения эффективности государственного участия в реализации концессионных проектов.

В наиболее общем плане основная задача сводится к тому, чтобы в каждом концессионном проекте разумно сочетать частные и публичные интересы, закрепить состояние равновесия и справедливого распределения рисков между государством и концессионером.

Концессионерами согласно Закону выступают инвесторы, за исключением государственных юридических лиц, заключившие концессионный договор с Республикой Беларусь или ее административно-территориальной единицей.

Концессионер не вправе передавать объекты концессии в субконцессию, передавать свои права и обязанности по концессионному договору другому лицу, предоставлять объекты концессии в аренду, в том числе финансовую аренду (лизинг), безвозмездное пользование (ссуду), залог, а также закладывать свои права по концессионному договору, вносить их в качестве вклада в уставный фонд юридического лица и иными способами обременять их правами третьих лиц.

Законодательными актами или концессионным договором может быть предусмотрена обязанность концессионера страховать свои имущественные интересы в связи с реализацией концессионного договора.

Отличительным признаком концессии является особый круг объек-

тов договорных отношений. Во многих странах концессионные объекты относятся к публично-правовым государственным и муниципальным видам имущества. В частности, французская правовая теория нередко использовала для обозначения этой категории имущества специфическое понятие административной собственности государства, обслуживаемое отдельным корпусом норм административного права и особой ветвью правосудия – административной юстицией [1, с. 59].

Объекты, образующие государственную собственность государства и иных властных институтов, независимо от того, как они конкретно квалифицируются законодательством в разных правовых системах, разнообразны по своей имущественной природе и потребительским свойствам. К ним в первую очередь следует отнести категорию объектов, которые в странах континентального права именуется имуществами общего пользования, т. е. по чисто объективным признакам в силу природной свойственности они изначально не могли находиться в чьей-либо частной собственности, а, напротив, могли пребывать только в общественной собственности, чтобы пользоваться ими были в состоянии все члены общества или так называемого территориального коллектива (коммуны, муниципии). Их основу образовали известные еще со времени римского права «общие для всех вещи» (воздух, солнце, море, проточная вода, общественные пути сообщения и т. п.), а также «государственные» вещи, религиозные вещи и т. д.

Основные положения правового режима подобных объектов определяются следующими фундаментальными признаками – их общественной природой и невозможностью присвоения в частную собственность. Так, в соответствии с законодательством многих стран континентального права имущество общего пользования неотчуждаемо и неотъемлемо, вследствие чего оно не может быть подвергнуто судебному аресту, в отношении него не существует сроков давности владения, на него не устанавливаются сервитуты. Это означает ограниченную оборотоспособность таких объектов либо полное исключение из гражданского оборота, что в свою очередь ограничивает возможности их использования на рыночных, конкурентных основах.

Во многих государствах категории такого имущества выходят далеко за пределы природных ресурсов и распространяются, в частности, на отрасли так называемых естественных монополий, на многие объекты социальной и экономической инфраструктуры и научно-технического обеспечения, огромную сферу коммунальных услуг, городского хозяйства, транспорта общего пользования и другие подобные объекты.

На наш взгляд, хотя концессия чаще всего сопряжена с использова-

нием государственного имущества, объектом (или предметом) договора выступает не имущество как таковое, а именно инвестиционная деятельность концессионера, направленная на реализацию концессионного проекта – производство работ, оказание услуг, строительство, хозяйственная эксплуатация, управление и т. п.

В целом концессионная деятельность должна способствовать совершенствованию существующих методов управления государственным имуществом и эффективному его использованию.

В качестве квалифицирующего признака концессионного договора выступает и порядок определения концессионера.

Как показывает мировая практика, предоставление концессий преимущественно осуществляется по конкурсу. Критерии отбора концессионера могут быть самыми различными. В странах Латинской Америки, например, в автодорожных концессиях используются следующие основные критерии: максимальные концессионные платежи, минимальные тарифы, чистый доход и др. Часто эти критерии применяются в различных сочетаниях и комбинациях.

В Европе существенную роль играют качественные показатели деятельности потенциального концессионера. Среди наиболее важных критериев оценки претендентов на получение автодорожных концессий в ЕС используются потребность в государственной субсидии для реализации проекта, обоснованность финансового плана, техническое качество проекта и плата за проезд.

Как правило, процедура выбора концессионера включает два этапа. На первом этапе претенденты проходят предварительный квалификационный отбор, на котором оцениваются представленные ими технические предложения. На втором этапе особое внимание уделяется финансовым аспектам предложений и осуществляется окончательный выбор концессионера.

Стадия предварительного квалификационного отбора часто используется при реализации дорогостоящих проектов в США, Великобритании, Франции, ФРГ, Испании, Японии и других странах. Этот этап не всегда необходим, но он рекомендуется и Всемирным банком, и ЕС, поскольку позволяет минимизировать риски участия в конкурсе некомпетентных инвесторов, пробующих войти в бизнес, которого они не знают.

Если целью правительства является сокращение государственных расходов, оно должно использовать финансовые критерии (самое высокое предложение цены на концессию, минимальная субсидия и т. д.). Например, в Бразилии при предоставлении концессии на региональные железнодорожные линии главным критерием по определению победи-

теля было самое высокое предложение цены со стороны потенциальных концессионеров, которую они должны были выплатить правительству. Требовалось также, чтобы концессионер внес первый концессионный платеж сразу после подписания договора концессии. Другими критериями были финансовое положение претендента, его производственная компетентность и эксплуатационные характеристики предложения [3].

Если договор концессии ставит во главу угла тарифы и качество обслуживания, то предложения претендентов должны оцениваться по критерию минимального тарифа и включать штрафы за недостижение целей по качеству работ. Могут превалировать также социальные цели, отраженные в предложениях, которые формулируют сами концессионеры. Во Франции государство помимо финансовой стороны предложения потенциального концессионера особую важность придает вопросам безопасности и мероприятий по охране окружающей среды.

Критерии не всегда могут быть определены количественно или измерены. Во многих случаях концессионер выбирается путем нахождения компромиссного варианта, например, между объемом требуемой субсидии и репутацией компании.

В соответствии с положениями Закона в Республике Беларусь концессионер определяется посредством проведения конкурса или аукциона. При этом под аукционом понимаются торги, при которых выигравшим торги признается участник, который предложил в ходе их проведения наибольший размер разового платежа, а конкурс представляет собой торги, при которых выигравшим торги признается участник, предложения которого по заключению комиссии по проведению конкурса содержат лучшие условия для осуществления концессии в соответствии с критериями оценки предложений участников конкурса по сравнению с предложениями других участников.

Заключение концессионных договоров без проведения конкурса (аукциона) допускается только:

- по решению Президента Республики Беларусь при нецелесообразности проведения закрытых конкурсов (аукционов) при предоставлении в концессию объектов концессии, сведения о которых составляют государственные секреты, и объектов концессии, имеющих стратегически важное значение для Республики Беларусь;

- в случаях, если конкурс (аукцион) признан несостоявшимся в силу того, что заявление на участие в нем подано только одним участником (при соответствии предложений единственного участника условиям конкурса (аукциона) с ним заключается концессионный договор на предложенных им условиях);

– по истечении максимального срока действия концессионного договора концессионер, добросовестно выполнявший условия этого договора, имеет право на заключение нового концессионного договора в отношении того же объекта концессии без проведения конкурса (аукциона) на согласованных с концедентом условиях.

Конкурсы (аукционы) преимущественно являются открытыми, за исключением случаев предоставления в концессию объектов концессии, сведения о которых составляют государственные секреты, и по объектам концессии, имеющим стратегически важное значение для Республики Беларусь. Заявление на участие в закрытом конкурсе (аукционе) могут подавать инвесторы, которым концессионным органом направлены приглашения принять участие в таком конкурсе (аукционе).

Таким образом, порядок выбора концессионера основывается на одном из центральных гражданско-правовых начал – принципе свободы договора.

Заключение

Одной из основных целей практического внедрения концессионно-го механизма регулирования инвестиционной деятельности выступает привлечение инвестиций в наиболее значимые сектора экономики Республики Беларусь. Закон прямо не указывает на гражданско-правовую природу концессионных отношений. Однако, на наш взгляд, именно гражданско-правовое наполнение концессионного договора позволяет, во-первых, вписать концессионный договор в белорусское договорное право и, во-вторых, в конечном счете только гражданско-договорные принципы способны обеспечить права концессионера, причем не только в нынешних условиях, но и в перспективе, когда особые государственные гарантии концессионеру станут всего лишь дополнительным средством обеспечения его интересов.

Вывод о частноправовой природе концессионных соглашений с участием публично-правового образования имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Исходя из частноправовой природы таких соглашений в законодательстве, регулирующем указанные соглашения, включая законодательство о государственно-частном партнерстве, следует последовательно проводить принцип равенства участников соглашений.

В качестве одного из вариантов правового закрепления гражданско-правовой сущности концессионных отношений предлагается непосредственно в концессионном договоре предусмотреть возможность применения в соответствующих частях правил гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении.

Концессионное законодательство Республики Беларусь базируется на гражданско-правовых принципах, которые предопределяют характер отношений органов государственной власти с частным инвестором.

Исходя из анализа положений Закона представляется возможным выделить следующие отраслевые принципы осуществления концессионной деятельности.

Принцип конкурентности. Он проявляется на стадии проведения конкурса на заключение концессионного договора. Конкурсы (аукционы) для определения концессионеров преимущественно являются открытыми. Заявление на участие в открытом конкурсе (аукционе) могут подавать любые инвесторы, за исключением государственных юридических лиц. Конкуренция среди инвесторов за участие в концессионном проекте позволяет государству выбрать эффективного партнера и снизить затраты по проекту в целом (ст. 13, 17 Закона).

Принцип невмешательства в порядок осуществления концессионной деятельности. Не допускается вмешательство в деятельность концессионеров, за исключением случаев, предусмотренных концессионным договором и (или) когда такое вмешательство осуществляется на основании законодательных актов в интересах национальной безопасности (в том числе охраны окружающей среды, историко-культурных ценностей), общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц (ст. 4 Закона).

Принцип государственного стимулирования концессионной деятельности. Концессионным договором в соответствии с законодательными актами либо по решению Президента Республики Беларусь могут быть предусмотрены льготы и преференции для концессионеров и (или) организаций, в установленном порядке созданных в Республике Беларусь концессионером либо с его участием (ст. 4 Закона).

Государство может применять широкую систему стимулов по привлечению частных компаний к участию в концессионных проектах: софинансирование, дотации из бюджета, льготный режим налогообложения, специальные таможенные режимы, гарантии по прибыльности, займам, поставкам, закупкам, снижение размера (отмена) концессионных платежей и т. п.

Принцип гарантии обеспечения прав концессионера. В случае если в течение срока действия концессионного договора законодательство изменилось таким образом, что концессионер в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного договора, если это предусмотрено концессионным договором, стороны концессионного договора изменяют условия концессионного договора в части обеспечения прав концессионера (ст. 4 Закона).

Принцип защиты прав и законных интересов концессионеров. Данный принцип нашел выражение в гарантиях государства по защите инвестиций, предоставлении права на вывоз из Республики Беларусь принадлежащей ему продукции, произведенной в результате осуществления деятельности при реализации концессионного договора, и полученной прибыли (доходов), в предоставлении гарантий защиты от изменений законодательства и обеспечении гласности в концессионной деятельности, а также в закреплении порядка разрешения споров (ст. 4, 30, 35 Закона).

На наш взгляд, основополагающим выступает *принцип равенства сторон концессионного договора*, так как он предопределяет гражданско-правовую природу концессионных правоотношений.

Закон лишь косвенно отражает инвестиционный характер концессий. Однако концессионные договоры, в первую очередь, должны заключаться не с целью переложить бремя содержания государственного имущества на частных субъектов, а для реконструкции, модернизации объектов государственной собственности, привлечения современных технологий, методов хозяйствования и т. п. Учитывая инвестиционную природу концессий, предлагается закрепить в качестве существенного условия концессионного договора цель его заключения – осуществление инвестиционного проекта (с указанием состава, общего и минимальных промежуточных объемов инвестиций за определенный период). Соответственно неоднократное, грубое нарушение указанного условия может послужить основанием для досрочного расторжения концессионного договора по инициативе концедента.

Однако следует учитывать специфический характер объектов концессии и их особую значимость для государства. В качестве механизма, обеспечивающего публичные интересы при осуществлении концессионной деятельности, предлагается:

– во-первых, закрепить в качестве существенного условия договора возможность и порядок проведения со стороны концедента контроля на всех этапах осуществления концессионного проекта с учетом соблюдения его коммерческой тайны;

– во-вторых, закрепить возможность одностороннего расторжения концессионного договора со стороны концедента, например, в случаях ухудшения экологического состояния при эксплуатации природного объекта вне зависимости от вины концессионера. При этом должны быть предусмотрены гарантии добросовестного концессионера на компенсацию понесенных затрат. В качестве альтернативного способа возмещения экономических, экологических и тому подобных потерь предлагается использовать страхование рисков как обязательного условия концессии.

Список использованных источников

1. Сосна, С. А. Концессионное соглашение: теория и практика / С. А. Сосна. – М. : Нестор Академик Паблшерз, 2002. – 256 с.
2. Доронина, Н. Г. Концессионный договор: правовые и экономические аспекты / Н. Г. Доронина. – М., 2000. – 245 с.
3. Варнавский, В. Г. Концессионный механизм партнерства государства и частного сектора / В. Г. Варнавский. – М. : ИМЭМО, 2003. – 271 с.
4. Клюкин, Б. Д. Горное законодательство в странах западной Европы и Америки / Б. Д. Клюкин. – М. : Городец – издат., 2000. – 443 с.
5. Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству Российской Федерации / О. Н. Савинова. – Казань : Новое знание, 2006. – 200 с.
6. Вахтинская, И. С. Соотношение публично-правовых и частных правовых начал в концессионном соглашении / И. С. Вахтинская // Законодательство. – 2007. – № 8. – С. 30–37.
7. Вахтинская, И. С. Природа прав концессионера / И. С. Вахтинская // Законодательство. – 2007. – № 10. – С. 15–23.
8. Вахтинская, И. С. Правовое регулирование концессионных соглашений в рамках Европейского Сообщества / И. С. Вахтинская // Законодательство. – 2008. – № 4. – С. 61–69.
9. Попондопуло, В. Ф. Публично-частное партнерство: понятие и правовые формы / В. Ф. Попондопуло // Арбитражные споры. – 2014. № 2. – С. 81–100.
10. Попондопуло, В. Ф. правовые формы реализации инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования / В. Ф. Попондопуло // Правоведение. – 2013. – № 2. – С. 79–92.
11. Белицкая А. В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства / А. В. Белицкая. – М. : Статут, 2012. – 191 с.
12. Сазонов, В. Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты / В. Е. Сазонов ; кафедра административного и финансового права Российского ун-та дружбы народов / предисл. д-ра юрид. наук, проф. А. Б. Зеленцова. – М., 2012. – 492 с.
13. Козлова, Е. Б. Система договоров, направленных на создание объектов недвижимости / Е. Б. Козлова. – М. : КОНТРАКТ, 2013. – 368 с.
14. Ведель, Ж. Административное право Франции / Ж. Ведель. – М.: Прогресс, 1973. – 512 с.
- 15.

16. Бахрах, Д. Н. Административное право : учебник / Д. Н. Бахрах, Б. В. Россинский, Ю. Н. Старилов. — 3-е изд., пересмотр. и доп. — М., 2008. — 816 с.

17. Розенфельд, В. Г. Проблемы современной теории административного договора / В. Г. Розенфельд, Ю. Н. Старилов // Правоведение. — 1996. — № 4. — С. 47–63.

18. Гусейнов, О. Юридическая природа инвестиционных соглашений (на примере Азербайджанского нефтяного соглашения с иностранными компаниями) / О. Гусейнов // Хозяйство и право. — 1996. — № 12. — С. 127–138.

19. Лисица, В. Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения / В. Н. Лисица. — Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. — Новосибирск : РИФ-Новосибирск, 2011. — 467 с.

20. Налетов, К. И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения / К. И. Налетов // Право и политика. — М. : Nota Bene, 2005. — № 3. — С. 28–36.

21. Багдасарова, А. В. Концессионное соглашение в гражданском праве России и зарубежных стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Багдасарова. — М., 2009. — 32 с.

22. Иванов, А. А. Понятие «имущественные отношения» и проблемы налогового права / А. А. Иванов // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 1. — С. 76.

23. Богдановская, Г. Н. Межотраслевая адаптация частнопроводных конструкций / Г. Н. Богдановская // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 6. — С. 48.

24. Суханов, Е. А. Осторожно: гражданско-правовые конструкции / С. А. Суханов // Законодательство. — 2003. — № 9. — С. 61.

25. О концессиях : Закон Респ. Беларусь, 12 июля 2013 г. № 63-3 // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. — 25.07.2013. — 2/2061.

26. Гражданский кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : 7 дек. 1998 г., № 218–3 : принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г. : одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 10.01.2011 г. // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «Юр-Спектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2018.