



**Малиновский М.**  
Партнер Legal Capital Partners

## НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЯХ

[Оригинальная статья была опубликована в журнале «Рынок ценных бумаг» за ноябрь 2009 г.]

**П**онимая бесперспективность рассуждений о привлечении новых источников финансирования экономики государства, в настоящей работе мы провели общий анализ проблем формальной (юридической) составляющей проектного финансирования в России.

Как и любая сделка, сделка в сфере проектного финансирования состоит из двух составляющих:

- экономической – в качестве «вектора», определяющего, чей капитал и в каком объеме будет задействован в проекте, а следовательно, и чьи интересы будут определять его движение;
- формальной – юридической составляющей, придающей определенную форму инвестициям.

Формальные требования к проектному

финансированию на федеральном уровне определяются в первую очередь Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон № 115-ФЗ). Главная задача данного закона – создание нормативной базы, обеспечивающей интересы участников сделок, совершаемых в сфере государственно-частного сотрудничества (*private public partnership*).

Основная цель инвесторов – участников сделки по проектному финансированию – остаться в выгоде (*stands to gain*), а юристов, структурирующих подобные сделки, – найти надлежащую правовую форму, отражающую интересы сторон с учетом того, что обязательным участником сделки является государство. Участие государства в сделке проектного финансирования несет в себе вполне определенный для любого субъекта частного права риск, поскольку именно оно принимает законы, таким образом определяя правила игры и контролируя их соблюдение.

Пункт 1 ст. 1 Закона № 115-ФЗ закрепляет следующее: «Целями настоящего Федерального закона являются привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям».

Исходя из данной нормы, главной целью Закона № 115-ФЗ является привлечение инвестиций в экономику России в такой форме, которая обеспечит эффективное использование имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности. Очевидно, что привлечение капитала предполагает создание условий, при которых инвестиции в нашу страну станут менее рискованными и более выгодными, нежели в страны, схожие по экономическим и политическим условиям<sup>1</sup>.

Однако при этом нормы закона больше сконцентрированы на фиксации гарантий публичных образований как выгодоприобретателя по сделке. Для подтверждения этого достаточно изучить перечень фактов, признаваемых существенными нарушениями концессионного соглашения,

<sup>1</sup> Для оценки эффективности капиталовложений инвестору важно учитывать потенциальные риски, в том числе юридические, позволяющие дисконтировать приведенную стоимость инвестиций. Таким образом, чем больше гарантии для инвесторов, тем меньше рисков, дисконтирующих приведенную стоимость инвестиции.

приведенный в п. 2 ст. 15 Закона № 115-ФЗ: «Существенными нарушениями условий концессионного соглашения являются:

- нарушение сроков создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения;
- использование (эксплуатация) объекта концессионного соглашения в целях, не установленных концессионным соглашением, нарушение порядка использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;
- неисполнение концессионером обязательств по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
- прекращение или приостановление концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, без согласия концедента;

неисполнение или ненадлежащее исполнение концессионером установленных концессионным соглашением обязательств по предоставлению гражданам и другим потребителям товаров, работ, услуг, в том числе услуг по во- до-, тепло-, газо- и энергоснабжению, услуг по водоотведению, услуг транспорта общего пользования».

Вполне очевидно, что в приведенном перечне отсутствуют основания, позволяющие концессионеру рассчитывать на дополнительную защиту от неправомерных действий концедента. Данное обстоятельство — не единственный фактор, который в системном толковании положений Закона № 115-ФЗ с нормами гражданского права России не позволяет пока достичь целей, обозначенных в ст. 1 названного закона. Более существенными пробелами законодательства, на наш взгляд, являются отсутствие, во-первых, вещно-правового титула у концессионера на объект концессионного соглашения и, во-вторых, специальных правил судебной защиты концессионера.

Обоснуем кратко значимость данных факторов для инвестора.

## **ВЕЩНО-ПРАВОВОЙ ТИТУЛ**

Особенностью вещных прав является закрепление их объема в законе. При этом вещные права имеют особые способы защиты. Все это делает вещные права основой экономического оборота недвижимого имущества, что обеспечивается также особым способом их фиксации (реестр) и легитимизации обладающего правом лица. В связи с этим, признавая право собственности за концедентом и принимая во внимание цели Закона № 115-ФЗ, законодатель мог бы предусмотреть особый производный вещно-правовой титул для концессионера (своеобразный *ius in re aliena*), выделив его из ряда остальных субъектов частного права – несобственников.

В настоящее же время концессионер в силу Закона и соглашения получает лишь правомочия владельца и пользователя объектом соглашения. Причем указанные права он получает в силу обычной обязательственной сделки, заключаемой в особом порядке. В общем, в силу принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ) для заключения концессионных соглашений и не требовалось принятия специального закона, поскольку сконструировать обязательственные отношения между публичным образованием и инвестором можно было бы и на основании общих норм ГК РФ при условии наличия политической воли самого публичного образования.

Российское гражданское право (в отличие, к примеру, от германского<sup>2</sup>) не признает особого вида вещного права – права владения. Таким образом, владелец в Германии и владелец в России имеют разные правовые статусы (причем не в пользу последнего). Очевидно, что данный факт должен

---

<sup>2</sup> Более подробно о владении в германском гражданском праве см.: Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому гражданскому праву. Москва: «Статус», 2004. С. 66 – 68; 32 – 38.

привлечь внимание иностранного инвестора, интересующегося законодательством страны, в которую он собирается инвестировать.

## СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА КОНЦЕССИОНЕРА

С вопросом оформления прав концессионера на объект соглашения связан вопрос защиты этого права. Иными словами, для участников хозяйственных отношений важно учитывать риски потенциальных правопритязаний. Однако Закон № 115-ФЗ в целом не предлагает каких-либо эффективных решений такого вопроса. В то же время этот вопрос очень важен, поскольку арбитром в отношениях государственно-частного сотрудничества, как правило, выступает участник таких отношений – публичный собственник (государство). В связи с этим становится очевидным, что для подобных категорий дел должен быть предусмотрен особый порядок рассмотрения.

Уже сейчас можно предсказать, что сила судебного фактора в ближайшее время для иностранных инвесторов, планирующих капиталовложения в Россию, окажется решающей. Бесспорно, этому поспособствует практика, складывающаяся в настоящее время, в частности, в судах Англии. В процессе М. Черной против О. Дерипаска (известном как «дело судьбы Кларка») английский суд прямо указал, что дело должно быть рассмотрено российским судом (в частности, суд констатировал: «*Russia is the natural forum of trial of action*»). Однако, приняв во внимание возможность влияния одной из сторон спора на судопроизводство в Российской Федерации, английский суд все же принял дело к своему рассмотрению<sup>3</sup>. Подобная практика, выявляя немаловажные риски, наносит серьезный урон авторитету российских судов на международной арене и, как следствие, уводит инвестиции от российской экономики.

Исправить ситуацию в целях укрепления институтов государственно-частного сотрудничества, на наш взгляд, возможно, к примеру, путем установления правила об обязательном рассмотрении Высшим арбитражным судом Российской Федерации как наиболее авторитетной судебной инстанции в России споров, связанных с реализацией проектов в сфере государственно-частного сотрудничества. Введение такого правила не позволит наиболее квалифицированной судебной инстанции «уходить» от рассмотрения споров в порядке надзора в силу допущений законодательства, действующих в настоящее время. Действие подобного правила необходимо до тех пор, пока все стороны рассматриваемых отношений не будут уверены, что дела на местах будут разрешаться на самом высоком уровне.

Принимая во внимание вышесказанное, мы вынуждены констатировать необходимость серьезной модернизации законодательства, регулирующего сферу проектного финансирования. Нормативная база, регулирующая сферу инвестиций, должна быть нацелена, прежде всего, на создание системы эффективных гарантий лица, предоставляющего свой капитал для реализации проекта. Если инновационные решения не найдут отражения в государственной политике в ближайшее время, сфера частно-публичного сотрудничества может не получить действительно системного развития, при котором проекты будут двигаться общими интересами, а не политической волей.

---

<sup>3</sup> 21 июля 2009 г. данное дело был подтверждено апелляционной инстанцией, см. текст решения апелляционной инстанции — <http://www.pravo.ru/interpavo/doc/view/120/?lang=2&page=1>