

УДК 346.32

О. В. Становая*аспірант 4-го года обучения каф. гражданско-правовых дисциплин**Белорусского государственного экономического университета,**преподаватель каф. правовых дисциплин**Могилевского института Министерства внутренних дел Республики Беларусь**e-mail: my_jobbox@tut.by***СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ КОНЦЕССИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ И ДОГОВОРА ПОДРЯДА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ**

В результате исследования выделены основные отличительные особенности концессионного соглашения, позволяющие четко отграничить данный институт от договора подряда. Констатируется невозможность замены концессионного соглашения договором подряда ввиду его функциональной недостаточности для эффективной реализации механизма концессии. С целью совершенствования концессионного законодательства Республики Беларусь обоснована необходимость закрепления концессионного соглашения как самостоятельного института гражданского права Республики Беларусь.

Введение

Развитие социальной, транспортной, коммунальной, энергетической и иной инфраструктуры любого государства всегда тесно связано с уровнем развития экономики. При определении путей решения этих задач государство заинтересовано в повышении эффективности расходования бюджетных средств, в связи с чем привлечение частных капиталов для реализации масштабных инфраструктурных проектов выходит на новый уровень. Эффективное партнерство государства и частного бизнеса является механизмом, способствующим гармоничному развитию экономики, которое гарантирует защиту интересов различных слоев общества.

Исторически сложилось, что одной из наиболее перспективных форм государственно-частного партнерства (далее – ГЧП) является сотрудничество на основе концессий. Институт концессионного соглашения как механизм притока инвестиций имеет многовековую историю. На основе концессий были созданы такие грандиозные сооружения, как Суэцкий канал (1869), Эйфелева башня (1889), Панамский канал (1914), а также построен туннель под проливом Ла-Манш. Заложенные еще в XIX в. в период индустриализации в Европе кардинально противоположные методы правового регулирования концессионных отношений, известные в исторической ретроспективе как частно-правовая либеральная модель ГЧП («Английская концессионная схема») и публично-правовая модель взаимодействия государства и бизнеса, основанная на административном акте («Французская концессионная схема»), нашли свое отражение в современной правовой доктрине.

Сегодня существует три подхода к правовой природе концессионного соглашения, а соответственно и методам регулирования, применяемым к отношениям, возникающим на их основе. Первая концепция называет концессионное соглашение административным актом; такой позиции придерживаются Ж. Ведель [1], М. И. Кулагин [2], С. В. Шорохов [3], А. И. Попов [4]. Представители второй позиции (Б. А. Ландау [5], И. Н. Бернштейн [6], С. А. Сосна [7], К. И. Налетов [8], С. С. Селиверстов [9]) считают концессионное соглашение смешанным договором, сочетающим в себе как частно-правовые, так и публично-правовые признаки. Третья концепция (Н. Г. Доронина [10],

Научный руководитель – И. П. Манкевич, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного университета

О. В. Савинова [11], Р. М. Жемалетдинов [12], И. С. Вахтинская [13], А. В. Багдасарова [14], В. М. Савельева [15]) относит концессионные соглашения к гражданско-правовым договорам.

Однако современное развитие рыночной экономики предполагает, что при реализации долгосрочных крупномасштабных проектов необходимо выстраивать отношения контрагентов на основе частноправовых методов их регулирования с позиции согласования и баланса интересов сторон, что в большей степени сделает данную сферу более привлекательной для частных инвесторов, а инвестиционный климат Республики Беларусь более благоприятным. В связи с этим особую актуальность приобретает вопрос о дальнейших направлениях совершенствования института концессионных соглашений в Республике Беларусь, устранение причин, препятствующих развитию этой формы ГЧП, и выработка рекомендаций по совершенствованию законодательства, регулирующего концессионные отношения. Определение места концессионного соглашения в системе гражданского права Республики Беларусь, отграничение его от смежных гражданско-правовых конструкций позволит констатировать его гражданско-правовую природу и применять частноправовые методы регулирования отношений, возникающих на его основе.

Значительное количество параллелей проводится между концессионным соглашением и договором подряда. По мнению Д. Ю. Жданухина, юридическая конструкция концессионного соглашения больше всего похожа на договор подряда, где одна сторона (концессионер – российская или иностранная организация) по заданию другой стороны (концедента – Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования) производит, по сути, подрядные работы по созданию, ремонту, реконструкции и т. д. имущества, которое уже находится или будет находиться в собственности концедента [16]. Но Д. Ю. Жданухин не отождествляет концессионное соглашение и договор подряда, он отмечает определенную схожесть и выделяет существенное отличие: на время действия концессионного соглашения концессионер получает возможность владеть и пользоваться соответствующим объектом, получать с его помощью прибыль.

Я. В. Карнаков [17, с. 79] рассматривал концессионное соглашение как разновидность договора аренды, не отрицая при этом усложненность такого рода арендного правоотношения обязательствами концессионера по производству строительных работ и управлению имуществом, в отношении которого заключается концессионное соглашение.

Выделяя элементы договора подряда в концессионном соглашении, С. Н. Широков обращает внимание на наличие в концессионном соглашении базового элемента – обязательства подрядного типа, которое предусматривает обязанность концессионера создать либо реконструировать объект недвижимости (объект концессии), и в итоге констатирует, что элементы договора строительного подряда являются основой концессионного соглашения [18, с. 141].

В. М. Савельева, выделяя схожие признаки подрядных и концессионных отношений, называет разницу в целях заключения концессионного соглашения и договора подряда основным качественным отличием, которое влечет отличие в возможных сферах применения, в частности, в сфере инвестирования применение договора подряда невозможно [15, с. 146].

А. В. Багдасарова и И. С. Вахтинская, исследуя правовую природу концессионного соглашения, считали концессионное соглашение и договор подряда принципиально разными, самостоятельными правовыми конструкциями.

Согласно белорусскому законодательству договор подряда и концессионное соглашение, на первый взгляд, внешне схожи, так как присутствует общий элемент, входящий в предмет обоих договоров, – условие о выполнении работ и сдаче ее результата

заказчику, т. е. результат изготовления или внесения улучшений в индивидуально-определенную вещь имеет овеществленную (материализованную) форму. Подрядчик, как и концессионер, выполняет в соответствии с условиями договора определенную работу и передает ее результат в собственность заказчика (концедента). Согласно п. 1 ст. 662 Гражданского кодекса (далее – ГК) Республики Беларусь все работы должны быть выполнены в установленный срок, который является существенным условием договора подряда, при этом указывается как начальный, так и конечный сроки выполнения работы. В ст. 28 Закона Республики Беларусь от 12.07.2013 № 63-З «О концессиях» (далее – Закон «О концессиях») указано, что концессионное соглашение должно включать в себя срок его действия как существенное условие. Данный срок включает в себя как строительство либо реконструкцию объекта концессии, так и срок его дальнейшей эксплуатации. Учитывая цели и задачи заключения концессионного соглашения, а также иные его условия, концессионер для реализации проекта вправе самостоятельно определять необходимость привлечения третьих лиц, в том числе на основании договора подряда (в мировой практике этот субъект обозначается как оператор соглашения). Применительно к договору подряда отношения между генеральным подрядчиком и субподрядчиком регламентируются нормами ст. 660 ГК Республики Беларусь, в соответствии с которой подрядчик может привлекать к выполнению определенных работ третьих лиц.

Однако выделение вышеназванных внешне подобных договорных элементов и приближение на этом основании концессионного соглашения к договору подряда представляется неверным, т. к. детальное рассмотрение элементов правовой конструкции позволяет выявить существенные различия.

Во-первых, цели договора подряда и концессионного соглашения являются абсолютно различными, в соответствии с ними можно судить и о широте предоставляемых прав. По договору подряда производство работ является основной целью договора, а подрядчик, выполняя определенную работу за счет средств заказчика, ставит своей целью получение оплаты за нее. По концессионному соглашению создание (реконструкция) объекта является условием, которое устанавливает концедент для концессионера, определяя режим пользования предоставляемым имуществом. Концессионер инвестирует собственные средства в строительство (реконструкцию) объекта соглашения и действует на свой риск. Впоследствии он ставит своей целью получение прибыли от эксплуатации, в которую включены и собственные затраты, которые он окупает, по общему правилу, за счет предоставленной ему возможности реализовывать произведенную продукцию, оказание услуг с использованием объекта концессии в течение срока действия соглашения, таким образом, конечным плательщиком является не концедент, а пользователи либо услугоприобретатели, которые выступают третьими лицами (бенефициары), заинтересованные в приобретении продукции либо оказываемых услугах. Как отмечает С. А. Сосна, преобладающая концессионная практика заключается в хозяйственной эксплуатации самим концессионером результата работ, а произведенную продукцию он вообще получает в собственность [19, с. 21].

Во-вторых, существенные отличия имеются также по предмету договора подряда и концессионного соглашения. М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, советские ученые-цивилисты, определяли предмет договора подряда как альтернативный и двойственный, включающий выполнение работы и ее результат [20, с. 13]. Современные российские цивилисты (А. П. Сергеев, В. П. Мозолин, С. С. Алексеев) определяют предмет договора подряда как выполнение подрядчиком определенной работы и передача ее результата заказчику [21, с. 606]. В национальной системе права наиболее логичной представляется точка зрения В. Ф. Чигиря, который определял предмет договора подряда как возмездное выполнение определенной работы по заданию другой стороны и сдача ей результата

работы в определенный срок [21, с. 607]. Предмет концессионного соглашения является структурно сложным и многоуровневым.

В мировой практике предмет концессионного соглашения в своей структуре имеет одну из приведенных ниже экономических схем концессионных механизмов:

1) ВОО (объект строится и эксплуатируется концессионером, при этом он остается в собственности концессионера, который связан с концедентом обязательством при эксплуатации объекта оказывать определенный комплекс услуг в соответствии с установленными стандартами);

2) ВОТ (объект строится и эксплуатируется концессионером и в установленный срок переходит в собственность концедента);

3) ВООТ (объект строится и эксплуатируется концессионером и переходит в собственность концедента после окончания соглашения – частный случай схемы ВОО);

4) ВТО (объект строится и эксплуатируется концессионером, при этом он принимается в собственность по завершении строительства).

Таким образом, выполнение работ по строительству (реконструкции) объекта концессии является всего лишь одним из элементов предмета соглашения, который представляет достаточно широкий спектр действий концессионера, не может сопоставляться с предметом договора подряда. Учитывая, что современные тенденции развития концессионных отношений породили много суррогатных концессионных схем в различных странах, в настоящее время, помимо строительства (реконструкции), эксплуатации объекта концессии, в предмет концессионного соглашения также входит постоянное совершенствование объекта с применением новейших технологий и инноваций для достижения соответствующего мировым стандартам уровня технического развития.

В-третьих, ч. 1 ст. 32 Закона «О концессиях» предусматривает, что концессионные соглашения могут заключаться на срок до 99 лет, стратегически концессионер заинтересован в как можно более длительном сроке действия соглашения, что обеспечивает инвестиционную привлекательность проекта. Встречное предоставление со стороны концедента с финансовой точки зрения многократно превосходит вложения концессионера-инвестора на строительство, реконструкцию, поддержание в надлежащем состоянии объекта концессионного соглашения. Таким образом, распределение прав и обязанностей в концессионном соглашении является диаметрально противоположным договору подряда. В конечном итоге становится очевидным, почему концессионер вносит плату публичному образованию за предоставленные ему права на строительство и реконструкцию объекта с целью дальнейшей эксплуатации.

В-четвертых, согласно п. 1 ст. 673 ГК право собственности заказчика на объект договора подряда возникает в момент приема результата выполненной работы. Анализ норм Закона «О концессиях» показал, что момент возникновения права собственности на объект концессионного соглашения у концедента возникает после окончания строительных работ, однако этот момент не совпадает с моментом, когда объект поступает в его полное распоряжение и пользование, так как, согласно условиям соглашения, объект самостоятельно эксплуатируется концессионером в течение срока действия концессионного соглашения, после чего передается концеденту. Подрядчик, в свою очередь, не эксплуатирует объект, а договор считается надлежаще исполненным в момент приемки. Также необходимо отметить, что объект, в отношении которого заключается концессионное соглашение, должен поддерживаться концессионером в течение всего срока действия соглашения и его ответственность является повышенной по сравнению с ответственностью подрядчика.

В-пятых, в ГК Республики Беларусь имеется исключение из установленного принципа о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств (ст. 420 ГК), касающееся договора подряда. Согласно п. 4 ст. 669 ГК, если иное не пред-

усмотрено договором подряда, при наличии уважительных причин заказчик может в любое время до сдачи ему работы отказаться от договора подряда, уплатив подрядчику часть установленной цены за работу, выполненную до получения уведомления об отказе заказчика от договора. Закон «О концессиях» предусматривает возможность одностороннего расторжения концессионного соглашения по инициативе концедента в порядке, установленном законом, и только на основании ч. 5 ст. 34 Закона «О концессиях»: в случае если произошла реорганизация концессионера и (или) изменение собственника его имущества либо изменение состава его участников более чем наполовину и имеются возражения по данному поводу у Республики Беларусь как концедента. Это условие подчеркивает особую общественную значимость концессионного соглашения.

В-шестых, несмотря на внешнюю схожесть отношений генподрядчик – подрядчик и концессионер – оператор соглашения, существуют определенные различия в данных правовых конструкциях, касающиеся множественности лиц на исполняющей стороне. В подрядной системе отношений строительство и реконструкция объекта исполняются, как правило, с использованием договоров нескольких видов, заключенных с различными лицами. В данном случае могут заключаться договора строительного подряда, договора на выполнение проектных и изыскательских работ, оказание определенного вида услуг. В случае, если на стороне подрядчика выступают два и более лица, то они являются перед заказчиком либо солидарными должниками, либо должниками в пределах своей доли (ст. 661 ГК). В концессионной системе отношений функции проектирования, строительства и эксплуатации осуществляет одно лицо – концессионер, оно же и отвечает перед концедентом в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения заключенного соглашения. На концессионере лежат полностью все риски, связанные со строительством, реконструкцией объекта, участием третьих лиц, в случае их привлечения для реализации проекта. Привлеченные третьи лица отвечают по своим обязательствам перед концессионером, выступающим в данном случае заказчиком по иным договорам; взаимоотношений между данными лицами и концедентом не существует. В Законе «О концессиях» нормы, регулирующие данный вид отношений, отсутствуют, и, не рассматривая данный факт как положительный или отрицательный, можно констатировать, что он отличает договор подряда от концессионного соглашения.

Заключение

Анализ гражданского и концессионного законодательства позволяет сделать вывод, что договор концессии, в отличие от договора подряда, способен оформить отношения государства с субъектами частного бизнеса, целью которых является реализация крупномасштабных инвестиционных проектов на основе долгосрочного сотрудничества. Создание и реконструкция объекта, осуществляемая за счет собственных средств концессионера, компенсируются за счет передачи ему права владения и пользования созданным объектом, тогда как подрядчик строит на средства заказчика, получая вознаграждение за производимую продукцию. Различие в целях заключения демонстрирует невозможность заключения договора подряда в инвестиционной сфере, в то время как концессионное соглашение полностью обеспечивает механизм привлечения частных капиталов и последующей реализации крупномасштабных инфраструктурных проектов. Конструкция концессионного соглашения обеспечивает удовлетворение потребности государства в создании, реконструкции, модернизации объектов государственной собственности без непосредственной оплаты выполненных работ, что является особо важным обстоятельством в условиях постоянной экономии бюджетных средств. Разница в целях концессионного соглашения и договора подряда влечет за собой и качественное отличие в применении данных конструкций, и невозможность замены одного другим.

По нашему мнению, концессионное соглашение – это полностью самостоятельная, отличная от договора подряда и иных смежных конструкций экономическая и правовая категория, которая обладает индивидуальными особенностями, что позволяет вести речь о самостоятельном месте концессионного соглашения в системе предпринимательских договоров и доказывает необходимость его закрепления как самостоятельного института гражданского права Республики Беларусь, к которому смогут применяться в соответствующих частях правила гражданского законодательства, что станет важным шагом для окончательного становления концессионных отношений в национальном законодательстве.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Ведель, Ж. Административное право Франции / Ж. Ведель. – М. : Прогресс, 1973. – 512 с.
2. Кулагин, М. И. Правовая природа инвестиционных соглашений, заключенных развивающимися странами / М. И. Кулагин // Политические и правовые системы стран Азии, Африки, Латинской Америки : сб. науч. тр. / под ред. О. А. Жидкова. – М. : РУДН, 1983. – 169 с.
3. Шорохов, С. В. Концессионное соглашение как форма публичного управления: сравнительно-правовое исследование : монография / С. В. Шорохов. – Воронеж : Ин-т ИТОУР, 2009. – 243 с.
4. Попов, А. И. Концессионные соглашения (гражданско-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. И. Попов. – Рязань, 2007. – 175 л.
5. Ландау, Б. А. Концессионное право Союза ССР: с приложением действующих законов о порядке предоставления концессий / Б. А. Ландау. – М. : Право и жизнь, 1925. – 74 с.
6. Бернштейн, И. Н. Очерк концессионного права СССР : учеб. пособие / И. Н. Бернштейн ; под ред. М. О. Рейхель. – М. ; Л. : Госиздат, 1930. – 128 с.
7. Сосна, С. А. Концессионное соглашение: теория и практика / С. А. Сосна. – М. : Нестор Академик Паблшерз, 2002. – 256 с.
8. Налетов, К. И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения / К. И. Налетов // Право и политика. – 2005. – № 3. – С. 29–36.
9. Селиверстов, С. С. Концессионные соглашения в России: перспективы применения в сфере трубопроводного транспорта / С. С. Селиверстов // Моск. журн. междунар. права. Спец. вып. «Энергетика и право: трубопровод. транспорт». – 2005. – № 3. – С. 70–77.
10. Доронина, Н. Г. К вопросу о правовой природе концессионных соглашений / Н. Г. Доронина // Право и экономика. – 1997. – № 1. – С. 47–55.
11. Савинова, О. Н. Договорное регулирование концессионных отношений по законодательству Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. Н. Савинова. – Казань, 2006. – 201 л.
12. Жемалетдинов, Р. М. Гражданско-правовое регулирование концессионных соглашений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р. М. Жемалетдинов. – Уфа, 2008. – 177 л.
13. Вахтинская, И. С. Гражданско-правовые признаки концессионного соглашения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И. С. Вахтинская. – М., 2008. – 292 л.
14. Багдасарова, А. В. Концессионное соглашение в гражданском праве России и зарубежных стран : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Багдасарова. – М., 2009. – 244 л.
15. Савельева, В. М. Концессионное соглашение как институт гражданского права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. М. Савельева. – М., 2011. – 194 л.

16. Жданухин, Д. Ю. Комментарий к Федеральному закону от 21.07.2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» [Электронный ресурс] / Д. Ю. Жданухин // Агентство юрид. безопасности ИНТЕЛЛЕКТ-С. – Режим доступа: <http://www.intellect-pro.ru/press/commenters/zdanuxin.pdf>. – Дата доступа: 02.12.2019.

17. Карнаков, Я. В. Природа концессионного соглашения и его элементы / Я. В. Карнаков // Рос. ежегодник предпринимат. (коммер.) права. – 2007. – № 1. – С. 77–84.

18. Широков, С. Н. Правовая сущность концессионного соглашения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Н. Широков. – Челябинск, 2012. – 221 л.

19. Сосна, С. А. Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве / С. А. Сосна // Журн. рос. права. – 2003. – № 2. – С. 14–24.

20. Брагинский, М. И. Договорное право : в 5 т. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1999–2011. – Т. 3 : Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – 2004. – 1053 с.

21. Гражданское право : учебник : в 3 т. / под ред. В. Ф. Чигира. – Минск : Амалфея, 2008–2011. – Т. 2. – 2008. – 960 с.

Рукапіс паступіў у рэдакцыю 30.12.2019

Stanovaya O. V. Comparative Analysis of Concession Agreement and Contract of Employment under the Legislation of the Republic of Belarus

The article analyzes the structural elements of the legal structure of the concession agreement and the contract of employment under the legislation of the Republic of Belarus. As a result of the research, the author highlighted the main distinguishing features of the concession agreement, which clearly distinguish this institution from the contract of employment. The impossibility of replacing a concession agreement with a contract of employment due to its functional insufficiency for the effective implementation of the concession mechanism is stated. In order to improve the concession legislation of the Republic of Belarus, the author substantiates the need to consolidate the concession agreement as an independent institution of civil law of the Republic of Belarus.