

Глава 2

Гарантии прав и законных интересов концессионеров

Статья 18. Гарантии осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением

1. При осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, концессионеру гарантируется защита его прав и законных интересов в соответствии с Конституцией Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

2. Концессионер имеет право на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

3. В случае реализации концессионером производимых товаров, выполнения работ, оказания услуг по регулируемым ценам (тарифам) или с учетом установленных надбавок к ценам (тарифам) органы в области регулирования цен (тарифов) устанавливают цены (тарифы) и надбавки к ценам (тарифам) на производимые и реализуемые концессионером товары, выполняемые работы, оказываемые услуги исходя из определенных концессионным соглашением объема инвестиций и сроков их осуществления в создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, а также в модернизацию, замену иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества, улучшение его характеристик и эксплуатационных свойств.

(часть третья введена Федеральным законом от 30.06.2008 № 108-ФЗ)

1. Статья 18 комментируемого закона устанавливает **гарантии для концессионера** при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

Под гарантиями в смысле комментируемой статьи понимается система правовых механизмов (в том числе правовых норм), направленных на обеспечение прав и законных интересов концессионера.

Часть 1 комментируемой статьи предусматривает, что при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, **концессионеру гарантируется защита его прав и законных интересов** в соответствии с международными и федеральными правовыми актами. При этом на уровне субъектов РФ и муниципальных образований правовые акты в указанной сфере приниматься не могут. То есть правовое регулирование вопроса защиты прав и законных интересов концессионера относится к исключительной компетенции Российской Федерации.

Концессионером может быть как физическое, так и юридическое лицо (ч. 1 ст. 5 комментируемого закона). При этом Конституция РФ закрепляет в гл. 2 права и свободы человека и гражданина. Права и свободы юридического лица Конституция РФ не регулирует. В силу требований ст. 45, 46, 53 Конституции РФ концессионеру гарантируется государственная защита прав и свобод человека и гражданина. Концессионер вправе защищать свои права и свободы всеми законными способами. При этом концессионеру гарантируется судебная защита его прав и свобод. Решения и действия (или бездействие) концедента и его должностных лиц могут быть обжалованы концессионером в суд. Концессионер — индивидуальный предприниматель вправе в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. Концессионер имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) концедента или его должностных лиц.

В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем

предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. При этом должно быть выражено согласие России на общеобязательность международного договора путем использования одного из вариантов, предусмотренных п. 1 ст. 6 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹: подписания договора; обмена документами, образующими договор; ратификации договора; его утверждения; его принятия; присоединения к договору; применения любого другого способа выражения согласия, о котором условились договаривающиеся стороны.

В настоящее время в РФ применяется большое количество международных договоров (например, Договор стран СНГ от 24 сентября 1993 г. «О создании Экономического союза», Договор от 25 декабря 1998 г. между Российской Федерацией и Республикой Беларусь «О равных правах граждан», Договор от 26 февраля 1999 г. «О таможенном союзе и едином Экономическом пространстве», а также многочисленные договоры о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между Российской Федерацией и другими государствами).

Комментируемым законом также установлены гарантии прав концессионера. К таким гарантиям можно отнести, в частности, ч. 7 ст. 3 (продукция и доходы, полученные концессионером в результате осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, являются собственностью концессионера, если концессионным соглашением не установлено иное), ч. 9 ст. 3 (предоставление концедентом во владение и в пользование концессионера имущества, принадлежащего концеденту на праве собственности, образующего единое целое с объектом концессионного соглашения и (или) предназначенного для использования по общему назначению для осуществления концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением), ч. 10 ст. 3 (движимое имущество, которое создано и (или) приобретено концессионером при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и не входит в состав иного передаваемого концедентом концессионеру по концессионному соглашению имущества, а также недвижимое имущество, которое создано концессионером с согласия концедента, является собственностью концессионера, если иное не установлено

¹ СПС «КонсультантПлюс».

концессионным соглашением), ч. 1 ст. 8 (права концессионера), ч. 3 ст. 9 (представители концедента не вправе вмешиваться в осуществление хозяйственной деятельности концессионера) и др.

Иными федеральными законами также установлены общие гарантии прав и законных интересов граждан и организаций, которые применяются в том числе и в отношении концессионера. Основными федеральными законами в указанной области являются ГК РФ, и АПК РФ, Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах Российской Федерации» (устанавливающие порядок судебной защиты прав и законных интересов концессионера).

К иным нормативным правовым актам в рассматриваемой области следует отнести в настоящее время постановления Правительства РФ об утверждении типовых концессионных соглашений в отношении различных объектов, согласно которым при заключении конкретных концессионных соглашений надлежит руководствоваться типовыми концессионными соглашениями.

2. Часть 2 комментируемой статьи устанавливает одну из гарантий прав концессионера.

Данная гарантия вытекает из положений ГК РФ.

В соответствии со ст. 12 ГК РФ возмещение убытков является одним из способов защиты гражданских прав.

В соответствии со ст. 16 ГК РФ убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом РФ или муниципальным образованием.

Гражданским кодексом РФ определяется состав убытков, подлежащих возмещению и условия их возмещения. В частности, концессионеру возмещаются убытки, причиненные ему в случае обращения в государственную собственность имущества (в том числе земельных участков), находящегося в собственности граждан и юридических лиц (национализация). В случае принятия Российской Федерацией закона, прекращающего право собственности, убытки, причиненные собственнику в результате принятия этого акта, в том числе стоимость имущества, возмещаются государством. Споры о возмещении убытков разрешаются судом (ст. 235, 281, 306 ГК РФ).

Необходимо обращать внимание, что в данном случае неустойка не подлежит взысканию с концедента (так как она не входит в состав убытков).

По вопросу об определении состава подлежащих возмещению убытков см. комментарий к ст. 12.

3. Часть 3 комментируемой статьи также закрепляет **одну из гарантий для концессионера** и предусматривает, что в случае реализации концессионером производимых товаров (работ, услуг) по тарифам (надбавкам) уполномоченные государственные органы **устанавливают такие тарифы (надбавки) исходя из объема инвестиций и сроков их осуществления, предусмотренных концессионным соглашением.**

Данная часть введена в комментируемый закон Федеральным законом № 108-ФЗ.

Данное положение направлено на то, чтобы защитить права концессионера при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, создать концессионеру благоприятные условия для надлежащего выполнения своих обязательств по концессионному соглашению, а также для возможности получения им прибыли. То есть уполномоченные в области регулирования цен (тарифов) государственные органы должны учитывать необходимость защиты прав концессионера, учитывая, что концессионер (как частное лицо) является более уязвимой стороной концессионного соглашения по сравнению с концедентом (как государство).

Данное положение связано с положениями комментируемого закона о возможности реализации концессионером продукции при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, по регулируемым ценам (тарифам). Согласно п. 2, 6 ч. 2 ст. 10 комментируемого закона концессионное соглашение может содержать обязательства концессионера по реализации производимых товаров, выполнению работ, оказанию услуг по регулируемым ценам (тарифам) и в соответствии с установленными надбавками к ценам (тарифам), а также порядок и условия установления и изменения цен (тарифов) на производимые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги и надбавок к ценам (тарифам) при осуществлении деятельности, предусмотренной концессионным соглашением. При этом установление, изменение цен (тарифов) должно осуществляться с учетом требований комментируемой части.

Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 210-ФЗ «Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса, Федеральный закон от 14 апреля 1995 г. № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации», а также ряд правовых актов Правительства РФ, регулируют вопросы установления тарифов в РФ.

Статья 19. Гарантии равноправия концессионеров

Концессионерам, в том числе концессионерам — иностранным юридическим лицам, гарантируются равные права, предусмотренные законодательством Российской Федерации, правовой режим деятельности, исключающий применение мер дискриминационного характера и иных мер, препятствующих концессионерам свободно распоряжаться инвестициями и полученными в результате осуществления предусмотренной концессионным соглашением деятельности продукцией и доходами.

Комментируемая статья устанавливает **правовой механизм обеспечения равноправия концессионеров**. Комментируемая статья устанавливает принцип равноправия всех концессионеров: независимо от того, является ли он физическим лицом или юридическим лицом, российским юридическим лицом или иностранным юридическим лицом, действует ли от имени концессионера одно юридическое лицо или от имени концессионера выступает несколько юридических лиц. Всем концессионерам обеспечиваются следующие условия:

- 1) равные права, предусмотренные законодательством РФ;
- 2) правовой режим деятельности, который исключает применение мер дискриминационного характера и иных мер, препятствующих концессионерам свободно распоряжаться инвестициями и полученными в результате осуществления предусмотренной концессионным соглашением деятельности продукцией и доходами.

Первая гарантия основана на положениях ч. 2 ст. 19 Конституции РФ, согласно которой государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других об-

стоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.

Равные права концессионеров предполагают, в частности, такие гарантии, как недопущение включения в конкурсную документацию требований, ограничивающих свободный доступ любых лиц (которые имеют возможность исполнить концессионное соглашение) до участия в конкурсе. Не допускается включать в конкурсную документацию условия, исключающие возможность участия в конкурсе каких-либо лиц (за исключением обязательных требований, предусмотренных законодательством к участникам конкурса). Не допускается установление различных требований к концессионеру в зависимости от его организационно-правовой формы, места регистрации, принадлежности к государству, статуса и др. подобных характеристик. Кроме того, данная гарантия предполагает, что не допускается применение разных «подходов» к оценке участников конкурса.

Вторая гарантия предполагает, в частности, запрет на вмешательство кого-либо (в том числе концедента) в хозяйственную деятельность концессионера. Этой гарантии корреспондирует ч. 3 ст. 9 комментируемого закона, согласно которой представители концедента не вправе вмешиваться в осуществление хозяйственной деятельности концессионера.

Данные гарантии предусмотрены Законом РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», Федеральным законом от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», Федеральным законом от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений».

Статья 20. Гарантии прав концессионера при неблагоприятном для него изменении законодательства

1. В случае, если в течение срока действия концессионного соглашения законодательством Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления устанавливаются нормы, ухудшающие положение концессионера таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был

вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, стороны концессионного соглашения изменяют условия концессионного соглашения в целях обеспечения имущественных интересов концессионера, существовавших на день подписания концессионного соглашения. Порядок внесения таких изменений определяется концессионным соглашением.

2. Указанное в части 1 настоящей статьи положение об изменении условий концессионного соглашения не применяется в случае, если вносится изменение в технический регламент, иной нормативный правовой акт Российской Федерации, регулирующий отношения по охране недр, окружающей среды, здоровья граждан.

3. В случае, если в течение срока действия концессионного соглашения, в соответствии с которым концессионер предоставляет потребителям товары, работы, услуги по регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом регулируемых надбавок к ценам (тарифам), устанавливаются нормы или вносятся изменения, предусмотренные частями 1 и 2 настоящей статьи, условия такого концессионного соглашения должны быть изменены по требованию концессионера.

1. Комментируемая статья закрепляет обязательность для сторон внесения изменений в концессионное соглашение при неблагоприятном для концессионера изменении обстоятельств, т.е. гарантии для концессионера.

Положения ч. 1 комментируемой статьи вытекает из положений ст. 451 ГК РФ об изменении договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Согласно данной статье ГК РФ существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения. Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. При этом если стороны не достигли соглашения о приведении договора в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами, договор может быть расторгнут или изменен судом по требованию заинтересованной стороны.

В этом случае могут изменяться в том числе и условия концессионного соглашения, определенные на основании решения о заключении концессионного соглашения и конкурсного предложения (ч. 3 ст. 13 комментируемого закона). (В других случаях такие условия концессионного соглашения не могут изменяться.)

Комментируемой статьей установлено, что порядок внесения таких изменений определяется концессионным соглашением. То есть установление такого порядка является существенным условием концессионного соглашения (в силу п. 7 ч. 1 ст. 10 комментируемого закона). Такой порядок может предполагать, в частности, инициатора таких изменений, процедуру направления им предложения о внесении изменений в концессионное соглашение другой стороне, порядок согласования данного предложения, требования к форме такого предложения, сроки и другие условия.

Необходимо обращать внимание, что комментируемая часть распространяется только на изменение обстоятельств в связи с принятием именно федеральных законов, законов субъекта РФ, нормативных правовых актов органов местного самоуправления. Если обстоятельства изменились в связи с принятием подзаконных нормативных правовых актов РФ или субъекта РФ или индивидуальных правовых актов, концессионное соглашение не подлежит изменению в соответствии с комментируемой частью.

Кроме того, необходимо обращать внимание, что действие комментируемой части распространяется на обеспечение только имущественных интересов концессионера. В целях обеспечения иных интересов концессионера концессионное соглашение не подлежит изменению в порядке, предусмотренном комментируемой частью.

2. Часть 2 комментируемой статьи устанавливает **исключения из правила об изменении концессионного соглашения**, предусмотренного ч. 1 комментируемой статьи.

Установлен перечень правовых актов, при изменении которых концессионное соглашение не подлежит изменению, даже если такими изменениями устанавливаются нормы, ухудшающие положение концессионера таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, стороны концессионного соглашения изменяют условия концессионного соглашения в целях обеспечения имущественных интересов концессионера, существовавших на день подписания концессионного соглашения.

К таким исключениям относятся следующие правовые акты:

- 1) изменение в технический регламент;
- 2) изменение иного нормативного правового акта РФ, регулирующего отношения по охране недр, окружающей среды, здоровья граждан.

Вместе с тем, представляется, что установление первого исключения является излишним, так как согласно ч. 1 комментируемой статьи для изменения концессионного соглашения должны быть приняты правовые нормы, обладающие конкретной юридической силой — т.е. в форме федерального закона или закона субъекта РФ.

При этом технические регламенты на уровне Российской Федерации, как правило, утверждаются не законами, а подзаконными правовыми актами. То есть в любом случае при изменении технического регламента, концессионное соглашение не подлежит изменению в соответствии с комментируемой статьей.

Относительно второго исключения необходимо обращать внимание на следующее. Часть 1 комментируемой статьи устанавливает необходимость изменения концессионного соглашения в случае принятия **федерального закона**, ухудшающего положение концессионера. При этом в силу комментируемой части, если такой **федеральный закон** регулирует отношения по охране недр, окружающей среды, здоровья граждан, концессионное соглашение не подлежит изменению в соответствии с комментируемой статьей.

Основными нормативными правовыми актами РФ в сфере охраны недр являются Закон РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»¹, ряд федеральных законов об участках недр, право пользования которыми может быть предоставлено на условиях раздела продукции, большое количество постановлений Правительства РФ (например, от 11 февраля 2005 г. № 69 «О государственной экспертизе запасов полезных ископаемых, геологической, экономической и экологической информации о предоставляемых в пользование участках недр», размере и порядке взимания платы за ее проведение»; от 25 января 2002 г. № 57 «О плате за геологическую информацию о недрах»; от 28 апреля 2003 г. № 249 «О порядке и условиях взимания регулярных платежей за пользование недрами с пользователей недр, осуществляющих поиск и разведку месторождений на континентальном шельфе Российской Федерации и в исключительной экономической зоне Российской Федерации, а также за пределами Российской Федерации на территориях, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации»), приказов Федерального агентства по недропользованию (например, от 2 сентября 2009 г. № 826 «О выдаче разре-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

шений на строительство и ввод в эксплуатацию объектов, строительство, реконструкция или капитальный ремонт которых планируется в целях выполнения работ, связанных с использованием недрами», приказов Министерства природных ресурсов Российской Федерации (например, от 19 ноября 2003 г. № 1026 «Об утверждении порядка переоформления лицензий на пользование участками недр») и др.

Основными нормативными правовыми актами РФ в сфере охраны окружающей среды являются Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды», Федеральный закон от 24 апреля 1995 г. № 52-ФЗ «О животном мире», большое количество постановлений Правительства РФ (например, от 23 июля 2007 г. № 469 «О порядке утверждения нормативов допустимых сбросов веществ и микроорганизмов в водные объекты для водопользователей», от 17 июля 2003 г. № 442 «О трансграничном перемещении отходов»), приказов Министерства здравоохранения и социального развития РФ (например, от 6 августа 2007 г. № 522 «О ведении государственного Реестра курортного Фонда РФ»), приказов Министерства природных ресурсов РФ о государственных природных заказниках, заповедниках, иных особо охраняемых природных территориях, постановлений Главного государственного санитарно-врача РФ об установлении санитарно-защитных зон и др.

Основными нормативными правовыми актами РФ в сфере охраны здоровья граждан являются Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. № 5487-1, Федеральный закон от 24 июля 1998 г. № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации», Федеральный закон от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации», Федеральный закон от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», а также ряд постановлений Правительства РФ и иных подзаконных нормативных правовых актов.

В рамках комментируемой части необходимо отметить, что стороны вправе внести изменения в концессионное соглашение в данном случае по своему усмотрению. Но это является именно их правом, а не обязанностью. Концессионер не вправе требовать внесения таких изменений.

3. Часть 3 комментируемого закона устанавливает гарантии для концессионера, если концессионным соглашением предусмотрено предоставление потребителям товаров, работ, услуг по

регулируемым ценам (тарифам) и (или) с учетом регулируемых надбавок к ценам (тарифам).

Комментируемая часть направлена на установление особой защиты прав концессионеров, осуществляющих социально значимые виды деятельности.

Если в течение срока действия концессионного соглашения законодательством РФ, законодательством субъектов РФ, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, изменениями в технический регламент, иной нормативный правовой акт РФ, регулирующий отношения по охране недр, окружающей среды, здоровья граждан, устанавливаются нормы, ухудшающие положение концессионера таким образом, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, условия такого концессионного соглашения должны быть изменены по требованию концессионера.

То есть комментируемая часть расширяет перечень оснований, когда условия концессионного соглашения подлежат изменению в обязательном порядке, для концессионеров, осуществляющих деятельность, предусмотренную концессионным соглашением, по регулируемым ценам (тарифам) или с учетом регулируемых надбавок к ценам (тарифам), а также устанавливает, что такие изменения вносятся по требованию концессионера.

Представляется, что, с одной стороны, если концессионер не потребовал от концедента внесения соответствующих изменений в концессионное соглашение, такие изменения могут не вноситься. С другой стороны, если концедент выступит с инициативой внесения соответствующих изменений в концессионное соглашение, стороны не обязаны будут их вносить. То есть данное положение является гарантией именно прав концессионера.

Представляется, что в этих случаях могут изменяться в том числе и условия концессионного соглашения, определенные на основании решения о заключении концессионного соглашения и конкурсного предложения (ч. 3 ст. 13 комментируемого закона).