

## ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА

© 2011 А.Г. Зельднер

доктор экономических наук, профессор

Институт экономики Российской академии наук

E-mail: zeldner@inecon.ru

Рассматриваются правовые проблемы становления и функционирования государственно-частного партнерства.

*Ключевые слова:* правовая система, закон, нормативы, государственно-частное партнерство.

Устойчивое развитие российской экономики на инновационно-технологической основе возможно в современных условиях на базе государственно-частного партнерства (ГЧП), консолидирующего интересы государства, бизнеса и институтов гражданского общества. Эффективность функционирования ГЧП на основе смешанной экономики определяется наличием институциональной базы, включающей и нормативно-правовую.

Слабая нормативно-правовая база - серьезное препятствие на пути реализации стратегических возможностей ГЧП. В настоящее время имеются федеральные законы по лизингу, концессиям, особым экономическим зонам, соглашению в разделе продукции. По другим формам ГЧП: аренде, инвестиционному фонду, венчурному фонду, технопаркам, ФЦП - федеральных законов нет, а имеются отдельные нормативные акты.

Учитывая роль ГЧП в становлении смешанной экономики, следует отметить, что Россия нуждается в специальном федеральном законе, четко фиксирующем правовую основу ГЧП. При этом федеральный закон должен регулировать порядок деятельности государственных финансовых институтов, где аккумулируются средства федерального бюджета, используемые для ГЧП. Одновременно общие проблемы финансов, налогов, кредитов должны быть синхронизированы со всеми федеральными и отраслевыми законами. То есть необходима и система, достаточно подробная, подзаконных актов.

Кроме того, с учетом реалий России как федеративного государства в законе необходимо прописать общие принципы синхронизации и реализации механизмов ГЧП на региональном и на муниципальном уровнях, где эти механизмы востребованы для решения задач, отражающих наиболее насущные региональные нужды.

Отсутствие унификации и согласованности правовой системы функционирования форм ГЧП во многом влияет на их развитие и эффективность. Это хорошо видно на примере федеральных или, как их называют в Бюджетном кодексе Российской Федерации, долгосрочных, целевых программ, которые распределяют большую часть бюджетных инвестиций<sup>1</sup> и предусматривают концентрацию финансовых ресурсов и их использование на условиях партнерства государства с бизнес-сообществом, с распределением между ними рисков по реализации проектов. При этом объем внебюджетного софинансирования проектов должен составлять не менее 60 % общего объема финансирования проекта<sup>2</sup>. Постановление Правительства РФ от 17 октября 2010 г. № 613 предусматривает концентрацию бюджетных средств на ограниченном количестве наиболее важных направлений технологического развития, в каждом из которых средства федерального бюджета направляются на реализацию важнейших комплексных проектов, существенно влияющих на достижение целей социально-экономического развития страны. Кроме того, отсутствуют единые правила отбора, формирования и финансирования проектов. Бюджетный кодекс содержит положения, регулирующие распределение средств, однако он не регламентирует процедуру формирования целевых программ в регионах. При их заключении для частного инвестора сохраняются повышенные риски, связанные в числе прочих и с тем, в какой мере государство реально осуществит бюджетные инвестиции и ответит за срыв финансирования. Статистика свидетельствует о том, что уровень исполнения государственной части федеральных целевых программ составляет не более 40 %<sup>3</sup>.

В плане совершенствования правовой базы функционирования различных форм ГЧП важно

учитывать специфику публично-правовых и гражданско-правовых функций государства. Публично-правовые функции государства осуществляются как путем прямого государственного администрирования или с использованием гражданско-правовых функций (госзаказ и др.). Гражданско-правовые отношения в ГЧП регулируют только те сферы, которые связаны с государством - представителями интересов общества. Но в процессе развития публичных благ, в частности, в образовании и других сферах переход на платную основу приводит к тому, что их начинают рассматривать как частные блага, соответственно меняется и подход к суверенным правам государства, от полной ответственности за обеспечение публичных благ до гарантий их доступности для населения.

Гражданско-правовые отношения в проектах ГЧП регулируются нормами ГК, в основном те отношения, где государство выступает в роли хозяйствующего субъекта. Но при этом законодательная власть сама как устанавливает нормы партнерских отношений, так и меняет их, а может прекратить в одностороннем порядке свои партнерские отношения. Такой государственный "монархизм" - следствие того, что в российском законодательстве отсутствуют нормы публично-правовых отношений, публичного интереса, которые не отражены в нормах гражданского права.

Социальный характер деятельности Российского государства (ст. 7 Конституции РФ) обязывает его либо обеспечить свое население материальными благами, либо создать условия для того, чтобы эту функцию, наряду с государством, выполняли и предпринимательские структуры. Такая ситуация объективно приводит к партнерству между субъектами рыночных отношений, к формированию различных форм и моделей государственно-частного партнерства и к особым отношениям в сфере собственности.

В крупных проектах ГЧП с перекрестным использованием форм собственности происходит смешение и расщепление прав собственности, частной, государственной и других ее форм на ряд правомочий. Расщепление прав происходит путем добровольного обмена правомочиями. И одновременно они сочетаются и различным образом комбинируются, отражая складывающуюся по формам и моделям партнерства спецификацию прав собственности, включая социальные права (в плане уровня заработной платы, посо-

бий, положений об увольнении и др.). Регулирование социальных прав в структуре прав смешанной собственности - важнейший признак социализации смешанной собственности.

Необходим закон о собственности, в котором нашли бы отражение все основные положения, раскрывающие фундаментальные аспекты перекрестного использования прав собственности, четко были бы прописаны права и обязанности субъектов хозяйствования в сфере приватизации и национализации. Наряду с основным законом необходимы подзаконные акты, определяющие все права в сфере владения, пользования и распоряжения собственностью по формам и моделям ГЧП. При таких условиях и может сформироваться правовая база ГЧП.

Проблема социальной сущности частного предпринимательства в системе ГЧП до сих пор не нашла должного отражения в гражданском законодательстве России. Но справедливости ради следует отметить, что правовой нигилизм в этой сфере характерен для всего периода развития России. Хотя еще до Октябрьской революции известный ученый в области гражданского права писал: "В современных индустриальных государствах... предприятия приобретают социальный характер. Предприниматель выполняет поистине социальную функцию"<sup>4</sup>, однако эта позиция в советской литературе не нашла должного понимания.

Необходимо более четко определить права и социальные функции предпринимательства. По мнению Е. Богданова, под правом на осуществление предпринимательской деятельности следует понимать право предпринимателей использовать свое имущество, способности выполнять работы и оказывать услуги в целях осуществления возложенной на них государством обязанности по обеспечению населения страны качественными товарами, а также работами и услугами и на этой основе получения прибыли. То есть необходимо изменить содержание понятия предпринимательской деятельности, включив в него указание на социальный характер этой деятельности<sup>5</sup>.

Видимо, Гражданский кодекс необходимо дополнить положениями, касающимися ответственности сторон при отказе от заключения договора, и сформулировать позиции об урегулировании разногласий сторон при заключении и выполнении договора. Кроме того, необходимо закрепить в гражданском законодательстве прин-

цип сотрудничества при исполнении договорных обязательств ГЧП вместо принципа добросовестности. “Суть вопроса заключается не в том, добросовестно или недобросовестно исполнили партнеры по договору свои обязательства, а в том, были ли данные обязательства исполнены надлежащим или ненадлежащим образом. При исполнении обязательства надлежащим образом субъект действовал правомерно, и потому нет никакого смысла ставить вопрос о чьей-либо добросовестности. В случае ненадлежащего исполнения или неисполнения обязательства возникает вопрос об ответственности контрагента. Известно, что в гражданском праве действует презумпция виновности. Какой смысл в данном случае говорить еще и о добросовестности. Необходимо ставить вопрос не о его недобросовестности, а о его виновности и применять правила о смешанной ответственности”<sup>6</sup>. И следует согласиться с Е. Богдановым в том, что сотрудничество предполагает не только учет экономических интересов контрагента, но и социально-экономический интерес государства, в то время как указание на добросовестность оставляет без учета и экономические интересы субъектов предпринимательского договора, и социально-экономические интересы государства.

В условиях недостаточных государственных инвестиций и необходимости привлечь внебюджетные средства, как уже отмечалось, требуется федеральный закон о ГЧП, в котором должно быть дано определение, уточнены права, обязанности и риски субъектов РФ и муниципальных образований в сфере партнерства. Согласно Конституции Российской Федерации гражданское законодательство находится в исключительном ведении РФ, и, следовательно, региональное и муниципальное законодательство не должно противоречить федеральным законам. Таким образом, создается единое правовое поле. Поэтому и необходим рамочный федеральный закон, дающий возможность региональным властям учитывать специфику при разработке проектов. Федеральный закон общего плана, по сути рамочный, должен координировать различные законы, кодексы и другие правовые акты, касающиеся в различной степени ГЧП и одновременно оставляющие возможность гибко подходить к региональным проблемам с учетом их специфики и целесообразности. Таким образом, приняв соответствующий региональный закон о ГЧП<sup>7</sup>, в основе

которого заложены рамочные постановления федерального закона, регионы получают право регулировать деятельность партнерства с учетом региональной специфики, уникальности проекта и использования финансовой, договорной, налоговой и других схем, не противоречащих соответствующим кодексам. При этом требуется выделить следующие позиции:

1. Сфера деятельности ГЧП касается как социальной, так и производственной инфраструктуры в широком диапазоне и определяется бюджетными возможностями федеральных, региональных и муниципальных властей и эффективной институциональной системой привлечения внебюджетных источников финансирования проектов.

2. Необходимо сформировать единое понимание ГЧП, четко зафиксировав в федеральном законе весь понятийный аппарат партнерских отношений, на что и будут опираться региональные и муниципальные законодательства. На понятийной базе федерального закона о ГЧП разрабатываются региональные и муниципальные законы, что позволяет избежать противоречий с уже имеющимися законами и сократить число подзаконных актов и процедур согласования при реализации совместных проектов.

3. Как известно, согласно Конституции, муниципальные образования не регулируются региональными законами, хотя взаимосвязь между этими субъектами достаточно тесная (по линии межбюджетных трансфертов, участия в целевых программах и др.). В федеральном законе должны быть определены единые правила деятельности по реализации форм ГЧП, в которых задействованы региональные и муниципальные субъекты.

Федеральный закон о ГЧП, что особенно важно, должен обозначать проекты национального, регионального и муниципального плана, который приоритетно будет поддерживать федеральные национальные интересы страны в разрезе территориального и отраслевого развития. В свою очередь, региональный закон о ГЧП определяет проекты муниципального уровня, поддерживаемые региональным бюджетом.

4. В федеральном законе о государственно-частном партнерстве должны быть прописаны гарантии поступления бюджетных средств на участие в проекте и на выплату гарантированных по договору платежей вне зависимости от срока,

на который принимается бюджет. Платежи из бюджета должны поступать в течение всего срока выполнения проекта. Необходим также четкий механизм распределения рисков на всех стадиях проекта - от его реализации до распределения маржи, а также мониторинг и контроль на всех стадиях выполнения проекта. Одновременно нуждаются в решении и проблемы с долгосрочными кредитами и ограничениями с предоставлением региональных и муниципальных гарантий.

5. Федеральный закон необходим и для согласования интересов партнеров по ГЧП на стадии проектирования и конкурсов. К участию в ГЧП привлекаются частные инвесторы в связи с тем, что вкладывают свои средства, и достаточно серьезные, на стадии разработки проекта. Но, согласно федеральным законам (№94-ФЗ и о госзакупках, о концессиях и др.), в обязательном порядке должен проводиться конкурсный отбор, в процессе которого конкурс может выиграть другой инвестор. Нужны определенные гарантии рисков для инвесторов, если разработка проекта была согласована с администрацией.

В материалах экспертного совета по законодательству о ГЧП Комитета Государственной Думы и экономической политике и предпринимательству говорится о том, что дефицит бюджета не может служить препятствием для участия регионов в проектах ГЧП. Проекты ГЧП имеют значительный бюджетозамещающий эффект. Кроме финансовых обязательств, существует возможность принятия на себя нефинансовых обязательств (стабильность правовой среды, облегчение процедур регистрации и оформления прав, предсказуемый тарифный режим, возникновения существенной доли частного партнера в объектах капитального строительства, формирования дополнительного обеспечения для кредитующей организации). Большинство из перечисленных обязательств должны по определению предос-

тавляться федеральными властями, и вряд ли регион может оказать влияние на тарифную политику. Регионы имеют возможность участвовать в ГЧП за счет кредитных средств под гарантию региональной собственности, но здесь федеральный закон должен определять размер кредитной ставки.

В принципе становление партнерских отношений предполагает объединение, при прочих равных условиях, инвестиционных ресурсов. Регионы и муниципалитеты в ГЧП выступают как координаторы и как партнеры, что принципиально важно, так как в условиях дефицита бюджетных средств сокращаются возможности регионов, и необходимо в обязательном порядке привлекать частные средства. Как координаторы партнерских отношений региональные и муниципальные власти по определению, в силу социальной ответственности должны системно оказывать организационную и правовую поддержку всем формам ГЧП, прикрывая и проблему рисков.

<sup>1</sup> В 2008 г. - 1,2 трлн. руб., в 2009 г. - 0,9 трлн. руб., в 2010 г. - 440 млрд. руб. (план).

<sup>2</sup> В 2009 г. соотношение ассигнований из федерального бюджета и внебюджетных источников по ФЦП составило примерно 5 к 1, т.е. внебюджетные источники составили 22,2 % (Информационно-аналитический бюллетень. 2010. № 5. С. 52).

<sup>3</sup> Корпоративный юрист. 2008. № 10 (приложение).

<sup>4</sup> Дюги Л. Общие преобразования гражданского права. М., 1919. С. 79.

<sup>5</sup> Богданов Е. В. Государственно-частное партнерство в условиях социального государства // Государственно-частное партнерство в условиях кризиса. М., 2009. С. 41-42.

<sup>6</sup> Там же. С. 42.

<sup>7</sup> В региональном законе должны быть прописаны и другие формы и критерии (кроме цены) проведения конкурсов, кроме тех, которые прописаны в Федеральном законе № 94-ФЗ и в законе "О концессионных соглашениях".

*Поступила в редакцию 02.12.2010 г.*