
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ КОНЦЕССИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА И ЭКСПЛУАТАЦИИ ГАЗОПРОВОДОВ НА ТЕРРИТОРИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ИСТОРИЯ И АКТУАЛЬНАЯ ПРАКТИКА

© 2012 А.С. Лалетина

доктор юридических наук

Российский государственный торгово-экономический университет, г. Москва

E-mail: laletinaas@gmail.com

Статья посвящена особенностям правового регулирования и правоприменения концессионных соглашений при реконструкции и сооружении объектов трубопроводного транспорта в Российской Федерации на различных исторических этапах.

Ключевые слова: трубопроводы, газопроводы, концессии, сложные вещи, главные вещи и принадлежности.

Использование концессионных соглашений для развития инфраструктуры трубопроводного транспорта имеет давнюю историю. Строительство и эксплуатация газопроводов осуществлялись в дореволюционной России на основе концессионных соглашений. Концессионные договоры не были предусмотрены российским дореволюционным законодательством, и их положение в дореволюционном правовом порядке основывалось на общем правиле ст. 1530 Свода законов гражданских Российской империи, позволяющем включать в гражданско-правовой договор «условия законам не противные»¹.

Газификация территорий в дореволюционной России производилась на уровне договоров частного правового характера между городскими властями и частными лицами

Л.С. Таль в своей монографии «Концессионные договоры городских общественных самоуправлений» писал по поводу концессионных договоров: «Перед нами не разновидность общеизвестного правового типа, а сложившееся в современном правовом быту своеобразное явление, юридическая сущность которого может быть определена лишь после выяснения его бытовых особенностей»². В России газ использовался в основном для освещения городов, его получали из каменного угля на газовых заводах. Количество частных лиц-абонентов было относительно невелико. 27 (15) февраля 1835 г. был утвержден устав первого российского акционерного общества, получивший название «Общество для освещения Санкт-Петербурга газом». Предложения

о газовом освещении улиц Москвы подавались в Генерал-губернаторское управление г. Москвы частными предпринимателями и компаниями с 1849 г., однако их предложения были экономически неоправданны. В 1859 г. было образовано Московское товарищество переносного сжатого газа, которое имело на праве собственности завод в Сокольниках. Однако качество газоснабжения оставляло желать лучшего. В 1864 г. была образована специальная комиссия по улучшению качества газового освещения, возглавляемая городским головой Москвы князем А. Щербатовым и графом А. Бобринским. Комиссией был разработан проект Контракта на освещение Москвы текучим газом. Его условия, предусматривающие, в числе прочего, прокладку за счет концессионера газопровода, были высочайше утверждены Императором 11 декабря 1864 г.

Городовое Положение 1870 г. относилось к заведению устройством и содержанием линейных объектов, а также освещением города к предмету ведения городского общественного управления.

29 января 1865 г. Московская городская распорядительная дума заключила Контракт на освещение Москвы светильным газом (далее - Контракт) по результатам аукциона с французским и голландским предпринимателями А. Букье и Н. Гольдсמידом³ сроком на 30 лет, по окончании которого город имел право: а) выкупить объект концессии, б) продлить договор, в) прекратить контракт (ст. 21 Контракта). Подрядчики получили исключительное право на освещение города и бес-

пошлинный ввоз оборудования и материалов для строительства завода по производству искусственного газа из каменного угля, газопроводов, фонарей, горелок, счетчиков и прочего оборудования. В случае продления срока на 10 лет по его истечении право собственности на “газоустройство” переходило к городу, что было характерно для всех концессионных договоров того периода⁴. Под термином “газоустройство” в контракте подразумевалось “все, что было создано концессионером, для производства газа и для потребления его городом и другими абонентами, в частности - завод (заводы) и земля под этими заводами, со всеми принадлежностями, аппараты и снаряды для производства текучего газа, газопроводные трубы, фонари, кронштейны, столбы”. Условия Контракта на газовое освещение предполагали исключительное право концессионера освещать газом улицы, переулки и площади г. Москвы посредством подземных труб. Исключительные права концессионера, передаваемые по данному контракту, были ограничены определенной территорией, отмеченной на прилагаемом к контракту плане. Вне данной территории концессионер имел право проведения газопроводов, освещения улиц и подачи газа иным потребителям, однако это право не являлось исключительным. В примечании 4 к п. 1 данного Контракта специально оговаривались права Московского Товарищества сжатого переносного газа относительно производства и продажи сжатого и переносного газа и освещения им зданий на территории г. Москвы. Проведенные этим Товариществом до дня утверждения Контракта подземные трубы оставались неприкосновенными, но проведение новых подземных труб “въ мѣстности, освѣщаемой Букѣе и Гольдсмидомъ, не должно быть допускаемо”.

Другим частным лицам не воспрещалось освещать газом собственные дома и фабрики с устройством собственных газометров и аппаратов и проведением подземных труб по городской земле не более 100 сажен. Однако им была запрещена продажа или иная уступка газа другим лицам (прим. 3 к п. 1 Контракта). По условиям Контракта предполагались: строительство газового завода, снарядов для определения давления газа, аппаратов для производства испытания чистоты и нормальной силы света газового освещения, установка фонарей и очистка газа от вредных примесей, выбор материала и способа получения газа.

Концессионер обязывался вводить “все усовершенствования газового производства, *которые могли бы сократить городские расходы*”. По мнению автора данной статьи, эта формулировка и предопределила в конечном итоге то, что, когда по окончании 10-летнего срока продления Контракта город принял от концессионеров имущество, его фактическая стоимость была, на взгляд специалистов, намного ниже официально заявленной. Износ оборудования составлял около 100 %. Требовалось сокращение городских расходов в такой относительно новой на тот период исторической сфере, как газоснабжение (особенно принимая во внимание тот факт, что концессионер был выбран, в числе прочего, и как предложивший наиболее дешевый вариант проекта устройства газового хозяйства).

По условиям Контракта предполагалось приобретение концессионером в собственность земельного участка для строительства газового завода по предварительному согласованию с Распорядительной думой.

Земляные работы при прокладке труб производились согласно предварительно представленному концессионером в Городскую думу и одобренному Городской думой плану. Производство земляных работ не должно было составлять препятствий для проезда, а после укладки труб концессионер обязывался исправлять все повреждения надлежащим образом, в срок не позже 5 дней с даты окончания работ. Присоединение абонентов к газовым сетям могло осуществляться как силами концессионера, так и силами абонентов под контролем концессионера. В контракте были указаны требования к качеству труб и нормативы потерь газа (ст. 16 Контракта).

Однако на 20 января 1867 г. было проложено не более 90 км газовых сетей диаметром от 900 мм до 50 мм к потребителям газа и концессионер просил Московскую распорядительную думу о передаче своих прав иному лицу. 23 января 1867 г. Распорядительная дума г. Москвы разрешила А. Букѣе и Н. Гольдсмиду передачу исключительных прав концессионера Английскому обществу “City of Moscow gas company, Limited”.

29 января 1895 г. исключительные права концессионера решением Московской распорядительной думы были в соответствии с условиями контракта продлены на 10 лет, и 29 января 1905 г. в собственность города перешло газовое хозяйство Москвы: газовый завод, 215 верст газовых

сетей, 8735 газовых фонарей, 3720 частных потребителей. Общая стоимость принятого газового хозяйства составляла 2,5 млн. руб. В начале XX в., после того как для освещения стали использовать керосин, газ начинают применять для отопления и приготовления пищи. Однако к 1913 г. производство искусственного газа в России составило всего лишь 17 млн. м³. К 1917 г. в Москве было газифицировано 3000 квартир, а в Петербурге - 10 000 квартир.

Концепция разделения полномочий собственника и управляющего, возрастающая специализация видов деятельности привела к отказу государства от полномочий собственника имущества, которое не служит непосредственно осуществлению властных функций. Правовые формы такого отказа чрезвычайно многообразны. Самый простой способ, обеспечивающий оптимальное соотношение суммы привлекаемых в бюджет средств и сроков их привлечения - приватизация, представляющая собой возмездную передачу имущества, находящегося в государственной (муниципальной) собственности, в частную.

С одной стороны, именно приватизация способна привлечь наибольшие средства в относительно короткий период времени, но с другой - априори негативное отношение к приватизации и невозможность возврата газопровода иначе как путем выкупа, равно как и невысокая заинтересованность инвесторов в приобретении газопроводов ввиду финансового кризиса, отсутствие единых методик определения эффективности использования муниципального имущества⁵ заставляют искать иные правовые формы привлечения инвестиций.

Альтернативой приватизации являются концессии. Введение в российское законодательство института концессий активно обсуждалось с начала 90-х гг. прошлого века.

Дискуссионными вопросами являлись в частности такие вопросы, как правовая природа концессионного соглашения, его субъектный состав, предмет концессионного договора, объем прав передаваемых по нему, возможность одностороннего прекращения концессионных соглашений, передачи прав по нему.

Принятый в 2005 г. № 115 Федеральный закон "О концессионных соглашениях" (далее - Закон - рассматривается в редакции № 38 Федерального закона от 25 апреля 2012 г.) перевел эти споры из категории *de lege ferenda*⁶ в категорию *de lege lata*⁷.

Данным законом установлен не только гражданско-правовой характер концессионного соглашения, но и принцип приоритета специальной нормы закона над общей нормой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ). Концессионное соглашение признается смешанным договором, если иное не вытекает из самого Закона "О концессионных соглашениях" или существа концессионного соглашения (п. 2 ст. 3 Закона "О концессионных соглашениях").

Традиционно предметом концессионного соглашения называют: а) исключительное право на осуществление определенной деятельности; б) имущество (как правило, недвижимое). Нельзя не отметить, что абсолютное большинство концессионных соглашений совмещает вещное право концессионера на имущество (как правило, созданное или реконструированное концессионером) и исключительное право на его эксплуатацию. Так, описываемый нами выше Контракт на газовое освещение г. Москвы предполагал, во-первых, специфическое вещное право концессионера на построенный им газовый завод и проложенные им трубы, во-вторых, исключительное право концессионера на освещение газом территории, определенной на прилагаемой к Контракту карте, и неисключительное право вне границ данной территории.

Имманентным признаком любой концессии полагалась исключительность передаваемых прав, выражающаяся, по мнению К.И. Налетова, в объективной невозможности для иных лиц иметь и осуществлять их, хотя и по разным основаниям⁸.

Федеральный закон "О концессионных соглашениях" не предполагает исключительности права концессионера, что, безусловно, является фактором, сдерживающим использование концессий вообще и в сфере трубопроводного транспорта в частности.

Объектом концессии в соответствии с положениями п. 1 ст. 3 Федерального закона "О концессионных соглашениях" являются: 1) недвижимое имущество и 2) недвижимое имущество и технологически связанное с ним движимое имущество, предназначенное для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением.

Одним из существенных условий концессионного соглашения выступает предоставление концессионеру земельного участка, предназначенного для осуществления концессионной деятель-

ности, в аренду или субаренду (п. 1 ст. 11 115-ФЗ). Объекты концессии прочно связаны с земельным участком, на котором расположены. Следовательно, одновременно с передачей объекта по концессионному соглашению у концессионера возникают права и на земельные участки, необходимые для создания, и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, и (или) для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением. Такие земельные участки предоставляются концессионеру в аренду (субаренду) или на ином законном основании в соответствии с земельным, лесным, водным законодательством, законодательством Российской Федерации о недрах на срок, который устанавливается концессионным соглашением в соответствии со специальным законодательством (земельным, лесным, водным, о недрах) и не может превышать срок действия концессионного соглашения. Договор аренды (субаренды) земельного участка должен быть заключен с концессионером не позднее чем через шестьдесят рабочих дней со дня подписания концессионного соглашения, если иные сроки не установлены конкурсной документацией.

Излишним выглядит положение п. 9 ст. 3 Закона о возможности предоставления во владение и пользование концессионера имущества, принадлежащего концеденту на праве собственности, которое: а) образует единое целое с объектом концессионного соглашения и (или) б) предназначено для использования по общему назначению. Очевидно, что в силу положений абз. 2 ст. 134 и ст. 135 ГК РФ вне зависимости от признания объекта концессии сложной вещью или главной вещью с принадлежностями юридическая судьба такого имущества одинакова, если иное не предусмотрено договором. Более того, данная норма Закона требует указывать в концессионном соглашении состав и описание такого имущества⁹, цели и срок его использования (эксплуатации) концессионером, порядок возврата такого имущества концеденту. Обращает на себя внимание то, что формулировка п. 9 ст. 3 Закона, предполагая лишь возможность передачи прав на составные части сложной вещи и на принадлежности главной вещи, отрицает таким образом общее сформулированное в ст. 134-135 ГК РФ правило, установившее принцип следования.

Необходимо иметь в виду и установленный в Законе “О концессионных соглашениях” примат

специального законодательства о концессионных соглашениях над общей нормой ГК РФ.

Кроме того, вышеупомянутый п. 1 ст. 3 Федерального закона “О концессионных соглашениях” в новой редакции весьма четко разграничил объекты концессионного соглашения: на а) недвижимое имущество и б) недвижимое имущество вместе с технологически связанным с ним движимым имуществом, предназначенным для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением. Данное обстоятельство в конечном итоге означает, что при отсутствии прямого указания в концессионном соглашении на следование принадлежности юридической судьбе главной вещи принадлежность не следует юридической судьбе главной вещи. Также не следуют юридической судьбе объекта концессии его составные части, если они не поименованы в концессионном соглашении.

Необходимо различать вещное право концессионера на объект концессии в случае реконструкции и в случае создания его “с нулевого цикла”. В первом случае право собственности принадлежит концеденту (п. 4 ст. 3), а концессионеру передается право владения и пользования; а во втором - право собственности концедента лишь предполагается в будущем и передача концессионеру прав владения и пользования невозможна в силу отсутствия у концедента права собственности. При этом общая норма Закона предполагает одновременную регистрацию права собственности концедента с правом владения и пользования концессионера на объект (п. 15 ст. 3).

Следует обратить внимание также на то, что концессионер обязуется осуществлять не использование объектов, а деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения. Вместе с тем Федеральный закон “О концессионных соглашениях” закрепляет принцип целевого использования объектов концессии (пп. 2 п. 2 ст. 8; п. 2 ст. 9; пп. 6 п. 1 ст. 10; пп. 2 п. 2 ст. 15 данного закона). Таким образом, концессионеру предоставляется возможность не ограничиваться рамками деятельности по строительству (эксплуатации) объекта концессии, но включить данный объект в производственный цикл. Это весьма важно для трубопроводного транспорта. Трубопроводы не столь уж часто являются основным источником дохода их собственников (именно убыточность газораспределительных сетей стала одной из причин переда-

чи их на условиях концессионного соглашения). Как правило, газопровод строится за счет недропользователей для передачи добытого ими газа.

Статья 4 указывает в пп. 3 п. 1 на объекты трубопроводного транспорта в числе объектов концессионного соглашения. При этом в качестве отдельного объекта указываются объекты коммунального газоснабжения (пп. 11 данного пункта). По мнению С.А. Сосны, закон не поясняет, может ли быть объектом концессии любой нефте- или газопровод либо в концессию могут передаваться только объекты магистрального трубопроводного транспорта¹⁰. Вместе с тем С.А. Сосна сам же отвечает на свой вопрос, указывая, что под объектом трубопроводного транспорта можно подразумевать достаточно широкий перечень объектов, включая даже водопроводы и пульпопроводы¹¹. Термин “объекты трубопроводного транспорта” частично раскрывается в п. 6 ст. 90 Земельного кодекса РФ - таковыми являются трубопроводы и объекты, необходимые для эксплуатации, содержания, строительства, реконструкции, ремонта, развития наземных и подземных зданий, строений, сооружений, устройств, входящих в состав трубопровода.

Федеральный закон “О соглашениях о разделе продукции” закрепляет в ст. 12 право инвестора на свободный доступ к объектам трубопроводного транспорта и их использование.

Утвержденное Постановлением Правительства РФ от 11 ноября 2006 г. № 672 “Типовое концессионное соглашение в отношении объектов трубопроводного транспорта” ограничивает перечень объектов трубопроводного транспорта лишь недвижимым имуществом, не учитывая изменений, внесенных в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” Федеральным законом от 2 июля 2010 г. № 152-ФЗ “О внесении изменений в Федеральный закон “О концессионных соглашениях” и отдельные законодательные акты Российской Федерации”.

Итак, Закон “О концессионных соглашениях” разграничивает объекты трубопроводного транспорта и газопроводы, являющиеся объектами коммунальной инфраструктуры и ЖКХ. Постановлением Правительства Российской Федерации от 5 декабря 2006 г. № 748 утверждено Типовое концессионное соглашение в отношении систем коммунальной инфраструктуры и иных объектов коммунального хозяйства, в том числе объектов водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоот-

ведения, очистки сточных вод, переработки и утилизации (захоронения) бытовых отходов, объектов, предназначенных для освещения территорий городских и сельских поселений, объектов, предназначенных для благоустройства территорий, а также объектов социально-бытового назначения¹². Надо сказать, что аналогично Типовому концессионному соглашению в отношении объектов трубопроводного транспорта данное Типовое концессионное соглашение также ограничивает перечень объектов концессионного соглашения недвижимым имуществом.

Элементами субъектного состава концессионного правоотношения являются концессионер и концедент.

Концессионером в соответствии с Федеральным законом “О концессионных соглашениях” может быть любое юридическое лицо, а также действующие без образования юридического лица по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) два и более указанных юридических лица.

В качестве концедента в соответствии с Федеральным законом “О концессионных соглашениях” могут выступать публично-правовые образования: Российская Федерация, субъект РФ либо муниципальное образование. При этом в Законе специально указано на то, что отдельные права и обязанности концедента могут осуществляться органами государственной власти (местного самоуправления) и юридическими лицами¹³. Таким образом, законодательно закреплена возможность передачи прав концедента широкому кругу участников гражданского оборота, за исключением разве что физических лиц, индивидуальных предпринимателей и организаций, не являющихся юридическими лицами. Определенной новеллой является возможность делегирования прав концедента иным органам государственной власти и местного самоуправления.

Отнюдь не случайным выглядит употребление законодателем термина “отдельные права и обязанности”, которое указывает на невозможность полного делегирования полномочий концессионера иному лицу.

Смысл “расщепления” прав концедента состоит, как правило, в следующем: государство, выступая одновременно в роли носителя властных функций и собственника имущества, не связанного непосредственно с исполнением государственных функций и служащего исключительно для пополнения бюджетов соответствующего уровня,

передает право концедента иному участнику гражданского оборота. Однако в сфере эксплуатации трубопроводного транспорта данное правило имеет и иное значение - трубопровод проходит не только по территории муниципального образования, но и по территории субъекта Федерации (выше нами уже упоминалась новелла данного Федерального закона о возможности делегирования прав концедента не только юридическому лицу, но и органу государственной власти (местного самоуправления), и такая множественность лиц на стороне концедента позволит соблюсти интересы как субъекта Федерации, так и муниципального образования, по которым проходит трубопровод).

Очевидно, что на уровне общих норм Федеральный закон "О концессионных соглашениях" в актуальной редакции не вполне соответствует целям и задачам предоставления прав на объекты трубопроводного транспорта по концессионным соглашениям. Вместе с тем сохраняющаяся тенденция регулярного внесения правок в действующий закон: уточнение формулировок его статей, расширение перечня объектов концессии, - позволяет прогнозировать постепенную адаптацию норм 115-ФЗ для оформления правоотношений, возникающих при создании и реконструкции трубопроводов.

¹ В.В. Исаченко, В.Л. Исаченко писали: "Суд, несомненно, будет проявлять в известной степени творчество и вводить такие положения, которые положительному законодательству еще совершенно незнакомы, но это будет не превышение пределов власти, а именно та деятельность, которая всегда служила для науки источником при изыскании данных, характеризующих новые явления социальной жизни, а для законодателя руководящей нитью в деле создания новых законоположений, определяющих вновь породившиеся отношения между гражданами" (Исаченко В.В., Исаченко В.Л. Обязательства по договорам. СПб., 1914. С. 54-55). Думается, что авторы переоценили роль аналогии права. По крайней мере, для послереволюционного периода развития законодательства она была скорее принципом, чем реальным способом восполнения пробелов в законодательстве.

² Таль Л.С. Концессионные договоры городских общественных самоуправлений. СПб., 1915. С. 3-4.

³ Указ от 7 июля 1860 г. "О новых правах иностранцев, постоянно или временно в России пребывающих" снял ограничения на допуск к участию в торговых отношениях иностранных контрагентов.

⁴ Законодательство. 2010. Март (№ 3). С. 22-23.

⁵ Следует привести мнение Конгресса местных и региональных властей Совета Европы, который, отмечая, что частный сектор может внести вклад в эффективное предо-

ставление на местном уровне коммунальных услуг, подчеркнул, что частный сектор не предназначен для обеспечения социального и территориального равновесия в сфере предоставления услуг, что он заинтересован в ценности предприятия, а не в ценности общественных потребностей, заинтересован в максимальной, а не в оптимальной прибыли и не обязательно подвержен демократическому контролю (см.: Васильев В.И. Организационные проблемы местного самоуправления // ЖРП. 2008. № 11).

⁶ Здесь: В порядке законодательного предложения (лат.).

⁷ С точки зрения действующего закона (лат.).

⁸ Налетов К.И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения // Право и политика. 2005. № 3. С. 29. Весьма характерно то, что К.И. Налетов допускает такую оговорку, указывая на различие юридического содержания концессионного соглашения и коммерческой концессии. Исключительность прав является, таким образом, единственным признаком, объединяющим все концессии в целом.

⁹ Это условие практически невыполнимо, учитывая невозможность перечислить все принадлежности главной вещи и составные части сложных вещей, являющихся объектом концессионного соглашения. Кроме того, требование перечислить все указанные вещи делает данную норму практически бессмысленной: если в договоре перечислены *expressis verbis* вещи, образующие единое целое и неразрывно связанные с объектом концессионного соглашения, нет нужды применять какое-либо специальное правило - будучи включенными в предмет договора, данные вещи и так образуют единое целое.

¹⁰ Сосна С.А. О перспективах развития концессионных отношений в нефте- и газопроводном транспорте России // Московский журнал международного права. Спец. выпуск "Энергетика и право: трубопроводный транспорт". 2006. Май. С. 43.

¹¹ Там же. С. 42.

¹² Собрание законодательства Рос. Федерации. 2006. 11 дек. (№ 50). Ст. 5352.

¹³ Указанное дополнение было предложено членами Комитета Государственной думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям. Целью такого дополнения было предоставить концедентам возможность передавать свои полномочия не только федеральным органам исполнительной власти, но также и федеральным государственным учреждениям и унитарным предприятиям, за которыми закреплено федеральное имущество, что позволит более эффективно вовлекать такое имущество в хозяйственный оборот с применением концессионной схемы. Однако, уловив словосочетание "юридические лица", законодатель расширил перечень носителей части прав и обязанностей концессионеров за счет включения в него коммерческих и некоммерческих организаций. Таким образом, на стороне концедента в концессионном соглашении в отношении объектов трубопроводного транспорта могут выступать ОАО "Газпром" и любое из его дочерних обществ.