

Центр проблемного анализа
и государственно-управленческого проектирования

С.С. Сулакшин, М.В. Вилисов,
М.Ю. Погорелко, Е.А. Хрусталева

**КОНЦЕССИИ
НА ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОМ
ТРАНСПОРТЕ:
АНАЛИЗ ВОЗМОЖНОСТЕЙ
ПРИМЕНЕНИЯ**

ТРУДЫ ЦЕНТРА
Выпуск 1

Научный эксперт
Москва
2006

Сулакшин С.С., Вилисов М.В., Погорелко М.Ю., Хрусталева Е.А.
Концессии на железнодорожном транспорте: анализ возможностей применения // Труды центра. Выпуск № 1. М., Научный эксперт, 2006. — 32 с.

В работе рассматривается возможность реализации законодательства о концессионных соглашениях с позиций интересов ОАО «РЖД». Авторы анализируют инвестиционный потенциал компании, показывают способы его реализации, а также подчеркивают необходимость внесения изменений в существующее законодательство с целью более эффективного использования концессионных соглашений.

Издание предназначено представителям исполнительной власти, депутатам законодательных органов, руководящим работникам железнодорожного транспорта.

Центр проблемного анализа
и государственно-управленческого проектирования

Наш адрес:
107078, Россия, г. Москва,
ул. Каланчевская, д. 15,
подъезд 1, этаж 5
Тел./факс: (495) 981-57-03,
981-57-04, 981-57-09
E-mail: frpc@cea.ru

© Центр проблемного анализа
и государственно-управленческого проектирования
© Научный эксперт, 2006

Содержание

Введение	4
1. Инвестиционные возможности ОАО «РЖД». Способы реализации возможностей	5
2. Концессии как форма государственно-частного партнерства. Мировой опыт	7
3. Российская модель концессий и возможность ее применения в ОАО «РЖД»	11
4. Федеральный закон «О концессионных соглашениях»	15
Положительные стороны закона	15
Отрицательные стороны закона	19
5. Вопросы адаптации концессионного законодательства	26

Введение

Центр проблемного анализа и государственно-управленческого проектирования открывает работу «Адаптация концессионного законодательства в интересах ОАО «РЖД».

Цель проекта: выработка предложений для компании по наиболее эффективному использованию концессионного законодательства в целях удовлетворения собственных инвестиционных потребностей, а также для участия в наиболее привлекательных проектах в качестве инвестора.

По истечении определенного времени после принятия Федерального закона № 115-ФЗ от 21.07.2005 «О концессионных соглашениях» (далее — Закон) становится понятным, что его реализация на практике сталкивается со значительными трудностями, вызванными большим количеством нерешенных проблем. До настоящего времени типовые концессионные соглашения не разработаны и ни одного реального концессионного проекта нет. Этот в целом достаточно негативный опыт в то же время дает возможность компании более четко обозначить свои интересы в данной сфере, адаптироваться самой и адаптировать концессионное законодательство к собственным нуждам.

Основные потребности ОАО «РЖД» в инвестиционной сфере можно свести к следующим двум:

- ОАО «РЖД» заинтересовано в привлечении внешних инвесторов, в том числе государства, для реализации крупнейших проектов, связанных с развитием и модернизацией инфраструктуры, и в иных областях (проблема «РЖД — концедент»).
- ОАО «РЖД» и дочерние структуры могут быть заинтересованы в участии в целом ряде проектов в качестве инвесторов, в том числе в проектах с государственным участием — в качестве концессионеров (проблема «РЖД — концессионер»).

Эти потребности побудили авторов создать данную работу, цель которой — изучить концессионное законодательство и ответить, каким образом концессионное законодательство позволяет (или не позволяет) решать практические проблемы ОАО «РЖД» и что необходимо сделать для более эффективного его применения или даже применения в принципе.

1. Инвестиционные возможности ОАО «РЖД».

Способы реализации возможностей

Вопрос привлечения инвестиционных ресурсов для обновления основных производственных фондов ОАО «РЖД» в настоящее время очень актуален ввиду высокого износа фондов и снижения объемов капитальных вложений. В связи с тем, что объем собственных источников финансирования ОАО «РЖД» не соответствует потребностям в инвестиционных ресурсах для обновления производственных фондов железнодорожной отрасли, необходимо определить наиболее эффективные дополнительные способы финансирования.

На железнодорожном транспорте наибольший удельный вес занимают сооружения (земляное полотно, верхнее строение пути, искусственные сооружения) и транспортные средства (локомотивы, вагоны, мотор-вагонные секции и прочее). На их долю по стоимости приходится почти 80% основных производственных фондов¹.

Кроме того, основные средства железнодорожного транспорта имеют свои особенности. Во-первых, это большие сроки полезного использования в сравнении с основными средствами других отраслей народного хозяйства. Во-вторых, значительную долю основных средств составляет имущество, ограниченное в обороте. В третьих, большинство основных средств железнодорожного транспорта являются уникальными в применении, то есть не могут использоваться по назначению в других отраслях народного хозяйства.

Все основные активы железнодорожной отрасли России были внесены в уставный капитал ОАО «РЖД» и в настоящее время находятся в частной собственности. Имущество ОАО «РЖД» подразделяется на три группы:

1. Имущество, полностью ограниченное в обороте в силу закона (согласно п. 1 ст. 8 Закона «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта» ОАО «РЖД» не вправе передавать такое имущество, вне-

¹ Гусев А.А. Повышение эффективности использования инвестиционных ресурсов для обновления основных производственных фондов железнодорожного транспорта. Дисс. ... канд. экон. наук. — М., 2004 г. С. 10.

сенное в его уставный капитал, в аренду, безвозмездное пользование, доверительное управление или залог);

2. имущество, оборот которого осуществляется с разрешения Правительства РФ (п. 2 ст. 8);
3. остальное имущество, оборот которого ОАО «РЖД» осуществляет самостоятельно.

Ограничение в обороте имущества ОАО «РЖД» снижает инвестиционную привлекательность компании, так как в отношении ограниченного в обороте имущества компании не могут применяться многие кредитные механизмы.

Имущество ОАО «РЖД», полностью ограниченное в обороте, не может быть использовано для привлечения инвестиций никаким образом, так как не может выступать в качестве обеспечения возврата инвестированных средств. Также необходимо учитывать, что все 100% акций ОАО «РЖД» находятся в государственной собственности и, следовательно, привлечение инвестиций путем продажи акций также невозможно. Таким образом, эффективность управления этим имуществом в настоящее время даже ниже, чем эффективность управления имуществом, находящимся в федеральной собственности.

Более того, управление инвестициями на железнодорожном транспорте имеет свои отраслевые особенности. Инвестиционные проекты, связанные с железнодорожным транспортом, отличаются более низкими значениями по практически всем основным показателям, характеризующим инвестиционную привлекательность: долгим сроком окупаемости, высоким объемом капитальных вложений, большими техническими, экономическими и политическими рисками, значительным воздействием на окружающую среду².

Таким образом, разработку предложений по повышению эффективности использования инвестиционных ресурсов для обновления основных производственных фондов железнодорожного транспорта необходимо проводить с учетом инвестицион-

² Значительное воздействие на окружающую среду будет оказываться, в первую очередь, в ходе строительства, что повлечет необходимость учитывать в ходе исполнения концессионного соглашения требования земельного, лесного, водного законодательства, законодательства об экологической экспертизе.

ной привлекательности и инвестиционных возможностей железнодорожной отрасли.

Одним из возможных способов привлечения крупных частных инвестиций в ОАО «РЖД» является использование концессионных механизмов. Возможности и целесообразности использования концессионных механизмов для нужд ОАО «РЖД» и посвящено исследование.

2. Концессии как форма государственно-частного партнерства. Мировой опыт

Государственно-частное партнерство — это институциональный и организационный альянс между государством и бизнесом в целях реализации общественно значимых проектов и программ в широком спектре отраслей промышленности и НИОКР, вплоть до сферы услуг³. Концессионное соглашение является одной из форм партнерства государства и частного сектора в сфере управления государственным и муниципальным имуществом.

Повышенный интерес правительства к законодательству о концессионных соглашениях продиктован одним важным обстоятельством — во всем мире концессии являются эффективным способом организации государственно-частного партнерства в целях привлечения частных инвестиций в государственный сектор экономики. Речь идет, прежде всего, о таких сферах, где эффективная предпринимательская деятельность невозможна без взаимодействия государства и бизнеса: это крупные, в первую очередь транспортные, инфраструктуры и добыча полезных ископаемых. Общим для этих двух, казалось бы, мало похожих секторов является одно: во многих государствах инфраструктура и недра находятся либо в исключительной государственной собственности, либо существенно ограничены в обороте. Само государство, как правило, не может организовать прибыльный бизнес в этих секторах, а иногда и ограничено в ресурсах, так как реализация инфраструктурных проектов или проектов по разработке недр, как правило, очень капиталоемка. В связи с этим в XIX веке в европейских странах, Северной Америке стали активно использоваться концессионные договоры как особые дого-

³ В.Варнавский. «ФельдПочта» N 029 стр. 5 от 02.08.2004.

ворные формы отношений государства и бизнеса. В XX веке практика их заключения распространилась практически на весь мир, и в настоящее время концессионные формы отношений активно используются в таких быстро развивающихся странах, как Китай, страны Юго-Восточной Азии, в Латинской Америке, не говоря уже собственно о Европе и Северной Америке. В начале XX века концессионные договоры активно использовались в Российской империи и даже в СССР.

Обширная мировая практика реализации концессионных договоров обусловила их значительную разработанность в правовом плане, как с теоретической, так и с практической точек зрения. В мировой практике существует достаточно устоявшаяся и обширная классификация концессионных договоров, предполагающая их разделение на определенные договорные формы (типы) в зависимости от характера отношений сторон, по договору ВОТ, ВООТ, ВТО и другие. Эти типологии в некоторых странах применяются также и на законодательном уровне.

Все большую актуальность в последнее время приобретают вопросы взаимодействия бизнеса и власти при осуществлении инфраструктурных проектов. За рубежом проекты в рамках государственно-частного партнерства, или, как его еще называют, PPP (от англ. Public Private Partnerships), являются одним из наиболее распространенных и эффективных механизмов взаимодействия государственного сектора и частного капитала. Действительно, государственных средств для развития инфраструктуры, в том числе в дорожной сфере, как правило, не хватает, и в этом случае наиболее очевидным и при определенных условиях взаимовыгодным становится привлечение частных инвестиционных ресурсов в отрасли, в которых преобладает государственная собственность.

Следует сразу оговориться, что существует несколько подходов, определяющих возможные сферы и цели функционирования государственно-частного партнерства и его отдельных разновидностей. В рамках первого подхода, который можно условно назвать «традиционным», существует представление о том, что государственно-частное партнерство возможно только в случаях исключительного государственного права собственности, то есть (в чистом виде) в тех сферах, где запрещена приватизация иму-

щества. Сторонники этого подхода исходят из того, что, если нет запрета на нахождение имущества в частной собственности, его лучше приватизировать, не выстраивая никаких сложных схем взаимодействия государства и бизнеса. Второй подход, который условно можно назвать «адаптивным», предполагает более гибкое определение сфер возможного взаимодействия государства и частного капитала. Его сторонники исходят из того, что государственно-частное партнерство возможно в любых сферах деятельности, где такое взаимодействие будет эффективным и взаимовыгодным, в том числе и в таких, далеко не традиционных сферах, как оборона и безопасность. К сожалению, этот подход не нашел еще должного количества последователей, особенно в органах государственной власти Российской Федерации.

В определенной степени к государственно-частному партнерству можно отнести поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд. Такая разновидность государственно-частного партнерства известна давно. Новшеством, появившимся в начале 90-х, стал эксперимент в Великобритании, когда частные организации стали привлекаться не только для выполнения работ, требующих государственных капиталовложений, но и для оплаты таких работ. Подобные сделки получили название PFI – Private Finance Initiative (частная финансовая инициатива). Стоимость объектов частной финансовой инициативы, являющейся в Великобритании основной формой государственно-частного партнерства, в течение последних 10 лет составила £ 24 млрд., а в течение следующих 3 лет планируется реализовать проекты на общую сумму £ 12 млрд. Более того, ежегодно заключается до 80 новых соглашений. По данным британского правительства, такие проекты обеспечивают 17% экономии бюджета страны⁴.

В мировой практике выделяется несколько основных видов концессий⁵:

⁴ Л.И.Ефимова. Некоторые модели государственно-частных партнерств: тенденции и зарубежный опыт // http://www.eatc.ru/rus/doc.id_71.book_1.php.

⁵ Варнавский В.Г. Концессии в транспортной инфраструктуре. – М., 2002. С. 27–28.

BOT (Build, Operate and Transfer) — «Строительство, управление, передача» — классический вариант концессии. Концессионер осуществляет строительство и эксплуатацию (в основном — на праве собственности) в течение установленного срока, после чего объект передается государству. Аналог этого вида концессии при реконструкции объекта — **ROT** (Rehabilitate, Own, Transfer);

BTO (Build, Transfer and Operate) — «Строительство, передача, управление» — концессионер строит объект, который передает государству в собственность сразу после завершения строительства, после чего он поступает в управление концессионеру;

BOO (Build, Own and Operate) — «Строительство, владение, управление» — т.н. «гринфилд» (Greenfield project). Концессионер строит объект и управляет им на правах владения и пользования, концессионный срок не фиксируется;

BOOT (Build, Own, Operate and Transfer) — «Строительство, владение, управление, передача» — разновидность «гринфилда», владение и пользование осуществляются в течение строго оговоренного срока.

Выделяют также формы, близкие концессионным:

Lease contract — контракт, близкий по содержанию аренде. Арендатор не участвует в строительстве, получая объект от государства. Обязанности арендатора: обслуживание, взимание платы и платежи государству за пользование;

Service contract — контракт на обслуживание, главной особенностью которого является то, что концессионер получает от государства в управление и обслуживание уже готовый объект;

Management contract — контракт на управление.

Таким образом, приведенный обзор показывает, что мировая практика накопила значительный опыт использования концессий. Есть он и в российской истории. Значительная часть российских железных дорог в конце XIX — начале XX веков была построена с использованием концессий. Это позволило объединить государственную волю и административные возможности с частными капиталами, что дало впечатляющие результаты.

Однако российская модель концессионных соглашений не позволяет использовать все многообразие концессионных форм, что на практике может привести к снижению эффективности применения концессий.

3. Российская модель концессий и возможность ее применения в ОАО «РЖД»

Обращаясь к российской модели концессии, введенной Федеральным законом № 115-ФЗ от 21 июля 2005 года «О концессионных соглашениях» и ее возможностям для применения в ОАО «РЖД», следует сразу провести отграничение концессионных соглашений и договора коммерческой концессии, который регулируется соответствующей главой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Несмотря на схожесть названия, в российском гражданском законодательстве эти два вида договоров чрезвычайно далеки друг от друга как по субъектно-объектному составу, так и по содержанию. Тем не менее необходимо помнить, что предметом Закона является регулирование совершенно иных отношений, чем те, которые регулирует глава 54 ГК РФ.

Основной целью Закона, исходя из мировой практики, должно являться регулирование отношений между государством и бизнесом при привлечении инвестиций в экономику Российской Федерации. Это и отражено в статье 1 Закона, которая также четко описывает предмет правового регулирования Закона: Закон регулирует отношения, возникающие в связи с подготовкой, заключением, исполнением и прекращением концессионных соглашений, устанавливает гарантии прав и законных интересов сторон концессионного соглашения.

Пожалуй, основной спецификой концессионного соглашения является и его особый субъектный состав со стороны концедента: концедентом в соответствии со ст. 5 Закона может являться только Российская Федерация, субъект Российской Федерации или орган местного самоуправления. Таким образом, заключение концессионных соглашений иными субъектами в качестве концедента не допускается. Это означает, что ОАО «РЖД», являясь по правовой форме частной компанией, не может выступать в качестве концедента и привлекать частные инвестиции для модернизации, обновления и развития инфраструктуры железнодорожного транспорта. Учитывая, что это имущество ограничено в обороте, иные формы привлечения инвестиций в этот комплекс в настоящее время затруднены. В связи с этим возникает задача

создания условий для возможности использования имущества ОАО «РЖД» в качестве объекта концессионного соглашения и наделения компании правами концедента, которые создают благоприятный правовой статус.

В соответствии со ст. 3 Закона концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются — в соответствующих частях — правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из Закона или существа концессионного соглашения.

Таким образом, концессионное соглашение является смешанным договором и подпадает под регулирование пункта 3 статьи 421 ГК РФ. При этом данная норма Закона ограничивает круг договоров, элементы которых могут содержаться в концессионном соглашении, по сравнению с обычными смешанными договорами: в концессионном соглашении могут содержаться элементы только тех договоров, которые предусмотрены федеральными законами, то есть стороны не вправе воспользоваться положениями п. 2 ст. 421 ГК РФ о свободе договора и включать в концессионное соглашение элементы договора, предусмотренного иными нормативными правовыми актами или не предусмотренного российским законодательством вовсе⁶.

Закон дает понятие концессионного соглашения: «По концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (далее — объект концесси-

⁶ Здесь следует отметить, что по данному вопросу существуют разные точки зрения. Так, существует мнение, что формулировка п. 2 статьи 3 Закона — «концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами» — не ограничивает содержание концессионного соглашения элементами договоров, которые уже содержатся в федеральных законах, а лишь указывает на их содержание в концессионном соглашении. Однако, поскольку судебная практика по рассматриваемому вопросу в настоящий момент отсутствует, однозначно предсказать, какой точки зрения будет придерживаться суд, сейчас невозможно. А следовательно, данное обстоятельство снижает привлекательность концессий как для концедента, так и, в первую очередь, для концессионера.

онного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности» (часть 1 ст. 3 Закона).

Как видно, Закон четко определяет объект концессионного соглашения в качестве недвижимого имущества, которое более детально описывается и классифицируется в статье 4 Закона, содержащей описание 14 видов объектов концессионного соглашения. Перечень этот закрытый и не предполагает расширения.

Таким образом, можно сразу установить несколько отличительных особенностей концессионного соглашения:

1. Объектом концессионного соглашения являются строго определенные виды недвижимого имущества.

2. Объект концессионного соглашения может не существовать в момент заключения договора, он также может быть подвергнут существенным изменениям (реконструкции) в ходе исполнения концессионного соглашения.

3. В предмет концессионного соглашения входит не только владение и пользование объектом концессионного соглашения, но и его строительство (реконструкция), а также осуществление деятельности с его использованием.

Это позволяет выделить как минимум три основных блока отношений между концедентом и концессионером:

1. Отношения по поводу владения и пользования объектом концессионного соглашения, которые скорее всего будут содержать значительное число элементов договора аренды зданий и сооружений.

2. Отношения по поводу создания (реконструкции) объекта концессионного соглашения, которые предусмотрены в Законе: например, это обязательство концессионера по вводу в эксплуатацию построенного здания, то есть элементы договора строительного подряда.

3. Отношения, связанные с осуществлением деятельности по использованию объекта концессионного соглашения. Учи-

тая, что все перечисленные в статье 4 Закона объекты имеют специальное назначение, концессионер обязан осуществлять деятельность по целевому использованию объекта концессионного соглашения. Это, в свою очередь, как правило, предполагает оказание услуг с использованием этого имущества (п.п. 3—5 части 2 ст. 8 Закона), причем во многих случаях деятельность будет регулироваться законодательством о защите прав потребителей. Важно отметить, что Закон формально не запрещает осуществлять деятельность с использованием имущества путем его передачи в субаренду, хотя такой способ использования имущества представляется как минимум юридически спорным. Тем не менее очевидно, что в любом случае осуществление деятельности с использованием имущества будет связано с заключением договоров с третьими лицами. В этом случае достаточно сложным является вопрос необходимого и достаточного объема регулирования этих отношений в концессионном соглашении.

Сложным и интересным для изучения представляется вопрос о присутствии в концессионном соглашении обязательств посреднического типа. Некоторые из них прямо предусмотрены в Законе: например, это обязательство концессионера по вводу в эксплуатацию построенного (реконструированного) объекта (ч. 14 ст. 3 Закона), когда концессионер явно будет действовать в интересах концедента. Также можно предположить, что концессионным соглашением концессионеру может быть поручена государственная регистрация прав на объект концессионного соглашения и обременения права собственности (ч. 15 ст. 3 Закона). Такого рода отношения, в зависимости от их содержания, будут регулироваться нормами, относящимися к посредническим обязательствам (договоры поручения, агентирования). Учет характера данных отношений особенно важен, так как это позволит концессионеру требовать возмещения произведенных расходов в рамках финансовых отношений по концессионному соглашению.

Разделение отношений между концедентом и концессионером на подобные блоки позволяет более четко представить, из элементов каких договоров состоит концессионное соглашение как смешанный договор. Очевидно, что среди этих договоров бу-

дуг договор аренды зданий и сооружений, договор строительного подряда, отдельные элементы агентского договора или договора поручения, договор оказания услуг.

4. Федеральный закон «О концессионных соглашениях»

В рамках исследования об адаптации концессионного законодательства для нужд ОАО «РЖД» ключевым является вопрос об эффективности применения существующего Федерального закона «О концессионных соглашениях» и, соответственно, заинтересованности ОАО «РЖД» в правоотношениях, этим законом регулируемых.

Проведенный анализ Закона «О концессионных соглашениях» позволил выявить как положительные, так и отрицательные моменты (далее — «плюсы» и «минусы») в данном законе и регулируемых им правоотношениях. Под плюсами при этом понимаются новые возможности (как для государства, так и для частного сектора), вводимые Законом, а также выгоды для любой из сторон концессионного соглашения, которые были бы невозможны в отсутствие Закона и вне концессионного соглашения. Под минусами понимаются пробелы Закона, а также нормы, способные оказать негативное влияние на эффективность применения Закона.

Положительные стороны Закона

1. Основной плюс рассматриваемого Закона состоит в возможности использования и эксплуатации коммерческими структурами объектов недвижимого имущества, традиционно являющихся собственностью государства, в том числе ограниченных в обороте. То есть речь идет о специфической сфере применения Закона, преимущественно недоступной для коммерческих структур вне концессионных отношений.

2. Введение нормы, позволяющей регистрировать право собственности на созданный в рамках концессионного соглашения объект недвижимого имущества, одновременно с его обременением правами концессионера. Данная норма необходима в рамках правоотношений, когда лицо создает объект недвижимого имущества, являющийся собственностью другого лица, для

того, чтобы самостоятельно его использовать⁷. Более того, данная норма является своеобразной гарантией прав концессионера, что повышает заинтересованность потенциального инвестора в правоотношениях, регулируемых Законом.

3. В соответствии с п. 16 ст. 3 Закона «концессионером осуществляется учет объекта концессионного соглашения на отдельном балансе и производится начисление амортизации этого объекта».

Чтобы однозначно оценить данную норму Закона как Плюс или Минус, необходим расчет налоговых и экономических последствий введения данного положения в законодательство с учетом уже действующих норм налогового права.

Законодательная база по вопросам исполнения обязанности по уплате налогов и по вопросам ведения бухгалтерского учета в отношении имущества — объекта концессионного соглашения (полученного от концедента либо созданного концессионером в рамках соглашения) в настоящее время недостаточна. Отработанной практики по данному вопросу пока фактически нет.

Статья 256 Налогового кодекса Российской Федерации (далее — НК РФ) устанавливает, что амортизируемое имущество, полученное организацией от собственника имущества в соответствии с законодательством о концессионных соглашениях, подлежит амортизации у данной организации в течение срока действия концессионного соглашения в порядке, установленном главой 25 НК РФ (Налог на прибыль организаций).

⁷ Здесь следует отметить, что установление такой нормы в законе «О концессионных соглашениях» представляется не вполне корректным, поскольку она противоречит п. 2 ст. 13 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», который гласит, что «государственная регистрация перехода права на объект недвижимого имущества, его ограничения (обременения) или сделки с объектом недвижимого имущества возможна при условии наличия государственной регистрации ранее возникших прав на данный объект в Едином государственном реестре прав». Данный вопрос может быть решен путем дополнения главы IV (Государственная регистрация отдельных видов прав на недвижимое имущество и сделок с ним) Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» отдельной статьей об особенностях государственной регистрации прав концедента и концессионера на объект концессионного соглашения и путем принятия Минюстом России методических рекомендаций о порядке государственной регистрации прав на объект концессионного соглашения.

По вопросам уплаты налога на имущество организацией-концессионером Департамент налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина России сообщил в своем письме от 19 января 2006 г. N 03-06-01-04/06, что, поскольку объект концессионного соглашения учитывается не на балансе организации, а на отдельном балансе, ведение которого организация-концессионер осуществляет в связи с исполнением обязательств, предусмотренных концессионным соглашением, Департамент считает, что имущество, учтенное на отдельном балансе, не является объектом налогообложения налогом на имущество организаций у концессионера.

По вопросам, касающимся налогообложения прибыли организаций при применении концессионного соглашения, Департамент налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина России в своем письме от 24 октября 2005 г. N 03-03-04/1/287 сообщил следующее. На стадии использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения существенные условия соглашения, соответствующие данному этапу, могут быть идентичны условиям, обычно предусматриваемым в договоре аренды, определяемом гражданским законодательством. Таким образом, при формировании налогооблагаемой базы по налогу на прибыль организаций концессионер имеет право относить на расходы не только концессионную плату за право владения и пользования объектом концессионного соглашения, но и, в соответствии с со статьей 256 НК РФ, сумму начисленной амортизации в отношении амортизируемого имущества, полученного по концессионному соглашению, не являясь собственником данного имущества, в течение срока действия концессионного соглашения.

При этом, как следует из положений статьи 259 НК РФ, концессионер имеет право включать в состав расходов отчетного (налогового) периода расходы на капитальные вложения в объект концессионного соглашения в размере не более 10% первоначальной стоимости основных средств и (или) расходов, понесенных в случаях достройки, дооборудования, модернизации, технического перевооружения, частичной ликвидации основных средств, суммы которых определяются в соответствии со статьей 257 НК РФ.

Положения НК РФ, касающиеся капитальных вложений в форме неотделимых улучшений в арендованное имущество, также применяются и в отношении капитальных вложений в форме неотделимых улучшений в имущество, полученное концессионером по концессионному соглашению, если элементы такового на стадии использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения соответствуют существенным условиям договора аренды. Капитальные вложения в форме неотделимых улучшений в такое имущество, стоимость которых не возмещается концессионеру, амортизируются концессионером в течение срока действия концессионного соглашения, исходя из сумм амортизации, рассчитанных с учетом срока полезного использования объектов основных средств.

Соответственно в указанных случаях доход в виде капитальных вложений в форме неотделимых улучшений имущества, полученного по концессионному соглашению, произведенных концессионером на стадии использования (эксплуатации) данного имущества, согласно подпункту 32 пункта 1 статьи 251 НК РФ, не учитывается при определении налоговой базы концедента.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что, ввиду отсутствия самостоятельного регулирования по вопросам уплаты налогов и сборов, при формировании налогооблагаемой базы стороны концессионного соглашения должны учитываться положения законодательства, регулирующего правоотношения, существенные условия которых соответствуют элементам концессионного соглашения. Также необходимо отметить, что такая позиция по вопросам уплаты налогов предполагает, что весь период действия концессионного соглашения должен быть разбит на периоды, в течение которых в отношении объекта концессионного соглашения будут действовать разные порядки определения налоговой базы. Такое неустойчивое положение, когда стороны концессионного соглашения по своему усмотрению должны выбирать порядок, в соответствии с которым будет определяться налоговая база, не способствует снижению рисков по соглашению, так как налоговые органы могут и не согласиться с расчетами и в таком случае сторонам концессионного соглашения придется нести ответственность за совершение налоговых правона-

рушений. Следовательно, можно говорить о том, что налоговое регулирование в той форме, в какой оно осуществляется в настоящее время, является скорее минусом, нежели плюсом Закона⁸.

Отрицательные стороны Закона

Административные минусы⁹

1. Несмотря на существо концессионных отношений и весь мировой опыт в данной сфере, Закон не учитывает административной составляющей концессионного соглашения и трактует его (концессионное соглашение) как смешанный гражданско-правовой договор. Причем роль концедента в концессионном соглашении фактически мало чем отличается от роли арендодателя в договоре аренды. Учитывая обязанности, которые принимает на себя по концессионному соглашению концессионер, для концессионера данное соглашение в таком виде является малопривлекательным, поскольку он несет практически все риски.

Учет возможностей использования административного ресурса концедентом особенно важен для регулирования вопросов досрочного расторжения концессионного соглашения. Законом предусмотрен перечень нарушений условий концессионного соглашения, которые являются существенными и могут повлечь расторжение концессионного соглашения на основании решения суда, но необходимо учитывать, что данной нормой Закона (ч. 2 ст. 15 Закона) предусмотрены нарушения только со стороны концессионера, определение же действий (бездействия) концедента, являющихся существенными нарушениями условий концессионного соглашения, отдано целиком на усмотрение сторон.

⁸ Необходимо отметить, что дать однозначную оценку нормам законодательства, регулирующим вопросы уплаты налогов и сборов, достаточно сложно и в данном случае все вопросы необходимо рассматривать применительно к каждому конкретному договору. Также следует учитывать, что оценка налогового регулирования со стороны ОАО «РЖД» будет зависеть от того, в качестве какой из сторон концессионного соглашения, концедента или концессионера, будет выступать ОАО «РЖД».

⁹ Большинство административных минусов являются значимыми для концессионера и не являются значимыми для ОАО «РЖД», если оно планирует выступать в качестве концедента. Кроме того, большая часть административных минусов для концессионера также отпадает в случае, если концедентом будет выступать ОАО «РЖД».

Таким образом, концессионер может не получить возможности отказаться от исполнения концессионного соглашения в случае, если действия со стороны концедента, выступающего в роли регулирующего органа исполнительной власти, а не стороны в гражданско-правовом договоре, существенно препятствуют исполнению договора.

2. В целях совершенствования концессионного законодательства для устранения пробелов необходимо также внесение дополнений в уже действующие нормативные акты:

а) как уже отмечалось выше, необходимо более четкое урегулирование в НК РФ вопросов уплаты налогов и сборов сторонами концессионного соглашения;

б) необходимо внесение дополнений в Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», регулирующих вопросы регистрации концессионных соглашений (либо внесение соответствующих положений, снимающих вопрос о регистрации концессионных соглашений, в Закон) и прав на объекты концессионных соглашений;

в) следует также урегулировать в Законе обстоятельства, влияющие на использование объекта концессионного соглашения (например, введение чрезвычайного положения, приостановление или введение временных ограничений на движение транспортных средств).

3. Реализация Закона требует принятия и определенного числа подзаконных актов, ни один из которых до настоящего времени не принят. Очевидно, что, в отсутствие принятых подзаконных актов, во-первых, могут возникнуть сложности с реализацией Закона, во-вторых, достаточно сложно оценивать возможные проблемы, которые могут быть разрешены, либо, наоборот, выявлены в связи с принятием указанных нормативных правовых актов.

Закон напрямую указывает на обязательность принятия лишь одного подзаконного акта — Постановления Правительства РФ, утверждающего типовые концессионные соглашения (п. 4 статьи 10 Закона), в соответствии с которыми должны заключаться концессионные соглашения (п. 2 статьи 13 Закона). Таким образом, очевидно, что до утверждения Правительством РФ указанных ти-

повых форм соглашений заключение концессионных соглашений невозможно.

Для полноценной работы механизма заключения и исполнения концессионных соглашений необходимо принятие еще ряда подзаконных актов:

а) необходимо принятие нормативных актов, регламентирующих порядок передачи объекта концессионного соглашения концедентом концессионеру;

б) необходимо принятие нормативных актов, регламентирующих порядок передачи объекта концессионного соглашения концессионером концеденту;

в) необходимо принятие нормативных актов, регламентирующих вопросы лицензирования и порядка осуществления контроля за соблюдением как требований действующего законодательства, так и условий концессионного соглашения при создании и (или) реконструировании объекта концессионного соглашения. Федеральный закон «О лицензировании отдельных видов деятельности» допускает применение упрощенного порядка лицензирования. Данный порядок будет удобен для концессионера тем, что плановые проверки соответствия деятельности лицензиата, выбравшего упрощенный порядок лицензирования, лицензионным требованиям и условиям не проводятся. Но в настоящее время нормативные акты, обеспечивающие данный порядок лицензирования, еще не приняты.

Необходимо также учитывать, что определенная часть из перечисленных выше и ряд других необходимых нормативных правовых актов должны быть приняты не только на федеральном уровне, но и на уровне субъекта Российской Федерации и на уровне муниципального образования.

4. Минус, напрямую связанный с рассмотренным в предыдущем пункте, заключается в том, что в соответствии с п. 2 статьи 13 Закона «концессионное соглашение заключается в соответствии с типовым концессионным соглашением». Иными словами, содержание концессионного соглашения ограничивается рамками типового концессионного соглашения. Очевидно, что типовое концессионное соглашение не сможет учесть всех нюансов, связанных с каждым конкретным объектом концессионного соглашения. Данное условие делает концессионное соглашение

неэффективным инструментом регулирования отношений сторон концессионного соглашения, тем самым снижая привлекательность концессионных отношений как для концедента, так и для потенциального инвестора.

5. До настоящего времени не решен вопрос, какие органы исполнительной власти на федеральном, региональном и муниципальном уровне будут уполномочены выступать от имени концедента, в том числе при подписании концессионного соглашения.

6. Большая часть государственного имущества передана государственным унитарным предприятиям и государственным учреждениям. То есть имущество, могущее стать предметом концессионного соглашения, в большинстве своем уже закреплено за предприятиями и учреждениями – обременено их правами.

Причем, как следует из ГК РФ и Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», собственник вправе изымать только неиспользуемое или используемое не по назначению имущество, причем только у казенных предприятий и государственных учреждений.

Таким образом, изъятие имущества у предприятий и учреждений представляет собой существенную проблему (безусловно разрешимую, например, путем ликвидации предприятия), не нашедшую отражения в Законе.

7. Одним из минусов Закона можно назвать также и отсутствие возможности реализации инициативы инвестора. Представляется, что описание процедуры внесения в уполномоченный орган управления инициативного проекта инвестора позволит более активно использовать данный механизм.

Гражданско-правовые минусы

8. Закон устанавливает для концессионного соглашения простую письменную форму и не решает вопрос о необходимости соответствия концессионного соглашения требованию о государственной регистрации, тем самым возлагая решение данного вопроса на действующее законодательство.

В соответствии со ст. 164 ГК РФ «сделки с землей и другим недвижимым имуществом подлежат государственной регистрации в случаях и в порядке, предусмотренных статьей 131 Граж-

данского кодекса РФ и законом о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

С одной стороны, прямых указаний на то, что концессионное соглашение необходимо регистрировать, законодательство не содержит. Однако поскольку непосредственно Законом предусматривается государственная регистрация обременения права собственности концедента правами концессионера, решение вопроса о необходимости регистрации концессионного соглашения не представляется столь однозначным.

В пользу государственной регистрации концессионного соглашения говорит также и тот факт, что в соответствии с п. 2 ст. 3 Закона «концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из настоящего Федерального закона или существа концессионного соглашения». Очевидно, что одним из таких договоров, элементы которого содержатся в концессионном соглашении, является договор аренды. А в соответствии с п. 2 ст. 651 ГК РФ «договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации».

Здесь следует отметить, что в случае создания недвижимого имущества в рамках концессионного соглашения вопрос с регистрацией самого концессионного соглашения еще больше усложняется, поскольку на момент заключения концессионного соглашения объект недвижимого имущества еще не существует.

Неурегулированность данного вопроса является очень важным минусом, поскольку, как следует из ст. 165 ГК РФ, несоблюдение требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность — такая сделка является ничтожной.

Очевидно, что данный момент крайне увеличивает риски, в первую очередь концессионера, и делает концессионные отношения для него непривлекательными.

9. Закон содержит минимальное количество гарантий для концессионера. Данный факт не является существенным минусом,

поскольку не ухудшает положения инвестора по сравнению с существующим (законодательство об инвестициях применимо к концессионным правоотношениям), но в то же время и не увеличивает привлекательности концессий для потенциальных инвесторов.

10. В соответствии с Законом концессионер по концессионному соглашению обязан осуществлять деятельность, предусмотренную концессионным соглашением, и не прекращать ее без согласия концедента. При этом Закон не устанавливает никаких изъятий из данного правила, а нарушение данного правила является основанием для расторжения концессионного соглашения.

11. Закон недостаточно и не вполне корректно регулирует вопросы расторжения концессионного соглашения. В частности, в соответствии со ст. 15 Закона концессионное соглашение может быть расторгнуто на основании решения суда по требованию стороны концессионного соглашения в случае существенного нарушения условий концессионного соглашения другой стороной. При этом к существенным нарушениям условий концессионного соглашения отнесено нарушение сроков создания и (или) реконструкции недвижимого имущества. При этом не определено, что понимается под созданием: дата фактического создания, дата ввода в эксплуатацию или дата регистрации права собственности. По всей вероятности последнее. В этом случае, основываясь на реалиях российской действительности, с вероятностью 99,9 % можно предполагать, что сроки будут нарушены, хотя бы незначительно. То есть концедент получает инструмент, который позволяет расторгнуть концессионное соглашение сразу по завершении строительства объекта концессионного соглашения. Более того, Закон предусматривает, что в случае прекращения концессионного соглашения концессионер обязан передать концеденту объект концессионного соглашения. При этом Закон никак не определяет порядок взаиморасчетов между сторонами в этом случае.

Такая незащищенность концессионера также снижает привлекательность концессий для инвесторов.

Земельные минусы

12. Законом никак не урегулирован порядок резервирования и изъятия земель для реализации концессионного соглашения.

13. В соответствии с Законом земельный участок, необходимый для осуществления концессионером деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, передается ему концедентом в аренду. При этом ставки арендной платы и возможность (невозможность) их изменения никак не регламентируются. Также в концессионном соглашении и арендном договоре не увязываются ставки арендной и концессионной платы. В такой ситуации концедент получает возможность ежегодно неограниченно увеличивать ставки арендной платы, тем самым снижая прибыльность деятельности концессионера, что также снижает привлекательность концессий для инвесторов.

14. Заключение договора аренды и концессионного соглашения производится от лица концедента разными органами. Это может усложнить процедуру подготовки и заключения договора аренды, повысить административные издержки концессионера.

15. Могут возникнуть общие сложности, имеющие место при аренде земельных участков для расположения линейно протяженных объектов.

Выводы

1. Закон в определенной степени отвечает интересам концедента, но практически не отвечает интересам концессионера. Данное его качество дает основания сомневаться в том, что инвесторы могут заинтересоваться правоотношениями, регулируемые Законом. В то же время, если инвесторы, заинтересованные в участии в концессионных правоотношениях, найдутся, риски концедента достаточно несущественны.

2. Закон содержит значительное количество пробелов, а также норм, затрудняющих его реализацию либо делающих его фактически нежизнеспособным.

3. Количество плюсов Закона незначительно — другими словами, аналогичные правоотношения, за изъятием выявленных плюсов, могут существовать в рамках гражданско-правового договора без применения Закона.

4. Эффект от доработки и внесения изменений в Закон с целью адаптации его для нужд ОАО «РЖД» зависит от расчета экономических и налоговых последствий (исходя из указанных

плюсов и минусов Закона) вступления ОАО «РЖД» в концессионные отношения.

5. Вопросы адаптации концессионного законодательства

Таким образом, исходя из рассмотренного выше, следует признать, что одной из основных проблем реализации государственно-частного партнерства в России, помимо отсутствия в ряде случаев инициативы и желания публичных властей, является неразработанность правовых форм реализации государственно-частного партнерства, создающих правовые гарантии прав и интересов как государства, так и частных инвесторов. Речь идет в данном случае как об общих законодательных условиях, которые в настоящее время не учитывают административно-правовой аспект в гражданско-правовых отношениях¹⁰, так и о конкретных организационных, договорных формах, налоговых условиях (включая специальные налоговые режимы), специальных правовых режимах для имущества, являющегося объектом отношений в рамках государственно-частного партнерства или используемого для реализации подобных проектов. Только закон, гармонизированный с иными нормативными актами (законами о налогах, бюджетным и таможенным кодексами, нормативными правовыми актами, регулирующими иные сферы), может обеспечить изъятия из национальных режимов и повысить привлекательность данной формы инвестирования.

¹⁰ Российское законодательство рассматривает государство как любого иного участника гражданско-правовых отношений. При этом абсолютно игнорируется тот факт, что государство, будучи, например, стороной гражданско-правового договора, имеет массу способов внедоговорного (публичного) воздействия на регулируемые договором отношения. Такое воздействие находится за рамками гражданского законодательства и, следовательно, не всегда может быть охвачено мерами гражданско-правовой ответственности, что создает значительные возможности для ущемления прав частных инвесторов в государственно-частном партнерстве. К сожалению, даже в принятом недавно Федеральном законе «О концессионных соглашениях», никак не решается данный вопрос, чем резко снижается эффективность и привлекательность для инвесторов создаваемых им правовых конструкций

Несмотря на всю актуальность проблемы привлечения инвестиций и все преимущества концессионных соглашений, российское законодательство в настоящий момент не позволяет реализовать в полной мере используемые во всем мире концессионные модели на практике. Поэтому наряду с концессионными соглашениями большие шансы на реализацию получают различные смешанные договоры, а также проекты, реализуемые с созданием хозяйственных обществ. Необходимо также учитывать, что возможны и иные формы привлечения инвестиционных ресурсов — лизинг основных средств, выпуск облигационного займа или привлечение банковского кредита, бюджетное финансирование. В качестве одного из наиболее привлекательных способов финансирования обновления основных фондов ОАО «РЖД» может рассматриваться лизинг, позволяющий уменьшить риски снижения ликвидности ОАО «РЖД», стабилизировать промышленное производство, воспользоваться льготным режимом налогообложения, предоставляющим возможность быстрого увеличения производственных мощностей.

При выборе иных, не концессионных форм привлечения инвестиций в ОАО «РЖД» необходимо учитывать также и направление использования инвестиций, так как разные способы привлечения могут обладать различной эффективностью, в зависимости от целей использования привлеченных средств.

Рассматривая вопрос о возможности участия ОАО «РЖД» в концессионных соглашениях, необходимо учитывать, что Федеральный закон «О концессионных соглашениях» в той форме, в какой он был принят, не допускает участия компании в качестве концедента, что не позволяет использовать преимущества правового статуса этого субъекта концессионного соглашения для целей привлечения инвестиций в ОАО «РЖД».

Предварительный анализ показывает, что решать эти проблемы можно, однако они потребуют внесения изменений в действующее законодательство. Концептуально возможны следующие варианты решения проблемы:

1. Приравнять имущество ОАО «РЖД», полностью ограниченное в обороте, к имуществу, находящемуся в федеральной собственности. Разрешить заключение концессионных соглашений в отношении такого имущества. Концедентом в данном сог-

лашении будет выступать Российская Федерация либо ОАО «РЖД». Для реализации предложения необходимо внести изменения в текст Федерального закона «О концессионных соглашениях».

2. Передать отдельные объекты в федеральную собственность для заключения концессионных соглашений, возможно, с последующим возвратом объектов в собственность ОАО «РЖД». Реализация этого варианта не потребует внесения изменений в Закон, однако может потребовать внесения изменений в Федеральный закон «Об особенностях управления и распоряжения имуществом железнодорожного транспорта», а также принятия ряда подзаконных актов. Негативным моментом этого варианта является создание условий нестабильности, связанной с переходом права собственности, однако мировая практика показывает, что при понятных законодательных и договорных процедурах это не является значительным препятствием для инвесторов.

При разрешении данных вопросов следует учитывать также и рассмотренную выше необходимость совершенствования концессионного законодательства в целом, совершенствования концессионного законодательства для повышения эффективности участия ОАО «РЖД» и дочерних обществ в качестве концессионеров, а также необходимость устранения недостатков смежного законодательства (земельного, налогового и др.) для более успешного использования механизма концессионного соглашения.

Таким образом, в настоящее время становится очевидной лоббистская задача ОАО «РЖД» по внесению ряда изменений в действующее законодательство. Для ее реализации необходимо осуществление целого ряда организационных мероприятий:

1. Необходимо уточнение основных потребностей и интересов ОАО «РЖД» в этой сфере и четкое формулирование управленческой задачи.

2. Необходима организация совместной консультационной группы, включающей сотрудников ОАО «РЖД», представителей Центра и иных экспертных организаций, уполномоченных государственных органов, для выработки конкретной стратегии и тактики реализации проекта, для подготовки проектов нормативных актов.

3. Реализация лоббистского проекта объединенными усилиями компании и Центра.

Очевидно также, что параллельно должна быть организована работа по созданию оптимальных договорных форм привлечения инвестиций в ОАО «РЖД», не основанных на концессионных соглашениях. Это позволит создать максимально адаптированный к потребностям компании правовой инструментарий, позволяющий решать самые сложные управленческие задачи.

Для заметок

Для заметок

Научное издание

**Сулакшин С.С., Вилисов М.В.,
Погорелко М.Ю., Хрусталева Е.А.**

**КОНЦЕССИИ
НА ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОМ ТРАНСПОРТЕ:
АНАЛИЗ ВОЗМОЖНОСТЕЙ ПРИМЕНЕНИЯ**

**ТРУДЫ ЦЕНТРА
Выпуск 1**

*Редактор А.Н. Чирва
Технический редактор О.А. Середкина
Художественное оформление С.Г. Абелин
Компьютерная верстка Н.Ю. Милосердова
Корректор Л.М. Боровикова*

*Центр проблемного анализа
и государственно-управленческого проектирования*

*Наш адрес:
107078, Россия, г. Москва,
ул. Каланчевская, д. 15,
подъезд 1, этаж 5
Тел./факс: (495) 981-57-03,
981-57-04, 981-57-09
E-mail: frpc@cea.ru*

*Сдано в набор 26.04.06 г.
Подписано в печать 12.05.06 г.
Формат 60х90 1/16. Печ. л. 2.
Отпечатано в ООО «Немчиновская типография»
Тираж 300 экз. Заказ 225.*