

ИНВЕСТИЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ПОНЯТИЕ, ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ПУБЛИЧНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ

В. Ф. ПОПОНДОПУЛО*

В статье рассматриваются: понятие инвестиционной деятельности, его родовые и видовые черты через такие признаки, как предпосылки деятельности, цель и средства деятельности, условия деятельности; правовые формы осуществления и формы публичной организации; система иных основных понятий инвестиционного права и инвестиционного законодательства, таких как инвестиции, инвестор, заказчик, исполнитель, пользователь и др. Дается характеристика основных правовых форм инвестиционных отношений и в особенности инвестиционных соглашений с участием публично-правовых образований: специального инвестиционного контракта, соглашения о публично-частном партнерстве, концессионного соглашения, соглашения о разделе продукции. Указанные инвестиционные соглашения с участием публично-правового образования (специальный инвестиционный контракт, соглашение о публично-частном партнерстве, концессионное соглашение, соглашение о разделе продукции) определяются в качестве многосторонних сделок. Многосторонний характер указанных инвестиционных соглашений отличает их от двусторонних инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования: закупок для публичных нужд, подряда для публичных нужд, аренды публичного имущества, доверительного управления публичным имуществом и других двусторонних сделок. В статье также оцениваются роль и пределы публичной организации инвестиционной деятельности. Делается вывод о чрезмерности законодательного регулирования инвестиционных отношений с участием публично-правовых образований. Отмечается, что те практики проектного управления, которые выработал бизнес, по определению не могут эффективно использоваться в государственном секторе, поскольку у бизнеса и органов публичной власти принципиально разные системы стимулов деятельности. Бизнес стремится к максимизации прибыли и иного полезного для себя эффекта, а государство — к общественной полезности, понимаемой нередко так, как понимают ее чиновники органа публичной власти. Государство должно не столько участвовать в экономической деятельности и даже не столько регулировать (законодательно и административно), сколько гарантировать экономические интересы бизнеса и защищать их. Государственное регулирование должно осуществляться в той мере, в какой это необходимо и достаточно для защиты общества от поведения лиц, нарушающих права и интересы других лиц.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: инвестиции, инвестиционные соглашения, публично-правовые образования, специальный инвестиционный контракт, соглашение о публично-частном партнерстве, концессионное соглашение, соглашение о разделе продукции, государственное регулирование.

* Попондопуло Владимир Федорович — доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет.

Vladimir F. Popondopulo — doctor of legal sciences, professor, St. Petersburg State University.

E-mail: commlaw@jurfak.spb.ru

© Попондопуло В. Ф., 2017

POPONDOPULO V. F. INVESTMENT ACTIVITY: CONCEPT, LEGAL FORMS OF IMPLEMENTATION AND PUBLIC ORGANIZATION

The article deals with the concept of investment activity, its generic and specific characteristics through such features as prerequisites for activity, purpose and means of activity, conditions of activity; legal forms of implementation and forms of public organization; the system of other the basic concepts of investment law and investment legislation, such as investments, investor, customer, service provider, user, and others. The author describes the major legal forms of investment relations and, in particular, investment agreements involving public law entities: special investment contracts, agreements on public-private partnerships, concession agreements, production sharing agreements. These investment agreements involving public law entities (special investment contract, agreement on public-private partnerships, concession agreement, and production sharing agreement) are defined as multilateral deals. The multilateral nature of the said investment agreements makes them different from bilateral investment agreements involving public law entities, namely procurements for public needs, work contracts for public needs, lease of the public property, trust management of the public property and other bilateral deals. The article also assesses the role and limits of public organization of investment activity. The author comes to the conclusion about the excessive character of legislative regulation of investment relations involving public law entities. It is noted that the practices of project management developed by business by definition cannot be used effectively in the public sector, since businesses and public authorities have fundamentally different incentives for their activity. The business seeks to maximize profits and get other benefits, while the state aims at the public utility which is often understood in the way in which it is understood by public authority officials. The state should guarantee and protect economic interests of the business, rather than to participate in the economic activity and regulate it (in a legislative and administrative way). Government regulation must be carried out to the extent that is necessary and sufficient to protect the society from the conduct of persons infringing the rights and interests of others.

KEYWORDS: investments, investment agreements, public law entity, special investment contract, agreement on public-private partnerships, concession agreement, production sharing agreement, government regulation.

Понятие инвестиционной деятельности и инвестиционных отношений. Инвестиционная деятельность — это деятельность по вложению инвестиций и осуществлению практических действий в целях получения прибыли или достижения иного полезного эффекта (ст. 1 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»¹; далее — Закон о капитальных инвестициях).

Инвестиционная деятельность опосредуется инвестиционными отношениями, возникающими на основе договоров между участниками инвестиционной деятельности и выступающими предметом гражданско-правового регулирования. Публичная организация инвестиционной деятельности² реализуется в рамках публичных отношений, выступающих

¹ СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

² Публичная организация — широкое понятие, означающее властную деятельность уполномоченных органов публично-правовых образований, включая правотворческую, административную и судебную деятельность.

предметом публичного регулирования (законодательного, административного, процессуального). Характер инвестиционных (частных) отношений определяется характером инвестиционной деятельности, основанной на собственном интересе инвестора, свободе его воли, а также природой деятельности публичной власти, устанавливающей и контролирующей пределы свободы инвестиционной деятельности.

Инвестиционная деятельность — это деятельность частных лиц, даже в случаях осуществления такой деятельности публично-правовыми образованиями в соответствии с правилами гл. 5 Гражданского кодекса РФ³ (далее — ГК РФ). Как и всякая деятельность частных лиц, инвестиционная деятельность характеризуется как общими (родовыми) признаками, присущими всякой частной деятельности, так и видовыми особенностями, что проявляется в ее предпосылках, целях, средствах, условиях осуществления. Указанные элементы инвестиционной деятельности определяются тем, что частное лицо (инвестор) действует свободно, исходя из собственного интереса, выбирает в существующих социально-экономических условиях цели деятельности и средства ее достижения. Деятельность же органов публичной власти, связанная с публичной организацией инвестиционной деятельности, не является свободной, поскольку не основана на их собственном интересе, на возможности выбора варианта поведения; она базируется на функциональной заданности цели (определена нормативно), средств ее достижения (нормативных полномочиях органов публичной власти: законодательных, исполнительных, судебных) и процедур ее осуществления (нормативных процедур: нормотворческих, административных, судебных).

Рассмотрим признаки инвестиционной деятельности подробнее, с учетом интересов других лиц и требований о ее публичной организации.

1. Основными участниками инвестиционных отношений являются инвесторы, заказчики, исполнители и пользователи. Участниками инвестиционного процесса могут быть и другие лица: поставщики, посредники, банки, страховые организации и др. Субъекты инвестиционных отношений могут в одном лице совмещать функции двух или нескольких участников инвестиционного процесса. Права и обязанности субъектов инвестиционных отношений определяются законом и соответствующим договором.

Инвесторами могут выступать физические и юридические лица, включая иностранные, как являющиеся, так и не являющиеся предпринимателями, публично-правовые образования в лице своих уполномоченных органов, а также международные организации. Среди инвесторов выделяются институциональные инвесторы, например финансовые посредники, которые формируют свой капитал за счет средств вкладчиков и размещают их, в частности, в ценные бумаги. Для осуществления такой деятельности

³ В широком смысле в качестве инвестиций можно (видимо, условно) рассматривать также средства, выделяемые на различные проекты уполномоченными органами публично-правовых образований на основе публичных актов. Однако такая деятельность по определению не может быть эффективной, поскольку не основана на свободе воли уполномоченного органа, на подлинном экономическом расчете.

в случаях, предусмотренных законом, необходимо получить лицензию. Публично-правовые образования осуществляют инвестиции на общих условиях, предусмотренных законодательством, и производят инвестирование посредством распоряжения объектами публичной собственности, например, участвуя в проектах публично-частного партнерства. На иностранные инвестиции распространяется правовой режим национальных инвестиций с изъятиями стимулирующего и ограничивающего характера, установленными законом.

Инвестиционная деятельность выражается во вложении собственных, заемных или привлеченных средств в форме инвестиций «в целях получения прибыли или достижения иного полезного эффекта». Осуществляя инвестирование, инвестор самостоятельно определяет объемы, направления, размеры инвестирования. Он по своему усмотрению привлекает на договорной основе физических и юридических лиц, необходимых ему для реализации инвестиций. Если инвестор не является пользователем объектов инвестиционной деятельности, то он имеет право контролировать их целевое использование и осуществлять в отношении с пользователями таких объектов другие права, предусмотренные законодательством и договором.

Инвестор осуществляет владение, пользование и распоряжение объектами, созданными в результате инвестирования. Инвестирование в объекты, которое не влечет за собой приобретения инвесторами права собственности на них, не исключает возможности последующего владения, управления ими или получения дохода от эксплуатации этих объектов, например, в случаях реализации концессионных соглашений.

Заказчиками являются лица, уполномоченные инвесторами осуществлять реализацию инвестиционного проекта. Для достижения этой цели инвестор наделяет заказчика правами владения, пользования и распоряжения инвестициями на период и в пределах полномочий, установленных инвестиционным соглашением. Заказчик осуществляет деятельность по реализации инвестиций, не вмешиваясь при этом в предпринимательскую и иную деятельность других участников инвестиционного процесса. Разумеется, заказчиками могут быть и сами инвесторы.

Исполнителями являются физические и юридические лица, которые используют инвестиции в своей предпринимательской деятельности, например, выполняют работы по договору подряда, заключенному с заказчиком (инвестором).

Пользователями объектов инвестиционной деятельности признаются лица, для которых создается указанный объект. Ими могут быть сами инвесторы, а также другие физические и юридические лица, государственные и муниципальные органы, иностранные государства и международные организации. Если пользователь не является инвестором, взаимоотношения между ним и инвестором определяются соглашением об инвестировании.

Учитывая самостоятельный характер инвестиционной деятельности, законодатель (а также административные и судебные органы) гарантирует свободу занятия такой деятельностью, поскольку она запрещена законом

(ст. 8, 34 Конституции РФ, ст. 18, 49 ГК РФ). При этом законодатель использует такие нормативные конструкции, как правоспособность и дееспособность лица, возложение обязанности на других лиц, в том числе государство, воздерживаться от незаконного вмешательства в сферу свободы и неприкосновенности частных лиц и ряд других. Акты незаконного вмешательства государства в деятельность частного лица, включая деятельность инвестора, по его заявлению признаются недействительными, причиненные такими актами убытки подлежат возмещению (ст. 1, 12, 13, 16 ГК РФ).

Обеспечивая свободу деятельности инвесторов, законодательные, административные и судебные органы власти в то же время обеспечивают защиту интересов других лиц, взаимодействующих с инвестором, и общества в целом.

2. Деятельность инвестора характеризуется *направленностью на достижение желаемой цели* — получение прибыли или достижение иного полезного эффекта, например, приобретение квартиры по договору долевого строительства, получение образовательной или иной услуги и т. п.

Цель деятельности — это один из основных элементов любой осознанной человеческой деятельности. При этом следует учитывать, что человеческая деятельность предстает вовне как цепь действий человека, реализуемых последовательно в целях достижения ожидаемого результата. Действуя, человек осознает цель деятельности, ожидаемый результат, средства достижения цели и порядок осуществления действий для достижения цели деятельности.

В любых своих проявлениях человеческая деятельность осуществляется ради удовлетворения потребностей человека (материальных и духовных), понимаемых как переживаемая и осознаваемая человеком нужда в том, что необходимо для поддержания его организма и развития личности. Ставя перед собой ту или иную цель деятельности (т. е. то, ради чего он действует), человек руководствуется определенными мотивами (т. е. побудительными причинами действий, связанными с желанием удовлетворить какую-либо потребность), за которыми стоят определенные интересы (т. е. реальные причины действий в расчете на достижение определенного результата). Таким образом, в целях человеческой деятельности проявляются его потребности, интересы и мотивы действий.

Законодатель, регулируя тот или иной вид человеческой деятельности, включая инвестиционную деятельность, практически всегда учитывает ее цель. Так, определяя сделку, законодатель указывает на то, что это правомерный волевой акт частного лица, специально направленный на возникновение, изменение или прекращение определенных гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Законодательное определение предпринимательской деятельности, важнейшей разновидностью которой может быть инвестиционная деятельность, также содержит указание на то, что такая деятельность направлена на систематическое получение прибыли (ст. 2 ГК РФ). Целью инвестиционной деятельности является получение прибыли или достижение иного полезного эффекта (ст. 1 Закона о капитальных инвести-

циях). Одновременно с этим законодатель предусматривает нормативные требования к действительности сделок и законности предпринимательской, инвестиционной и иной человеческой деятельности.

3. Достижение инвестором желаемой цели осуществляется с помощью *имеющихся в его распоряжении средств — инвестиций*. Под инвестициями понимаются материальные или нематериальные блага, по поводу которых возникают инвестиционные отношения. Это могут быть денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской или иной деятельности. Различают материальные (финансовые и вещественные) и нематериальные инвестиции. Финансовые инвестиции — это вложения в различные виды финансовых активов: в ценные бумаги, банковские вклады, свободно конвертируемую валюту. Вещественные инвестиции — это вложения в материальные средства: недвижимость (земельные участки, предприятия, здания, сооружения) и движимое имущество (оборудование, сырье, материалы, комплектующие изделия и др.). Нематериальные инвестиции — это вложения в нематериальные ресурсы: в организацию производства, образование и повышение квалификации персонала, промышленную собственность, различные социальные программы. Выделяют также прямые и портфельные инвестиции. Прямые инвестиции означают вложения в реальное производство, а портфельные — в ценные бумаги. Соответственно дифференцировано и инвестиционное законодательство, определяющее условия осуществления соответствующего вида инвестиционной деятельности.

В экономической науке средства деятельности рассматриваются в качестве благ, всегда ограниченных, т. е. недостаточных относительно тех конечных благ (цели), для достижения которых человек хочет их использовать. Если бы это было не так, то на них не было бы направлено никаких действий. Те блага, которые предназначены для удовлетворения человеческих желаний и пригодность которых не зависит от взаимодействия с другими благами, называются потребительскими благами. Средства, которые могут удовлетворить желания только тогда, когда они дополняются взаимодействием с другими благами, называются благами производственного назначения, факторами производства. Использование одних благ производственного назначения во взаимодействии с дополняющими их другими благами производственного назначения влечет появление продукта (определенного результата), который может быть потребительским благом (потребительским товаром) или благом производственного назначения (предназначенным для использования в последующей экономической деятельности). Благо не обязательно должно быть воплощено в осязаемом предмете, это может быть нематериальное благо, называемое услугой. Смысл такого упорядочения благ состоит в том, чтобы обеспечить фундамент для *теории ценности* (в экономике — цен факторов производства)⁴.

⁴ Мизес Л. фон. Человеческая деятельность: трактат об экономической теории / пер. с 3-го испр. англ. изд. А. В. Куряева. Челябинск, 2005. С. 90.

Однако изложенная выше теория средств деятельности и ценности благ имеет отношение не только к экономической деятельности человека, но и ко всем другим сферам его деятельности. В юриспруденции, причем не только в той ее части, которая регулирует экономическое поведение, но и в других ее частях, теория ценности также проявляет себя, поскольку частное лицо всегда действует определенным образом (или не действует) в зависимости от оцениваемых им обстоятельств (наличных или ожидаемых благ).

Действующий человек (и инвестор — не исключение), постоянно осуществляя выбор между различными возможностями, руководствуется собственной шкалой ценностей, удовлетворяет то, что имеет большую ценность для него, т. е. более настоятельные его потребности, и оставляет неудовлетворенным то, что имеет для него более низкую ценность, т. е. менее насущную его нужду. Это может проявляться как в эгоистическом, так и в альтруистическом поведении. Ценность — это то, как деятельный человек оценивает конечные цели своей деятельности. Соответственно и средства оцениваются человеком относительно конечных целей: используются им или отвергаются.

Деятельность человека может быть с точки зрения закона и этики правомерна или неправомерна, моральна или аморальна, что характеризует ее внешнюю оценку, но не меняет представлений о сущности человеческой деятельности. Различные этические теории, включая теории, обосновывающие роль и значение законодательства, устанавливают идеальные шкалы ценности, в соответствии с которыми человек должен поступать, и осуждают человека, если он не поступает в соответствии с ними. Однако эти теории, определяя правильное и неправильное, судят об обстоятельствах с точки зрения произвольно принятых стандартов, например, политических установок, религиозных представлений и т. п., которые меняются вслед за изменением политической ситуации в обществе.

Наука о человеческой деятельности исходит из того, что конечные цели деятельности человека не поддаются анализу на основе какой-либо идеальной нормы, включая нормы законодательства. Так, конечные цели деятельности инвестора всегда субъективны, они различны у разных инвесторов в одной и той же ситуации и у одного и того же инвестора в разных жизненных ситуациях. Инвестор использует инвестиции как средства достижения собственных целей, исходя из того, подходят ли они для достижения целей, к которым стремится инвестор. Это справедливо и для права — формы взаимовыгодного сотрудничества индивидов: инвестора и лиц, с которыми он взаимодействует. Если действие инвестора не находит признания другого лица, которому оно адресовано, то оно попросту не является правовым. Такой характер действия может быть зафиксирован законодательными и иными этическими нормами поведения (как более или менее точными образами права) и оцениваться как ненормальное и порочное со всеми вытекающими из этого последствиями. Здесь следует подчеркнуть, что мы исходим из различия права и закона как нормативной формы (образа) права, которая более или менее точно отражает право.

С учетом отмеченной деятельности инвестора, как и любого индивида, может быть охарактеризована как *обмен*, поскольку она всегда является попыткой привести менее удовлетворительное состояние своих дел к более удовлетворительному их состоянию; менее желательное состояние обменивается на более желательное состояние. Человек отказывается от того, что его удовлетворяет меньше, — инвестиций, для того чтобы достичь чего-нибудь, что нравится больше, — результата в виде прибыли или иного полезного для него эффекта. То, от чего человек отказывается (инвестиция), является *ценой*, уплачиваемой им за достижение преследуемой цели (прибыли или иного полезного эффекта). Ценность уплаченной цены называется *издержками*. Положительная разница между ценностью уплаченной цены (издержками) и ценностью достигнутой цели называется *выигрышем, доходом или прибылью*. Если же деятельность человека привела к состоянию, менее желаемому, чем то, которое намеревались изменить к лучшему, то разница между оценкой результата и понесенных издержек называется *убытком*.

Осуществляя нормативное регулирование, законодатель учитывает как цели деятельности, так и средства их достижения, формулирует свое отношение как к прибыльной, так и к убыточной деятельности; например, предприниматель действует в целях систематического получения прибыли посредством использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг (абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ), инвестор стремится получить доход или иной полезный результат посредством осуществления инвестиций (ст. 1 Закона о капитальных инвестициях) и т.д. В налоговом законодательстве содержатся положения об издержках, учитываемых при налогообложении прибыли, в гражданском законодательстве — о прибыли, доходах, выигрыше, убытках и т.д. Собственно, те или иные действия (бездействие) лица с имеющимися у него ресурсами в ходе осуществления деятельности — это и есть средства деятельности. Так, сделка, как уже указывалось, — это правомерное волевое действие, специально направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданского правоотношения. Например, в сфере предпринимательства каждая сделка является лишь звеном бизнес-плана, имеющего цель достижения конечного результата — прибыли.

4. Деятельность инвестора, как и любого частного лица, всегда носит *рисковый характер*. Обладая свободой принятия решений, свободой выбора поведения, инвестор несет риск последствий соответствующих действий (бездействия), который может выражаться как в благоприятных, так и в неблагоприятных для него результатах деятельности. Это относится не только к деятельности инвесторов-предпринимателей, одним из легальных признаков которой является ее рисковый характер (ст. 2 ГК РФ), но и к деятельности любого инвестора, например участника долевого строительства. Так, разница между ценой приобретения ценных бумаг к моменту их реализации может оказаться как положительной, так и отрицательной.

Риск — это обычное для деятельности инвестора явление. Факторами риска выступают время и неопределенность будущего.

Время как фактор риска проявляется в том, что человеческая деятельность направлена на изменение (обмен), которое происходит во времени, а неправильная оценка возможностей на момент принятия решения и на момент достижения цели ведет к нежелательным последствиям. Закон учитывает этот фактор: скажем, существенно изменившиеся обстоятельства признаются основанием для изменения или расторжения договора (ст. 451 ГК РФ).

Неопределенность как фактор риска проявляется в том, что результат осуществляемых действий (бездействия) всегда относительно неопределен. Дело в том, что закономерности человеческой деятельности (в отличие, например, от законов физики) подвластны лишь телеологии и проявляют себя как законы-тенденции, потому что при принятии человеком решения действовать ему известен лишь ряд факторов, которые определяют исход его деятельности, но существуют и другие определяющие факторы, о которых действующий человек может не знать ничего.

В реальности инвестор сталкивается с тем, что другие участники инвестиционного процесса действуют в собственных интересах, так же, как и он сам. Необходимость приспособлять свое поведение к поведению других лиц делает инвестора расчетливым (спекулянт), успех или неудача которого зависят от его больших или меньших способностей понять будущее. Любая человеческая деятельность есть расчет, взвешивание возможностей наступления или ненаступления желаемого результата и связанный с этим риск. Неблагоприятные последствия деятельности инвестора могут быть уменьшены лишь посредством страхования рисков такой деятельности, а если неблагоприятные последствия вызваны вредоносным поведением других лиц, — то посредством привлечения этих лиц — правонарушителей — к ответственности.

Проведенный анализ признаков инвестиционной деятельности позволяет дать научное определение этого понятия. *Инвестиционная деятельность* — это совокупность правомерных волевых действий (бездействия) инвестора, осуществляемых им на свой риск и направленных на получение прибыли или иного полезного эффекта посредством использования имеющихся в его распоряжении инвестиционных средств.

Инвестор взаимодействует с другими участниками инвестиционного процесса. Такое взаимодействие указанных лиц есть следствие их действий (бездействия), поэтому характер (природа) их взаимодействия предопределяется характером (природой) их действий (бездействия).

Взаимодействие участников инвестиционного процесса определяется закономерностями деятельности индивидов, участвующих в таком взаимодействии (обмене). В качестве подобных закономерностей выступают закон предельной полезности и закон отдачи⁵.

Закон предельной полезности выражается в том, что индивид, осуществляя деятельность, всегда оценивает вещи как средства устранения ощущаемого им беспокойства. Такая оценка вещей, являясь субъективной

⁵ Там же. С. 124–129.

(поскольку разные индивиды по-разному могут оценить одну и ту же вещь, исходя из собственных предпочтений и представлений о ценности вещи), позволяет инвестору определять полезность собственного действия для достижения ожидаемого результата⁶.

Закон отдачи выражается в том, что индивид, осуществляя деятельность, всегда рассчитывает на получение чего-то взамен — вещи, услуги, благодарности, признательности. Применительно к инвестиционной деятельности — это прибыль или иной полезный эффект. В условиях общественного разделения труда универсальным способом получить что-то взамен выступает правомерное взаимодействие индивидов, основанное на их сотрудничестве. Правовой формой такого взаимодействия выступает правоотношение, основанное на разнообразных сделках.

Разумеется, указанные законы не являются объективными законами природы, подобно физическим законам, но они — достаточно прочный фундамент для понимания и объяснения природы человеческой деятельности вообще и инвестиционной деятельности в частности. Эти законы проявляют себя как законы-тенденции⁷, закономерности человеческой деятельности.

Государство призвано обеспечить нормальные условия осуществления свободной деятельности индивидов в обществе, более или менее точно закрепить в своих нормативных актах *естественно складывающиеся отношения* между людьми, организовать надлежащее исполнение нормативных актов, разрешать возникающие конфликты. Экономическая и иные социальные функции государства должны проявляться именно в этих формах и методах (определение правил общественно-необходимого поведения, организация исполнения указанных правил, разрешение общественных конфликтов), а не в экономической (предпринимательской, инвестиционной) деятельности как таковой.

В единстве противоположностей: а) свободной человеческой деятельности (включая инвестиционную деятельность), развивающейся объективно по своим внутренним законам, и б) деятельности органов публичной власти, ограниченной пределами объективно допустимого (определяемого природой человеческой деятельности), — свободная деятельность индивидов является основой существования общества, без которого теряет смысл существование каких-либо властных институтов. Таким образом, властные институты выполняют субсидиарную служебную роль, задают необходимые нормативные пределы свободной деятельности индивидов в целях защиты одних индивидов от других, чье поведение отклоняется от нормального взаимовыгодного сотрудничества. Тем самым происходит

⁶ Взаимооценочный характер регулируемых гражданским правом отношений как признак предметного единства гражданского права, определяющего единство метода гражданского права как метода юридического равенства сторон отношений, выделял, например, Н. Д. Егоров: *Егоров Н. Д.* Единство и дифференциация гражданско-правового регулирования общественных отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1988. С. 5.

⁷ *Сырых В. М.* Материалистическая теория права. М., 2011. С. 50.

согласование частных интересов индивидов, включая инвесторов и других участников инвестиционного процесса, и публичных интересов общества, выражаемых его властными институтами.

Формы осуществления инвестиционной деятельности. Основаниями инвестиционных правоотношений могут выступать различные гражданско-правовые договоры, содержащие инвестиционные условия. Такие договоры нередко именуют инвестиционными соглашениями. В них определяются условия взаимоотношений инвестора и других участников инвестиционного процесса по поводу размера вкладываемых средств, порядка их вложения, взаимодействия участников инвестиционного процесса при реализации инвестиционного проекта, порядка пользования объектом инвестиций, отношений собственности на созданный объект, распределения доходов от эксплуатации объекта и др.

Таким образом, инвестиционное соглашение — это не самостоятельная разновидность гражданско-правовых договоров, а собирательное понятие. Так, в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 прямо указано, что суды обязаны определять правовую природу спорных отношений, вытекающих из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью, и квалифицировать их с применением норм ГК РФ о договорах купли-продажи, подряда, простого товарищества и т. д. К инвестиционным договорам, содержащим элементы различных договоров, должны применяться соответствующие положения ГК РФ об отдельных видах обязательств, а также положения ст. 421 ГК РФ о смешанном или непоименованном договоре в зависимости от условий, включенных в такой договор по воле сторон (п. 4)⁸.

Допускаются различные договорные формы осуществления инвестиций. Это могут быть как двусторонние сделки с инвестиционными условиями (купли-продажа, подряд оказание услуг и т. д.), так и многосторонние сделки с инвестиционными условиями (инвестиционные и иные простые товарищества).

Специальному законодательному регулированию подвергаются инвестиционные соглашения с участием публично-правовых образований, инвестиционные отношения с участием иностранных инвесторов, инвестиционные отношения, затрагивающие интересы клиентуры институциональных участников инвестиционной деятельности (например, деятельность инвестиционных фондов, деятельность застройщиков, привлекающих денежные средства дольщиков, и некоторые другие). Это объясняется необходимостью специального учета интересов публично-правовых образований, иностранных инвесторов, клиентуры институциональных участников инвестиционных отношений.

Особенностью российской экономики является большой удельный вес участия в ней государства и других публично-правовых образований.

⁸ Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9.

В этих условиях одним из наиболее эффективных инструментов обеспечения стабильности и прогнозируемости инвестиционной деятельности выступают соглашения с участием публично-правовых образований, в которых фиксируются на период действия соглашения все условия инвестиционной деятельности, включая налоговый и таможенный режим, режим контроля и пр., а также гарантии их обеспечения и ответственность сторон за нарушение условий инвестиционного соглашения.

К таким соглашениям относятся двусторонние сделки (взаимные договоры): о закупках для публичных нужд, о подрядах для публичных нужд, об аренде публичного имущества с инвестиционными условиями, о доверительном управлении публичным имуществом и др. Эти договорные формы давно применяются, и на их характеристике нет необходимости останавливаться.

Другие соглашения — это многосторонние инвестиционные сделки, воля участников которых направлена на достижение единой для участников цели посредством сотрудничества частного партнера (инвестора) и стороны, принимающей инвестиции: специальные инвестиционные контракты (далее — СПИК)⁹, соглашения о публично-частных партнерствах (далее — соглашения о ПЧП)¹⁰, концессионные соглашения¹¹, соглашения о разделе продукции, полученной от разработки недр¹². Эти соглашения характеризуются общими признаками, отличающими их от двусторонних инвестиционных сделок, как то: а) публично-значимая цель сотрудничества частного и публичного партнера; по существу, все эти соглашения являются договорами на организацию определенной деятельности за счет привлекаемых частных инвестиций, их предметом могут выступать разные виды имущества, работ и услуг, находящиеся в сфере публичного интереса и контроля; б) объединение ресурсов и усилий партнеров для достижения указанной цели сотрудничества; в) распределение между партнерами рисков, которые могут возникать в ходе сотрудничества; г) этапность (стадийность) реализации проекта сотрудничества.

С учетом указанных общих признаков рассматриваемых инвестиционных соглашений с участием публично-правовых образований целесообразно унифицировать законодательство о таких соглашениях и принять единый федеральный закон о публично-частном партнерстве. В настоящее время российский законодатель закрепил модель публично-частного партнерства, которая расходится со сложившимися подходами в законодательствах других стран, так как по российскому законодательству со-

⁹ Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике» // СЗ РФ. 2015. № 1. Ст. 41.

¹⁰ Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29. Ст. 4350.

¹¹ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30. Ст. 3126.

¹² Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

глашение о ПЧП является самостоятельной договорной конструкцией, а не собирательным понятием, охватывающим различные формы ПЧП, включая СПИК, концессионные соглашения и соглашения о разделе продукции.

Участие в рассматриваемых соглашениях публично-правовых образований дает некоторым авторам основания считать такие соглашения административными договорами. Обычно в качестве аргументов квалификации таких соглашений в качестве административных договоров указывается на то, что в них: 1) участвуют публично-правовые образования в лице уполномоченных органов публичной власти, которые 2) делегируют частному партнеру осуществление публичной службы и 3) осуществляют контроль деятельности частного партнера¹³. Эти аргументы не выдерживают критики.

1. Инвестиционные соглашения с участием публично-правовых образований являются гражданско-правовыми договорами. Их заключение на основе административного акта органа публичной власти вовсе не означает, что они выступают административными договорами. В данном случае уполномоченные органы представляют публично-правовое образование как собственника, поэтому реализация указанными органами своих полномочий означает не что иное, как осуществление публично-правовым образованием как участником гражданских правоотношений своих правомочий собственника. Поэтому основанием инвестиционного соглашения с участием публично-правового образования выступает сложный юридический состав: административный акт (воля публично-правового образования) и инвестиционное соглашение (как согласованная воля публично-правового образования и инвестора).

Уполномоченный орган публично-правового образования заключает инвестиционное соглашение и участвует в нем на равных началах с частным инвестором. Принцип равенства партнеров в инвестиционном соглашении является ключевой характерной его особенностью. Это вытекает из требований гл. 5 ГК РФ об участии государства и муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством.

2. Что касается передачи прав на оказание публично-значимых функций (делегирование), то такая передача, как справедливо отмечается в литературе, может осуществляться не только на основе административного акта, но и на основе гражданско-правового договора¹⁴.

3. Наконец, контроль деятельности частного партнера в соглашениях с участием публично-правовых образований есть по своей природе гражданско-правовой контроль, подобно тому как в любом гражданско-правовом договоре одна сторона контролирует надлежащее исполнение обязательства другой стороной, например применительно к договору под-

¹³ См., напр.: *Широков А. В.* Административный договор как форма регулирования государственно-частного партнерства // Административное и муниципальное право. 2008. № 12. С. 73–78.

¹⁴ *Гриценко Е. В.* Конституционные основы и правовые формы привлечения частных субъектов к решению муниципальных задач в России в сравнительной перспективе // Закон. 2013. № 2. С. 113–128.

ряда, являющемуся длящимся договором, это специально урегулировано (ст. 748 ГК РФ).

Концепция административной природы инвестиционного соглашения с участием публично-правового образования не выдерживает критики, если иметь в виду те принципы, на которых основано инвестиционное право: принцип добровольности заключения частным инвестором инвестиционного соглашения; принцип равенства участников инвестиционного соглашения — частного и публичного партнеров; принцип недопустимости одностороннего изменения условий инвестиционного соглашения; принцип недопустимости вмешательства публичного партнера в деятельность частного партнера.

Такой подход рекомендован в актах международных организаций, в частности в Практическом руководстве по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства, разработанном Европейской экономической комиссией ООН¹⁵. В нем акцентируется внимание на необходимость того, чтобы национальные законодательства базировались на частноправовых началах и отходили от административного подхода. Аналогичная рекомендация включена также в ст. 14 Модельного закона для государств — участников СНГ «О публично-частном партнерстве»¹⁶.

Вывод о частноправовой природе инвестиционного соглашения с участием публично-правового образования имеет не только теоретическое, но и практическое значение, на что обращено внимание судов в указанном выше Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54.

Публичная организация инвестиционной деятельности. Не останавливаясь подробно на характеристике инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования, можно все-таки отметить, что государство здесь проявляет себя не только как публичная организация, призванная обеспечить нормальные условия осуществления инвестиционной деятельности посредством присущих ему форм и методов деятельности (законодательной, исполнительной, судебной), но и как весьма активный участник экономических отношений, руководствуясь принципом целесообразности. Это выражается и в порядке заключения, изменения и расторжения таких соглашений, а также в определении их содержания.

Так, соглашения о ПЧП, концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции заключаются с инвестором, отобранным по результатам конкурса (аукциона с условиями) (ст. 19 Закона о ПЧП, ст. 13 Закона о концессионных соглашениях, ст. 6–7 Закона о соглашениях о разделе продукции). В этих случаях *инициатива заключения* соглашений исходит

¹⁵ Практическое руководство по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк; Женева, 2008.

¹⁶ Принят в г. Санкт-Петербурге 28 ноября 2014 г. Постановлением № 41-9 на 41-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ. Допущен в СПС «КонсультантПлюс».

от публично-правового образования посредством объявления торгов на право заключения инвестиционного соглашения. Следовало бы законодательно предусмотреть также возможность проявления инициативы в заключении соглашения со стороны инвестора.

СПИК как раз и заключается по инициативе инвестора в соответствии с правилами, предусмотренными Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2015 г. № 708 «О специальных инвестиционных контрактах для отдельных отраслей промышленности»¹⁷. Инвестор направляет заявление по установленной форме в уполномоченный орган (Минпромторг России). К такому заявлению прилагается комплект документов, содержащий сведения об инвестиционном проекте. Уполномоченный орган направляет заявление и комплект документов в Межведомственную комиссию для оценки возможности заключения СПИК. В срок не позднее 60 дней со дня поступления в уполномоченный орган заявления Межведомственная комиссия направляет в уполномоченный орган заключение с выводами о наличии или отсутствии возможности заключения СПИК на предложенных инвестором условиях. При положительном заключении Межведомственной комиссии, когда все условия инвестиционного проекта устраивают обе стороны, уполномоченный орган направляет инвестору проект СПИК, составленный в соответствии с установленной формой. Нельзя исключить, что Межведомственная комиссия при определении возможности заключения инвестиционного контракта руководствуется принципом целесообразности, а не четкими правилами, исключающими волюнтаризм.

Что касается содержания инвестиционного соглашения с участием публично-правового образования, то и здесь закон дает много возможностей уполномоченным органам (по существу, чиновникам) определять их условия по своему усмотрению. Например, СПИК должен содержать такие условия, как перечень мер стимулирования деятельности инвестора и иных лиц, указанных в контракте. Соглашение о ПЧП должно содержать критерии эффективности проекта ПЧП и его сравнительного преимущества.

Прочность инвестиционного соглашения и положения инвестора как экономически слабой стороны в соглашении обеспечивается положением законодательства о том, что соглашение может быть изменено или досрочно расторгнуто по инициативе одной из сторон только на основании решения суда. Однако Закон о промышленной политике также предусматривает, что в случае расторжения СПИК в связи с невыполнением инвестором принятых обязательств инвестор обязан возместить ущерб, причиненный публично-правовому образованию в результате получения инвестором специальных преференций, в частности, компенсировать суммы неуплаченных налогов и сборов в результате применения налоговых льгот, установленных для инвестора как участника СПИК законодательством о налогах и сборах, с уплатой пеней. Это положение, гарантирующее компенсацию затрат публично-правового образования, дает ему односто-

¹⁷ СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4587.

ронние преимущества и не учитывает рисковый характер инвестиционной деятельности, особенно в условиях политической нестабильности¹⁸.

Можно было бы продолжить примеры чрезмерного законодательного и административного регулирования инвестиционной деятельности вообще и инвестиционных соглашений с участием публично-правового образования в частности. Этот вывод, разумеется, не бесспорен. Однако, исходя из принципа свободы осуществления инвестиционной деятельности и стремления лиц, нуждающихся в инвестициях, привлечь их, закон должен определять общие принципиальные условия их приема и защищать общий (общественный) интерес на принципиальном уровне (защита жизни, здоровья, нравственности и т.п.), а не регулировать детали инвестиционных взаимоотношений и оставлять простор для усмотрения уполномоченных органов. Условия приема инвестиций должны быть определены законом так, чтобы у органов исполнительной власти не оставалось средств для определения этих условий, руководствуясь соображениями целесообразности. Вместо того чтобы уполномоченные органы публично-правовых образований в соответствии с законом имели возможность проверить законность осуществления инвестиционной деятельности, контролировать ее ход, они решают вопросы принятия (непринятия) инвестиций, исходя из якобы общественного интереса, который они же и определяют. Следует отметить, что, кроме прочего, такое регулирование создает условия для коррупции.

Еще раз подчеркнем, что существует два разных подхода к обеспечению общественного порядка, в том числе в экономической сфере, включая инвестиционную деятельность¹⁹.

Согласно первому подходу в каждом конкретном случае должны применяться средства, которые лучше всего служат интересам общества. Здесь сразу возникает вопрос: кто определяет, что лучше всего служит интересам общества, и откуда ему известно об этом? И не сводится ли этот подход как раз к тому, что править должен не принцип, а голая целесообразность, когда все ставится в зависимость от того, что именно власти декретируют в качестве «интересов общества»? Если инвестор в рассматриваемых нами случаях руководствуется своими интересами, которые при условии их правомерности (это только и должен проверить уполномоченный орган публичной власти) направлены на пользу ему и в конечном счете всему обществу, то у уполномоченного органа публичной власти такого мотива нет и не может быть.

Те практики проектного управления, которые выработал бизнес, по определению не могут эффективно использоваться в государственном секторе, поскольку у бизнеса и органов публичной власти принципиально разные системы стимулов деятельности. Бизнес стремится к максими-

¹⁸ Зеленин А. Д., Степанищева К. Ю. Перспективы иностранных инвестиций в РФ: возвращение резидента // Право и бизнес. 2017. № 1. С. 18.

¹⁹ Порядок в экономической сфере, являясь частью общественного порядка вообще, должен обеспечиваться властью на тех же принципиальных началах, что и общественный порядок в целом.

защиты прибыли и иного полезного для себя эффекта, а государство — к общественной полезности, понимаемой нередко так, как понимают ее чиновники органа публичной власти²⁰. Государство должно не столько участвовать в экономической деятельности и даже не столько регулировать (законодательно и административно)²¹, сколько гарантировать экономические интересы бизнеса и защищать их. Государственное регулирование должно осуществляться в той мере, в какой это необходимо и достаточно для защиты общества от поведения лиц, нарушающих права и интересы других лиц²².

Другой подход к созданию общественного порядка базируется на всеобщем признании и закреплении в законодательстве некоторых универсальных принципов как средств предотвращения столкновения конфликтующих устремлений (конфликт интересов является естественным состоянием общества), а не как набора фиксированных целей. Подчинение таким общим принципам необходимо, поскольку в своей практической деятельности люди не могут исходить из полного знания и исчерпывающей оценки всех ее последствий. До тех пор пока люди не обладают всеведением, единственный способ дать свободу индивиду — это очертить с помощью общих правил ту сферу, в пределах которой решение будет принадлежать ему самому. Свободы не может быть, когда органы публичной власти не ограничены каким-то определенным кругом деятельности, но могут использовать свою власть любым образом, если это служит ими же поставленным целям. Едва только какая-то единственная вполне определенная цель провозглашается высшей целью государства, будь то классовые преимущества, могущество страны, наибольшее счастье наибольшего числа людей или борьба за утверждение какой-либо иной спекулятивной идеи, государство тотчас и с неизбежностью становится абсолютным²³.

Литература

Гриценко Е. В. Конституционные основы и правовые формы привлечения частных субъектов к решению муниципальных задач в России в сравнительной перспективе // Закон. 2013. № 2. С. 113–128.

Гумбольдт В. фон. О пределах государственной деятельности. М.: Социум, 2003. 200 с.

Егоров Н. Д. Единство и дифференциация гражданско-правового регулирования общественных отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1988. 34 с.

²⁰ Интервью с ректором РАНХиГС В. Мау см. в: *Алексеев С.* Гении или злодеи // Российская газета. 2017. 27 февр.

²¹ О критической оценке роли законодательного регулирования см.: *Леони Б.* Свобода и закон. М., 2008. С. 21–24; *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 473, 489–494.

²² *Гумбольдт В. фон.* О пределах государственной деятельности. М., 2003. С. 40.

²³ См. подробнее: *Хайек Ф. А.* Индивидуализм: истинный и ложный // Хайек Ф. А. Индивидуализм и экономический порядок / пер. с англ. О. А. Дмитриевой, под ред. Р. И. Капелюшниковой. Челябинск, 2011. Гл. 1.

Зеленин А. Д., Степанищева К. Ю. Перспективы иностранных инвестиций в РФ: возвращение резидента // Право и бизнес. 2017. № 1. С. 16–22.

Леони Б. Свобода и закон. М.: ИРИСЭН, 2008. 308 с.

Мальцев Г. В. Социальные основания права. М.: Норма, 2007. 800 с.

Мизес Л. фон. Человеческая деятельность: трактат об экономической теории. Челябинск: Социум, 2005. 878 с.

Сырых В. М. Материалистическая теория права. М.: РАП, 2011. 1260 с.

Хайек Ф. А. Индивидуализм и экономический порядок. Челябинск: Социум, 2011. 394 с.

Широков А. В. Административный договор как форма регулирования государственно-частного партнерства // Административное и муниципальное право. 2008. № 12. С. 73–78.

References

Egorov N. D. *Edinstvo i differentsiatsiia grazhdansko-pravovogo regulirovaniia obshchestvennykh otnoshenii v SSSR*. Avtoref. dis. d-ra iurid. nauk [*Unity and differentiation of civil legal regulation of social relations in the USSR*. Thesis of doctor of legal sciences]. Leningrad, 1988. 34 p. (In Russian)

Gritsenko E. V. *Konstitutsionnye osnovy i pravovye formy privilecheniia chastnykh sub"ektov k resheniiu munitsipal'nykh zadach v Rossii v sravnitel'noi perspektive* [Constitutional framework and legal forms of attracting private sector actors to address municipal tasks in Russia in comparative perspective]. *Zakon* [Law], 2013, no. 2, pp. 113–128. (In Russian)

Hayek F. A. *Individualizm i ekonomicheskii poriadok* [*Individualism and economic order*]. Chelyabinsk, Soziium Publ., 2011. 394 p. (In Russian)

Leonie B. *Svoboda i zakon* [*Freedom and law*]. Moscow, IRISEN Publ., 2008. 308 p. (In Russian)

Maltsev G. V. *Sotsial'nye osnovaniia prava* [*Social Foundation of law*]. Moscow, Norma Publ., 2007. 800 p. (In Russian)

Shirokov A. V. *Administrativnyi dogovor kak forma regulirovaniia gosudarstvenno-chastnogo partnerstva* [Administrative contract as a form of public-private partnership management]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo* [*Administrative and municipal law*], 2008, no. 12, pp. 73–78. (In Russian)

Syrykh V. M. *Materialisticheskaia teoriia prava* [*Materialist theory of law*]. Moscow, RAP Publ., 2011. 1260 p. (In Russian)

Von Humboldt V. *O predelakh gosudarstvennoi deiatel'nosti* [*The extent of State activities*]. Moscow, Soziium Publ., 2003. 200 p. (In Russian)

Von Mises L. *Chelovecheskaia deiatel'nost': traktat ob ekonomicheskoi teorii* [*Human action: a treatise on economic theory*]. Chelyabinsk, Soziium Publ., 2005. 878 p. (In Russian)

Zelenin A. D., Stepanischeva K. Yu. *Perspektivy inostrannykh investitsii v RF: vozvrashchenie rezidenta* [Prospects for foreign investment in Russia: return of resident]. *Pravo i biznes* [*The law and business*], 2017, no. 1, pp. 16–22. (In Russian)